

LA VIGILANCIA DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN LA EMPRESA Y SU PROBLEMÁTICA A LA LUZ DEL DELITO DE INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

Arturo Villarreal Palos

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Derecho Penal por la Universidad de Guadalajara. Profesor Titular de tiempo completo en esta última Universidad.

SUMARIO: Introducción. 1. Protección constitucional de las comunicaciones privadas. 2. Legislación penal federal en materia de intervención de comunicaciones. 3. Legislación penal del fuero común en materia de intervención de comunicaciones (caso del Distrito Federal). 4. ¿Fuero común o fuero federal en la intervención de comunicaciones privadas? 5. La disponibilidad del bien jurídico en el tipo penal de intervención de comunicaciones privadas. 6. Uso de aparatos relacionados con la intervención de comunicaciones. 7. Consideraciones y reflexiones finales.

RESUMEN: La utilización de nuevas tecnologías en la comunicación de las empresas, principalmente internet y correo electrónico, además del teléfono, ha suscitado una nueva discusión en el ámbito laboral acerca de cuales son los límites del patrón o empresario para vigilar y controlar el uso de esas herramientas de comunicación y hasta donde esas acciones pueden o no afectar el ámbito de la intimidad de los empleados. En el presente trabajo se dilucida tal cuestión, con una particular referencia a la vigilancia de las comunicaciones telefónicas en la empresa y su problemática a la luz del delito de intervención de comunicaciones privadas.

PALABRAS CLAVE: Vigilancia, monitoreo, comunicaciones, privacidad, empleados, patrón, límites, delito.

INTRODUCCIÓN

El uso de modernas tecnologías en la comunicación de las empresas, principalmente internet y correo electrónico, además del teléfono, ha suscitado una nueva discusión en el ámbito laboral, acerca de cuales son los límites del patrón o empresario para vigilar y controlar el uso de esas herramientas de comunicación que pone a disposición de sus empleados y hasta donde esas labores de vigilancia y control pueden o no afectar el ámbito de intimidad de los trabajadores. Asimismo, se ha planteado la inquietud acerca de si esas mismas actividades de control o supervisión de las comunicaciones de los empleados, pueden dar lugar a la comisión del ilícito de intervención de las comunicaciones privadas.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, se ha señalado, por ejemplo, que el empresario tendría la posibilidad de controlar y archivar todo el correo electrónico que circula por la red de comunicación de su empresa, ya que ello podría configurarse como una medida más de vigilancia y supervisión de los trabajadores que utilizan las nuevas tecnologías, junto a otras como el control de la navegación por internet, el control de las llamadas telefónicas, la instalación de cámaras, el control médico, etc. Ello en razón de que

se suele alegar que la vigilancia de las comunicaciones en la empresa puede tener una finalidad legítima de control de la calidad del trabajo, posibilitando la corrección de errores en el sistema productivo, así como una medida de protección y vigilancia ante posibles actuaciones desleales del trabajador, como un uso particular de los elementos de la empresa, defraudaciones, introducción de virus, espionaje industrial e incluso, el acoso sexual. Sin embargo, la pregunta que surge es que tanto esas medidas de control y supervisión por parte del empresario, pueden lesionar la intimidad del trabajador ¹.

En la jurisprudencia española tal situación se ha resuelto señalando que si bien existe un derecho a la intimidad del trabajador en aquellos lugares donde desarrolla su actividad laboral, tal derecho puede ser limitado por mecanismos de control y vigilancia establecidos por el empresario a fin de comprobar el correcto funcionamiento de las obligaciones laborales de sus empleados, siempre y cuando la medida adoptada por éste sea idónea, proporcional e imprescindible para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección ². Es decir, las medidas de supervisión o control tomadas por el empresario, solo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad del trabajador, en la medida en que no sean idóneas, proporcionales e imprescindibles al fin perseguido, lo que ha de determinarse casuísticamente, en ausencia de una legislación sobre la materia.

Como ejemplo de lo anterior, Miguel Albasanz destaca dos sentencias del Tribunal Constitucional Español, correspondientes al año 2000, en donde el Alto Tribunal entró a valorar y validar medidas de control y vigilancia realizadas por el empresario mediante la instalación de videocámaras en los lugares de trabajo. Exceptuando aquellas zonas excluidas per se (vestuarios, servicios, comedores, zonas de descanso etc.), el Tribunal Constitucional justificó la medida adoptada en uno de los casos por las sospechas de apropiación indebida por parte de los trabajadores y la proporcionalidad del medio utilizado. Sin embargo, en el otro supuesto, relativo a instalación de un sistema de audio en unas zonas de trabajo de un casino, no las validó al entender que las mismas resultaban desproporcionadas: los micrófonos instalados por la empresa captaban comentarios indiscriminados y totalmente ajenos a su interés entrando de lleno en el ámbito de la intimidad personal ³.

En otra sentencia se dió validez al control de cajeros mediante un circuito cerrado de televisión sin consentimiento de los trabajadores ni del comité de empresa, puesto que el propósito era conseguir pruebas sobre apropiaciones monetarias, pruebas que no se hubieran podido conseguir de otro modo. Se alegó, entre otras, la vulneración del derecho a la intimidad, pero el Tribunal Constitucional consideró que tal medida no lo vulneraba, en razón de que era idónea, proporcional e imprescindible para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección ⁴.

¹ Sobre el particular, vid. Ignacio de Cuevillas Matazoli. *El Control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad* [en línea], España, fecha de publicación desconocida [citado 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: www.enplenitud.com/nota.asp?articuloID=2230

² Vid. sobre el tema: Miguel Albasanz Sendra. *Derecho a la intimidad de los empleados* [en línea], España, 2001 [citado 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: <http://www.inicia.es/de/JMSerrano/DchoIntimEmple.htm>

³ Cfr. Miguel Albasanz, artículo citado supra.

⁴ Cfr. Ignacio de Cuevillas, nota 12 del artículo arriba citado.

Sin embargo, en una sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Valencia, del 7 de diciembre de 2000, el Tribunal declaró nula la cláusula del contrato de trabajo de los empleados de una empresa de telemarketing, por cuya virtud la empresa podía realizar escuchas y grabaciones de las conversaciones de trabajadores durante el desempeño de su trabajo, al considerar que dicha cláusula vulneraba el derecho a la intimidad personal establecido en artículo 18 de la Constitución Española.

Sobre el particular, el Tribunal señaló que no podía negarse el interés de la empresa en controlar la actividad de los trabajadores e incluso la posibilidad de que ello se realizase por medio de escucha de las conversaciones mantenidas con los clientes que usaban el servicio telefónico ofrecido por la empresa, dadas las peculiares características de la actividad. Pero la redacción de la cláusula del contrato, sin hacerse constar ninguna limitación –de acuerdo con el Tribunal- permitiría una interpretación amparadora del uso de escucha y grabación durante toda la jornada laboral, en cuyo decurso era previsible se produjeran conversaciones, comentarios, etc. de índole privada que no afectaban al contenido de la prestación y respecto de los cuales no podía estimarse exista interés en la empresa en conocerlos. El Tribunal agregó que por la propia naturaleza de la actividad, también existían momentos en que el trabajador no desarrollaba la actividad propia, es decir no hablaba por teléfono ni atendía consultas, y podía sostener conversaciones con otros compañeros de trabajo o realizar llamadas telefónicas de carácter personal, conversaciones a las que la empresa tendría acceso, lo que se consideró vulnerador del derecho a la intimidad del trabajador. Al respecto, la empresa alegó que hacía uso de medidas de auto-control respecto de las actividades de escucha y grabación (solo unas horas al día, no escucha de conversaciones que no se realizaren por teléfono o de éstas cuando tuvieran un contenido personal), pero tales extremos fueron una mera alegación de la parte demandada que no practicó prueba alguna encaminada a la justificación de los mencionados alegatos, ni siquiera acreditó cual era el sistema técnico que empleaba para las escuchas y grabaciones y si el mismo permitía dicha limitaciones. En consecuencia, el Tribunal estimó que dicha cláusula, en los términos en que aparecía redactada, y la utilización por la empresa de la facultad de escucha y grabación de las conversaciones de los actores amparada en ella, habían de considerarse atentatorios al derecho a la intimidad de los trabajadores demandantes, procediendo la nulidad de la cláusula relativa ⁵.

En los Estados Unidos, de acuerdo con el *Privacy Rights Clearinghouse* (Centro de Información de los Derechos de la Privacidad), el patrón tiene derecho, en la mayoría de los casos, a escuchar las llamadas telefónicas de sus empleados. Por ejemplo, por razones de control de calidad, los patrones pueden monitorear las llamadas que se hacen a clientes o proveedores. Sin embargo, pueden existir requisitos especiales, dependiendo del Estado de la Unión en que esto se efectúe. Así, la legislación estatal de California (que regula las llamadas dentro del Estado) requiere que las personas sean informadas si la conversación es grabada o monitoreada, ya sea por medio de una grabación o por un señal de bocina (Orden General 107-B de la Comisión de Servicios Públicos de California). La ley federal, que regula las llamadas telefónicas con personas fuera del Estado (interestatales), sí permite el monitoreo de las llamadas relacionadas con el negocio sin aviso previo (Ver la Electronic

⁵ La sentencia relativa puede consultarse en línea en el Portal informática-jurídica.com [citada 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: www.informatica-juridica.com/anexos/anexo258.asp

Communications Privacy Act, 18 USC § 2510 et seq.). Sin embargo, una excepción importante se hace para las llamadas personales. Bajo la ley federal, el patrón debe dejar de monitorear la llamada en el preciso momento en que se entere que la llamada es personal. En ese tenor, el Centro de los Derechos de la Privacía señala que la mejor manera de garantizar la privacidad de las llamadas personales que los empleados hagan desde su lugar de trabajo es por medio de un teléfono público o de un teléfono que el patrón haya reservado solamente para llamadas personales⁶.

Por lo que se refiere a la regulación de este tema en nuestro país, una revisión de la base de datos en CD-ROM IUS 5 (Jurisprudencia y Tesis Aisladas/ Junio 1917-Junio 2005) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no arrojó resultados positivos en cuanto a la localización de referencias jurisprudenciales relacionadas con la vigilancia de las comunicaciones en la empresa para realizar tareas de supervisión o control de calidad, ni tampoco respecto a medidas de control del empresario, para garantizar que sus empleados no hagan uso extra laboral o abusivo de los medios de comunicación puestos a su disposición (teléfono, internet, correo electrónico, etc.), ni mucho menos de aquellas medidas de vigilancia para comprobar o indagar respecto de conductas desleales, como podrían ser robos, espionaje o revelación de secretos de la empresa. Lo anterior, sin embargo, no podría interpretarse en el sentido de que no hayan ocurrido conflictos o controversias de esta naturaleza, sino mas bien en el de que, si estas controversias han acaecido, todavía no existen pronunciamientos, en materia de amparo, de los Tribunales Colegiados de Circuito, las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

La Ley Federal del Trabajo tampoco regula los supuestos en que el empresario puede establecer medidas de vigilancia y control de las comunicaciones de sus empleados, a no ser que estas pudieran quedar contenidas en los reglamentos interiores de trabajo a que alude el artículo 422 de dicha ley.

Lo que es claro, sin embargo, es que de acuerdo al artículo 135, fracción IX, de la Ley Federal del Trabajo, queda prohibido a los trabajadores usar los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquel a que están destinados, lo que haría pensar que los empleados no pueden utilizar las líneas telefónicas, correo electrónico e internet para fines privados y que su excesivo uso extra laboral, bien podría configurar una falta de probidad u honradez, constitutiva de una rescisión de la relación laboral.

Ciertamente, en nuestro país no existe una norma que prohíba al empresario establecer sistemas de grabación de las conversaciones telefónicas que circulan por las líneas de su propiedad, ya sea para supervisar la calidad de los servicios prestados (p. ej., ventas por teléfono o atención al público) o aún por razones de seguridad en áreas sensibles que pudieran implicar fuga de información reservada o que requieran dejar registro de las comunicaciones realizadas.

⁶ Véase el artículo: *Employee Monitoring: Is There Privacy in the Workplace?* [en línea], San Diego, California, fecha de publicación desconocida [citado 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: <http://www.privacyrights.org/fs/fs7-work.htm>

Sin embargo y al margen de la polémica que en el plano estrictamente laboral esto pudiera significar (p. ej., consideración de la medida como “hostigamiento laboral” o “espionaje de los representantes sindicales”, etc., etc.), la interrogante que surge es que tanto estas medidas pudieran implicar una violación o una intromisión en el espacio de intimidad de los empleados en sus comunicaciones personales y, más importante aún, si esto pudiera significar una franca intervención de las comunicaciones privadas de los trabajadores o aún de los terceros que se enlazan con ellos.

En principio, debe decirse que no debería haber comunicaciones privadas en las líneas telefónicas proporcionadas por el patrón, atendiendo a la prohibición expresa de la Ley Federal de Trabajo, para que los trabajadores usen los útiles y herramientas suministrados por el patrón, para objeto distinto de aquel a que están destinados.

Empero, lo cotidiano de este medio de comunicación y su uso generalizado, hace que aún sin quererlo, los trabajadores puedan utilizarlo para tratar asuntos que bien podrían considerarse como estrictamente privados, tales como concertar citas personales, recibir llamadas ocasionales de amigos o familiares, resolver pequeños problemas domésticos, etc., etc., cuestiones todas estas que –sin caer en el abuso- de hecho se consideran normales y son toleradas. En otros extremos, podría haber empleados que –aún en el abuso- pudieran utilizar la línea telefónica para ventilar abiertamente conflictos sentimentales, para planear sus próximas vacaciones o aún para platicar en el ocio con la novia o el novio, casos, todos estos, que no son tolerados y que de detectarse pueden implicar una llamada de atención o un correctivo disciplinario. Sin embargo, lo común a todos ellos es que trascienden a lo oficial o lo profesional y se sitúan en el plano de lo íntimo. Y estas situaciones pueden extenderse ahora tanto al internet como al correo electrónico.

El principio lógico es que debe haber una normatividad que pueda conciliar los derechos del empresario para vigilar el uso de las tecnologías de comunicación que pone a disposición de sus empleados, con el derecho de estos a no ser perturbados en el plano de su intimidad, como de hecho ocurre y está ocurriendo en otros países, pero que en el nuestro apenas empieza a ventilarse, sin que existan pautas actuales que seguir al respecto.

Desde luego que, de existir alguna o algunas normas laborales regulatorias de esta cuestión, el problema de cualquier posible “intervención de comunicaciones privadas” de un trabajador o empleado, podría resolverse al amparo de la causa de justificación del delito conocida como ejercicio de un derecho.

Pero en ausencia de dichas normas, enfocaremos el asunto estrictamente desde el punto de vista de la configuración del tipo penal aplicable.

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estatuye, en su primer párrafo, que 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. Asimismo, su hoy doceavo párrafo, señala que la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro

y su violación será penada por la ley.

Por su parte, el noveno párrafo del referido precepto constitucional, introducido mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1996, indica que las comunicaciones privadas son inviolables, que la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas y que 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.

De los referidos preceptos constitucionales deriva lo que ha dado en llamarse el derecho a la privacidad o a la intimidad de las comunicaciones entre los ciudadanos, que no puede ser quebrantado por terceros ajenos, sean estos particulares o agentes de la autoridad, salvo los casos de excepción que establezca la propia ley.

El derecho a la intimidad, es, pues, el bien jurídico que estos preceptos constitucionales tutelan, y cuya afectación o puesta en peligro, es objeto de sanción por el derecho penal.

Dejando de lado la específica protección jurídico penal de las comunicaciones postales, que desde luego existe y de muy antiguo en nuestro derecho⁷, habremos de centrar nuestra atención en aquellas normas penales de más reciente creación y que sancionan la violación del mas amplio concepto de comunicaciones privadas, introducido por la reforma constitucional de 1996. Entendiendo que esta violación puede presentarse en los fueros federal y común, se citará la legislación aplicable en ambos.

2. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL EN MATERIA DE INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES

El artículo 177 del Código Penal Federal, ubicado en capítulo correspondiente a la violación de correspondencia, señala que “*a quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa*”⁸.

Por su parte, el artículo 211 bis del mismo código, contemplado en el capítulo correspondiente a la revelación de secretos, indica que “*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*

⁷ Citamos, como ejemplo, el delito de apertura, destrucción o substracción indebida de pieza de correspondencia cerrada, confiada al correo y su agravado en razón de la calidad del sujeto activo, previstos en los artículos 576 y 577 de la Ley de Vías Generales de Comunicación y el delito de violación de correspondencia, en sus hipótesis de apertura o interceptación indebida, excepción hecha de la correspondencia que circule por estafeta, contemplado en el artículo 173 del Código Penal Federal.

⁸ La pena aplicable al delito de intervención de comunicaciones privadas aparece como desproporcional y muy elevada en relación al bien jurídico tutelado. Así, por ejemplo se equipara en su máximo a la pena por el homicidio en riña, que es de doce años, pero aún este delito tiene una pena mínima menor, que es de cuatro años.

prisión y de trescientos a seiscientos días multa”.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 27, señala que *“los servidores públicos de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8o. de (dicha) 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”.*

Asimismo, el artículo 28, segundo párrafo, de la citada ley, estatuye que *“los servidores públicos de la unidad especializada prevista en el artículo 8o. de (esa) 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”.*

El tercer párrafo del mismo artículo, agrega que *“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”.*

De lo expuesto en los párrafos precedentes, desprendemos que en esencia son dos las figuras típicas que contempla la ley: una es la intervención simple y llana de comunicaciones privadas sin autorización judicial y la otra es la revelación de la información obtenida por esos medios. La diferencia entre los tipos penales previstos en el Código Penal Federal y en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, reside en que los segundos son tipos penales que requieren una específica calidad en el sujeto activo (en este caso, la de servidor público), mientras que, en los primeros, el sujeto activo puede ser cualquiera. Dicho de otro modo: las intervenciones de comunicaciones privadas sin autorización judicial se sancionan, por regla general, conforme al Código Penal, excepción hecha de que sean cometidos por servidores públicos, en cuyo caso cobran aplicación las normas de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Analizaremos brevemente el tipo base de intervención de comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial, que es el que en este momento nos interesa.

En la especie se trata de un delito de acción, donde ésta (la acción) es precisamente la de “intervenir”. El objeto de la acción (donde ésta recae) es una “comunicación privada”. El tipo penal contiene, también, un elemento normativo (de valoración jurídica) que es la ausencia de un mandato de autoridad judicial para realizar la acción.

No existe todavía una interpretación de la jurisprudencia sobre lo que debe entenderse por “intervenir” y por “comunicación privada”. Por ello, debe atenderse al sentido gramatical o semántico de dichos términos.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, intervenir significa tomar parte en un asunto, mediar o interceder, interponerse entre dos o más, e incluso implica vigilancia o intromisión en un ámbito determinado. El diccionario asigna a la voz “intervenir”, en uno de sus tantos sentidos, el de “vigilar una autoridad la comunicación privada: la policía intervino los teléfonos”.

Por “comunicación” debemos entender, siguiendo al diccionario, la acción de comunicar (transmitir, informar, conversar, tratar con alguno de palabra, por escrito, etc., o el consultarle un asunto tomando su parecer). La comunicación es también el trato entre personas, el escrito en que se comunica algo oficialmente o la unión o contacto que se establece entre ciertas cosas.

Lo “privado” es lo que se ejecuta a la vista de pocos, en confianza o en familia; lo que es particular y personal. En contraposición, lo privado no es público, pues no está dirigido a cualquier oyente, sino a uno o algunos en lo particular.

En síntesis, la comunicación privada es la que se ocurre entre dos o más personas y la “intervención” de esa comunicación se da necesariamente por un tercero ajeno, que no forma parte de la misma. Este sería el sujeto activo de la conducta descrita en el tipo, lo que, desde mi punto de vista, está implícito en el mismo, puesto que quienes se comunican entre sí, no pueden “intervenirse” entre ellos mismos.

Cosa distinta es la “autointervención” por uno de quienes se intercomunican entre sí, si que es puede llamarse de ese modo a la autograbación, por ejemplo, de una conversación telefónica o a la autofilmación de un encuentro o charla. Este no sería un supuesto de intervención de comunicaciones privadas, atendiendo al hecho de que es uno de quienes reciben o transmiten la información el que deja registro de la misma, lo que si bien podría ser objeto de algún cuestionamiento ético, nunca podría constituir un delito per se. Sin embargo, el uso indebido que uno de los recipientes de la información reservada o privada, dirigida al él mismo, pudiera darle en perjuicio del otro, podría tal vez constituir un delito distinto (p. ej., revelación de secretos), pero nunca, reiteramos, el de “intervención de comunicaciones privadas”, cuya ejecución debe darse por un tercero ajeno a dichas comunicaciones.

En apoyo de la posición de que la “autointervención” no es punible, además de algunos estudios doctrinales ⁹, puede citarse una tesis del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que, si bien parte del supuesto equivocado de que sólo las autoridades pueden ser sujetos activos del delito de intervención de comunicaciones – criterio contradicho por un tesis de la Segunda Sala a la que nos referiremos mas adelante- en la parte conducente nos señala: “...no existió ningún acto de autoridad federal mediante

⁹ En el caso, el trabajo del Doctor Sergio García Ramírez titulado “Protección Jurídico-Penal de las Comunicaciones Personales. Análisis y Propuesta”. En: *Criminalia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LVIII, Número 1, México, D.F., Enero-Abril de 1992. Editorial Porrúa, pp. 77 y sigs.

el cual se interviniera la comunicación telefónica sostenida entre el quejoso y la cónyuge del tercero perjudicado recurrente, sino que tal intervención se llevó a cabo por éste último mediante la grabación realizada en el teléfono instalado en su domicilio, es decir, en su propia línea telefónica, con el aparato comúnmente llamado contestadora o grabadora de recados, no es cierto que la admisión de la prueba documental de audiocintas y su inspección judicial que ofreció el referido recurrente, así como su recepción y reproducción material, infrinja en perjuicio del quejoso la garantía relativa a la inviolabilidad de las conversaciones privadas que consagra el artículo 16 de la Constitución Federal¹⁰.

En cuanto a la naturaleza de las comunicaciones privadas que pueden ser objeto de intervención (en este caso lícita), el tercer párrafo del artículo 16 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, señala que *“podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos 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”*. Tal definición de los tipos de intervención lícita de comunicaciones privadas, desde luego sirven de ejemplo para los supuestos de intervención ilícita que en la práctica pueden ocurrir.

3. LEGISLACIÓN PENAL DEL FUERON COMÚN EN MATERIA DE INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES (CASO DEL DISTRITO FEDERAL).

Con una técnica jurídica más moderna y siguiendo a la legislación española, el Código Penal para el Distrito Federal ha establecido un título destinado a los *delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto* y creado el delito de violación a la intimidad personal, que refleja en pureza el bien jurídico protegido. Dicho delito es el siguiente:

Artículo 212. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión, al que sin consentimiento de quien esté legitimado para otorgarlo y, para conocer asuntos relacionados con la intimidad de la persona:

I. Se apodere de documentos u objetos de cualquier clase; o

II. Utilice medios técnicos para escuchar, observar, grabar la imagen o el sonido.

Este delito se perseguirá por querrela.

El tipo penal en comento describe dos acciones que son objeto de sanción: a) el apoderamiento (de documentos u objetos de cualquier clase) o b) la utilización de medios técnicos (para escuchar, observar, grabar la imagen o el sonido). Sin embargo, no basta con que se realicen estas acciones para configurar el delito, pues el tipo penal exige, además, un elemento subjetivo distinto del dolo que debe concurrir en el sujeto activo: este debe tener el propósito o realizar las acciones con el objeto de *conocer asuntos relacionados con la*

¹⁰ Novena Época. Instancia: Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Rubro: *Comunicaciones Privadas. La admisión de la prueba documental de sus grabaciones no infringe la garantía de su inviolabilidad*. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, Diciembre de 1997, Tesis: I.5o.C.9 K, Página: 656.

intimidad de la persona. Si las acciones se realizan sin ese propósito, podrían constituir otro delito, pero no ese.

Este tipo penal tiene diferente estructura que el de intervención de comunicaciones privadas. Algunas de las formas de intervención de comunicaciones privadas podrían quedar inmersas en este tipo (p. ej., la grabación o escucha de una conversación por medios técnicos), pero no todas (piénsese en la intervención de comunicaciones privadas que se realizan por medio de sistemas informáticos como el “chat” o el “e-mail”, donde no hay, en sentido estricto, una escucha, observación, grabación de la imagen o el sonido). Pero en contrapartida, supone una protección mas amplia de la intimidad, pues no se limita a proteger las comunicaciones privadas, sino todo aquello que nos pueda pertenecer como íntimo: un documento, un objeto o aún nuestra propia imagen.

Los fines o propósitos exigidos por este tipo penal (conocer asuntos relacionados con la intimidad de la persona), suponen también su comisión por un tercero ajeno al sujeto o sujetos de observación y/o de escucha, por lo que también queda excluida de reproche típico la autograbación o la autoescucha.

Por último, es necesario comentar que este tipo penal contiene un elemento normativo de valoración jurídica, como lo es que la acción se realice sin el consentimiento del legitimado para otorgarlo, lo que nos habla de la “disponibilidad” del bien jurídico protegido, que en este caso es la intimidad.

Por disponibilidad de un bien jurídico, debemos entender la facultad que tiene el sujeto de disponer de él. La intimidad es un bien jurídico disponible, en tanto nosotros podemos decidir si la conservamos o la abrimos a los demás. De ahí deriva que este delito sea, además, solo perseguible por querrela del agraviado.

Junto al delito de violación a la intimidad personal, en el Código Penal del Distrito Federal coexiste el delito de violación a la comunicación privada, ubicado en el capítulo correspondiente a los *delitos contra la seguridad y el normal funcionamiento de las vías de comunicación y de los medios de transporte*. El mencionado delito es del siguiente tenor:

Artículo 334. A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a mil días multa.

A quien revele, divulgue utilice indebidamente, o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a mil días multa.

La estructura de este delito es similar a la prevista en la legislación federal, siendo, por tanto, aplicables los mismos comentarios, con la excepción de que aquí no existe un delito específico para servidores públicos, teniendo entonces aplicación, para todos los casos, la regla general.

En los supuestos de conflicto en la aplicación de cualquiera de los tipos penales que hemos citado líneas arriba (conflicto aparente de normas), éste deberá resolverse conforme al principio de especialidad, según el cual cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general (artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal).

Finalmente, es pertinente señalar que el Código Penal para el Estado de Jalisco no contempla ningún delito contra la intimidad o en materia de intervención de comunicaciones privadas, lo que supone un rezago normativo en esta materia.

4. ¿FUERO COMÚN O FUERO FEDERAL EN LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS?

Hemos visto que los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal contemplan idéntica norma para sancionar la intervención de comunicaciones privadas. La pregunta sería en qué casos el delito cometido debería ser considerado como delito del fuero federal o bien correspondiente al fuero común.

Para despejar esta interrogante, es preciso analizar las previsiones contenidas en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que justamente nos indica cuando un delito debe ser considerado del fuero federal. De no surtirse las hipótesis previstas en dicho artículo, el delito devendría entonces en competencia del fuero común.

Una primera hipótesis de competencia federal (la más general) surge en los casos de los incisos f), g) y l) de la fracción I del artículo 50 de la Ley arriba citada, según las cuales son delitos federales los cometidos por o en contra de un servidor público federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas o por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas, en términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal Federal. Todos los casos de intervención de comunicaciones privadas cometidos por o en contra de estos funcionarios serían de naturaleza federal.

En el caso de la intervención de comunicaciones privadas que se realicen por vía telefónica, un análisis atento del inciso h) de la fracción I del mismo artículo y según el cual son también federales los delitos perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado, nos llevaría a la conclusión de que este tipo de intervención sería en su mayoría de naturaleza federal, pues generalmente ocurre con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, como lo es el telefónico, salvo el caso, que suponemos infrecuente, de que se trate de redes telefónicas de uso privado que no requieren concesión.

Sobre el particular, la Ley de Vías Generales de Comunicación, en su artículo 8º, señala que para construir, establecer y explotar vías generales de comunicación o cualquier clase de servicios conexos a éstas, será necesario el tener concesión o permiso del Ejecutivo Federal, con sujeción a los preceptos de la ley y sus reglamentos.

Por su parte, la Ley Federal de Telecomunicaciones, señala, en su artículo 4, que son vías generales de comunicación, el espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones y los sistemas de comunicación vía satélite.

Por “red de telecomunicaciones”, debe entenderse el sistema integrado por medios de transmisión, tales como canales o circuitos que utilicen bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, enlaces satelitales, cableados, redes de transmisión eléctrica o cualquier otro medio de transmisión; y por “telecomunicaciones”, toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonido o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos (artículo 3, fracciones VIII y XIV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones).

Las redes de telecomunicaciones, pueden ser públicas o privadas, requiriendo las primeras, destinadas a la explotación comercial de servicios de telecomunicaciones, de concesión federal para su instalación, operación o explotación (artículo 3, fracciones IX y X, 11 y 24 a 28 de la Ley arriba citada).

En el aspecto técnico debe distinguirse entre lo que es propiamente el servicio de telefonía básica, que corresponde a la tradicional comunicación por medio de líneas, y el servicio de radiotelefonía móvil, que corresponde a lo que se conoce como telefonía celular. Sin embargo, ambos servicios, cuando se presten al público, requieren de concesión de la autoridad federal, en términos del artículo 7° del Reglamento de Telecomunicaciones (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29/10/1990) y son considerados, conforme al mismo reglamento, como servicios públicos de naturaleza federal (así, entre otros, los artículos 2°, fracción V, párrafo noveno; 110, fracción II; 119 y 120).

En consecuencia y desde nuestro punto de vista, toda intervención de comunicaciones privadas que se realice a través, por medio de o utilizando las redes públicas de telecomunicaciones telefónicas (convencionales o celulares), devendría en un delito de naturaleza federal, atendiendo a que este se perpetraría con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, en este caso, concesionado.

Sin embargo, si la intervención de comunicaciones telefónicas se efectúa más allá de las redes públicas de telecomunicaciones (p. ej. instalando un micrófono en el propio aparato telefónico), el delito habría de ser de la competencia del fuero común. A este respecto, es pertinente destacar que, conforme a la fracción X del artículo 3° de la Ley Federal de Telecomunicaciones, la red pública de telecomunicaciones no comprende los equipos terminales de telecomunicaciones de los usuarios, ni las redes de telecomunicaciones que se encuentren más allá del punto de conexión terminal.

5. LA DISPONIBILIDAD DEL BIEN JURÍDICO EN EL TIPO PENAL DE INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

En líneas anteriores señalábamos que el bien jurídico protegido por el delito de intervención de comunicaciones privadas era el de la intimidad y que este era un bien jurídico disponible.

En el plano doctrinal, son muy diversos los estudios que sostienen que tratándose de las comunicaciones personales (entre otras, las comunicaciones telefónicas), lo que se trata de tutelar, por medio de las normas penales que sancionan las conductas que vulneran dichas comunicaciones, es precisamente la intimidad de quienes son objeto de dicha vulneración¹¹. Ese es, precisamente, el bien jurídico tutelado, que se entiende como un bien jurídico individual.

Dentro del catálogo de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, encontramos la existencia de “...bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v. g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v. g. la integridad corporal y el honor) y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v. g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero)”. Esta distinción es de importancia –nos dice Jescheck–, para decidir, por ejemplo, respecto a si la persona afectada de modo directo por el hecho puede consentir eficazmente en la lesión del bien jurídico, o lo que es lo mismo, para decidir si puede disponer de él¹². De ahí que, en principio, solo pueda haber disponibilidad de los bienes jurídicos individuales y no de aquellos que atañen a la colectividad.

Al respecto, nos dice Roxin: “Esta excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Así, el perjurio concertado entre dos litigantes es punible, por tanto, a pesar del consentimiento de la otra parte, porque de una u otra forma resulta perjudicada la administración de justicia como bien jurídico protegido en los delitos de falso testimonio...”.¹³

La disponibilidad o no de un bien jurídico cobra relevancia a la luz de la causa excluyente del delito prevista en el artículo 15, fracción III, del Código Penal Federal y que a la letra dice:

¹¹ Vid. sobre el particular, por ejemplo: Sergio García Ramírez, en: *Protección Jurídico-Penal de las Comunicaciones Personales. Análisis y Propuesta*. Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LVIII, Número 1, México, D.F., Enero-Abril de 1992. Editorial Porrúa.- Moisés Moreno Hernández. *El deber de secreto profesional*. Ed. por el Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, España, dentro de la serie “Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales”, 1993.- Raúl Plascencia Villanueva. *Las Comunicaciones Privadas y la Reforma Penal*. En: Reforma Constitucional y Penal de 1996. 1ª reimposición, México, 1997. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- En España: Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal: Parte Especial*. Undécima edición, Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, pags. 215 y siguientes.- Juan Bustos Ramírez. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 1era edición, Barcelona, España, 1986. Editorial Ariel, páginas 377 y 378, si bien este último autor encuentra una coexistencia entre el bien jurídico intimidad y el bien jurídico garantías constitucionales.

¹² Cfr. Hans Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Traducción de la 4ta edición alemana por el Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, España. Editorial Comares, 1993. Pag. 234.

¹³ Cfr. Claus Roxin. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España, Editorial Civitas, reimposición 2000. Pag. 527.

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- ...

II. ...

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo;

Esta causa de exclusión del delito se prevé, en idénticos términos, en el artículo 29, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, sin que la legislación penal del Estado de Jalisco contemple tal hipótesis.

Ahora bien, respecto a la teoría del consentimiento, la doctrina dominante distingue entre el acuerdo y el consentimiento propiamente dicho. El primero, excluye de plano la tipicidad; es decir, ni siquiera hay delito. Así, por ejemplo, si alguien se apodera de una cosa ajena con consentimiento de quien puede otorgarlo, no existiría robo en el sentido del artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal, ni tampoco existiría violación a la intimidad personal, conforme al artículo 212 del mismo código, si alguien se apodera de documentos u objetos para conocer asuntos relacionados con la intimidad de una persona, con consentimiento de esta. En cambio, “...el consentimiento en sentido estricto, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo. Los ejemplos fundamentales los proporcionan los tipos de daños y lesiones. Si el propietario permite que un tercero dañe o destruya una cosa de aquel, según la doctrina dominante, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada. Según esta opinión, el consentimiento excluye solo la antijuricidad, lo cual se funda la mayoría de las veces en que el consentimiento descansaría una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante...”¹⁴.

En el plano nacional, los Tribunales Colegiados Cuarto y Sexto en Materia Penal del Primer Circuito, han emitido tesis aisladas tratando de precisar el bien jurídico tutelado por el delito de intervención de comunicaciones privadas, aunque restringiéndolo al cometido por servidores públicos. Así, las siguientes tesis:

Novena Época

¹⁴ Cfr. Claus Roxin, op. cit. supra, página 512.

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Julio de 2003

Tesis: I.4o.P. 21

Página: 1146

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS. SUJETO PASIVO DEL DELITO. El respeto a las comunicaciones privadas es acogido por el artículo 16 constitucional, específicamente en el párrafo noveno, erigiéndose así en un derecho público subjetivo, el cual, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de intereses de la sociedad y derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura de intervención de comunicaciones privadas previa autorización judicial. En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, se constituye en garante del interés social y establece normas que tienden a protegerlo, tal es el caso de la infracción penal por intervención de comunicaciones privadas cometida por servidores públicos. Por ello, en casos como el analizado, el bien jurídico recae en el interés común, pues la finalidad perseguida con la incursión de la figura de la intervención de comunicaciones privadas previa autorización judicial, fue precisamente la de proteger a la colectividad contra el constante incremento del crimen organizado, de ahí que la lesión por el ilícito estudiado recaiga en la sociedad, convirtiéndose así en sujeto pasivo de la infracción punitiva, puesto que la salvaguarda de la seguridad y privacidad de las comunicaciones, como se dijo, encuentra su limitante en la satisfacción del interés común de la sociedad, quien es la interesada en que el derecho a la privacidad no sea violado sino sólo en los casos permitidos por la ley.

Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Marzo de 2003

Tesis: I.6o.P.52

Página: 1738

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS PRIVADAS. ACREDITACIÓN DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el artículo 27 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es la seguridad de la sociedad de que las comunicaciones privadas se mantengan en reserva, por lo que es ésta quien resulta afectada con actos de intervención sin previa autorización judicial o en términos distintos a los autorizados y, en esa virtud, se trata de un ilícito perseguible oficiosamente. Ahora bien, para la acreditación del cuerpo del delito y la

responsabilidad penal, tratándose de intervención de comunicaciones telefónicas, no se requiere que se precisen las líneas telefónicas intervenidas por el servidor público y a quiénes se realizaron éstas, ya que el precepto mencionado no lo prevé, por lo que será suficiente que del cúmulo probatorio se desprenda circunstancialmente que el sujeto activo, sin contar con la autorización de autoridad judicial o en términos distintos a los autorizados, realizó la intervención de una comunicación telefónica privada, lo que implica que el juzgador, al tomar en conjunto todas esas probanzas e integrar la prueba circunstancial, llamada prueba de indicios, en donde cada uno de ellos, si bien en forma autónoma y aislada no tienen mayor valor, en su conjunto puedan adquirir eficacia probatoria plena, por relacionarse y vincularse lógicamente entre sí para crear absoluta convicción, sin olvidar que la prueba circunstancial precisa para su integración que se encuentren acreditados los hechos indiciarios y que exista un enlace más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; de ahí que la apreciación que de las pruebas haga el Juez en los términos aludidos, aparte de que se ajusta a las reglas tutelares que rigen la prueba en materia penal, porque conforme lo dispone la ley se valora la prueba circunstancial, sirve para presumir la materialidad del delito.

Como podemos observar, ambas tesis coinciden en que el bien jurídico protegido es la reserva o la privacidad de las comunicaciones, aunque trasladan la titularidad de dicho bien a la sociedad, quien considera es la agraviada por el delito. Desde mi punto de vista, tal razonamiento no tiene un verdadero sustento, puesto que si bien es cierto que en un sentido último todos los delitos agravan a la sociedad, ello no significa que el titular de todos los bienes jurídicos sea la colectividad. Como ya dijimos, existen bienes jurídicos de contenido eminentemente personal o individual y otros de verdadero interés colectivo (p. ej. la seguridad o la salud públicas).

Planteadas las cosas en términos de las tesis arriba citadas, se llegaría al absurdo de considerar que habría una intervención de comunicaciones privadas, aunque todos los intervinientes estuvieran de acuerdo. Imaginemos el caso de dos personas que consienten en ser intervenidos telefónicamente por un tercero durante tres días, con el propósito, por ejemplo, de probar una nueva tecnología. En uno de tantos días, los participantes se enfrascan en una discusión olvidando la intervención consentida y de pronto son captados tratados asuntos personales o íntimos. Técnicamente habría una intervención de comunicaciones, pero esta no sería punible, ni siquiera típica, por la simple y sencilla razón, de que existe un acuerdo o consentimiento para realizar la conducta, la cual no lesiona ningún bien jurídico, pues de antemano hubo una renuncia tácita a la intimidad. Sin embargo, si pensamos -como el Tribunal- que el titular del bien jurídico es la sociedad o la colectividad, el asunto tendría que ser sancionado, aún contra la voluntad de los participantes, pues el bien jurídico no les pertenecería y por tanto no habrían podido disponer de él.

Sin embargo, contrario a lo anterior, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido de manera implícita que el titular del bien jurídico protegido por este delito es la persona individual y no la colectividad y que, por tanto, existe un poder de disponibilidad por parte del o los sujetos a quienes se busca proteger con la punición de la

intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial. En efecto, la citada Segunda Sala señaló en una ejecutoria que “...*si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional...*”; de donde se deduce, contrario sensu, que si existe consentimiento de los sujetos no habrá ilícito, lo que nos confirma la disponibilidad del bien jurídico y su titularidad por la persona individual.

La tesis en cita es la siguiente:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Diciembre de 2000

Tesis: 2a. CLXI/2000

Página: 428

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE. El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que 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; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán 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. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, **lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional**; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.

Amparo en revisión 2/2000. Norma Angélica Medrano Saavedra. 11 de octubre del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Elena Rosas López.

De lo expuesto, podemos concluir válidamente que la intimidad es un bien jurídico individual y que también es jurídicamente disponible.

6. USO DE APARATOS RELACIONADOS CON LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES

Relacionado con el tema que nos ocupa, se encuentra el de la adquisición, posesión o venta de aparatos que puedan servir para intervenir comunicaciones, o que, por el contrario, puedan ser útiles para evitarlas o detectarlas.

Respecto a los primeros, en algunos países su posesión o venta se encuentra sancionada penalmente. Así, el artículo 371 del Código Penal Francés, sanciona la fabricación o importación de equipos de intercepción¹⁵, mientras que el artículo 2512 del Código de los Estados Unidos (United States Code) sanciona la manufactura, distribución o posesión de dispositivos de intercepción de comunicaciones alámbricas, orales o electrónicas, en los casos en que el sujeto sepa o tenga razón para saber que serán utilizados para la intercepción subrepticia de comunicaciones¹⁶.

En nuestro país no existen normas penales que sancionen la adquisición, posesión o venta de aparatos que puedan servir para intervenir comunicaciones privadas, ni mucho menos respecto de aquellos que puedan ser útiles para evitarlas o detectarlas, por lo que la adquisición y posesión de estos últimos no se encuentra prohibida ni sancionada.

7. CONSIDERACIONES Y REFLEXIONES FINALES

Es indudable que el tema del control y supervisión de los medios de comunicación que la empresa pone a disposición del trabajador, incluyendo la supervisión del trabajo que se realiza por esos medios, ha tenido, en otros países, un desarrollo congruente con la evolución tecnológica que a ese respecto se ha experimentado, pero tal temática, desafortunadamente, apenas parece vislumbrarse en México. Seguramente será tema de las relaciones obrero-patronales en un futuro cercano.

Enfocado desde un punto de vista estrictamente penal, toda discusión sobre la utilización de sistemas de grabación o monitoreo del flujo de comunicaciones que circulen por las líneas telefónicas de una empresa, ya sea para supervisar la calidad de los servicios prestados (p. ej., ventas por teléfono o atención al público) o por razones de seguridad en

¹⁵ Cfr., Serge Antony y Daniel Ripoll. *El Combate Contra el Crimen Organizado en Francia y en la Unión Europea*. 1era. edición, México; Procuraduría General de la República, 1995, pág. 110.

¹⁶ Vid. Electronic Communications Privacy Act. Title 18 of the U.S. Code. Chapter 119 - Wire and electronic communications interception and interception of oral communications. Sec. 2512. Manufacture, distribution, possession, and advertising of wire, oral, or electronic communication intercepting devices prohibited, [en línea], Cornell Law School [citado 12-04-2006], Formato html, Disponible en internet: http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sup_01_18_10_I_20_119.html

áreas sensibles que pudieran implicar fuga de información reservada o que requieran dejar registro de las comunicaciones realizadas, debe considerar, desde mi perspectiva, los siguientes aspectos:

1.- No existe prohibición legal para que el propietario de una línea telefónica instale aparatos de grabación en una línea que es suya, como lo demuestra el hecho de que aún una contestadora telefónica casera, de las que existen en muchos hogares, puede realizar tal función.

2.- Sin embargo, nunca será lo mismo instalar un aparato de grabación en una línea personal o privada, que en una que es puesta a disposición de los empleados, pues ésta última supone un innumerable tráfico de conversaciones, incluidas algunas que podrían ser catalogadas como de índole estrictamente personal.

3.- En términos rigurosos, no deberían existir llamadas personales o comunicaciones privadas de empleados en las líneas de la empresa, atendiendo a la expresa prohibición legal para que los trabajadores usen los útiles y herramientas suministrados por el patrón para objeto distinto de aquel a que están destinados.

4.- Visto desde esa óptica, que en esencia es formalista, el patrón tendría el derecho de instalar aparatos de grabación o monitoreo en las líneas telefónicas de su propiedad, como un instrumento más de control o supervisión de las herramientas de trabajo, sin que el derecho penal tuviese comunicación privada que tutelar, por la simple y sencilla razón de que en tales herramientas de trabajo no puede haber comunicaciones privadas.

5.- Sin embargo, tal óptica formalista escapa de lo que puede ocurrir en la realidad (recordemos que el derecho penal juzga sobre hechos y no sobre ficciones jurídicas), en donde es factible que, de manera justificada o injustificada, los empleados establezcan comunicaciones telefónicas que podrían considerarse de índole privado, pudiéndose ocasionar conflictos de interpretación, precisamente en torno a los límites del derecho del patrón para controlar los instrumentos de trabajo y la extensión del derecho a la intimidad de los trabajadores, aspecto que en México no ha sido precisado por el derecho laboral.

6.- Partiendo del supuesto de que en la línea telefónica de una empresa pueden ocurrir comunicaciones privadas de los empleados traducidas en llamadas personales, aparece como mínimamente exigible que, en el caso de instalarse aparatos de grabación y a fin de no ser afectados en su intimidad personal, los trabajadores deban ser informados previamente de las líneas que son objeto de monitoreo o grabación y de la causa o propósito que motiva dicha medida (p. ej. control de calidad de un servicio que se presta por vía telefónica o razones de seguridad para la empresa).

7.- Desde el punto de vista jurídico penal, el consentimiento, acuerdo o aceptación del trabajador para la aplicación de esta medida, reviste un carácter relevante, en orden a la exclusión de cualquier conducta que pudiera considerarse ilícita. Siendo la intimidad un bien jurídico personal y, por tanto, disponible, es factible otorgar acuerdo o consentimiento para este tipo de providencias, aun a sabiendas de que eventualmente pudieran captarse

comentarios o asuntos de tipo personal. El acuerdo o el consentimiento, recordemos, son figuras que nulifican o justifican conductas de relevancia penal.

8.- De acuerdo con el Código Penal, para que este consentimiento pueda surtir efectos, debe ser expreso o tácito, pero sin que medie algún vicio (p. ej., coacción). De ahí que no necesariamente deba constar en forma escrita, pero para equilibrio y claridad de las partes, se estima deseable que revista alguna forma comprobable.

9.- La intimidad de los terceros que, con fines de servicio o con ánimo de establecer comunicaciones privadas con el trabajador, hacen un enlace telefónico a la línea de la empresa, requiere también ser resguardada. Ello puede lograrse con una advertencia de que la llamada esta siendo grabada (como ocurre en algunas empresas que prestan servicios de atención al público por teléfono), lo que es suficiente para dejar en claro que la intimidad no está a salvo y que si se decide ir mas allá en la comunicación, es bajo su propio riesgo o acuerdo. De no ser factible, posible o deseable hacer tal advertencia, puede ser el propio trabajador quien lo haga, lo que debe formar parte del acuerdo o consentimiento. En ese caso, éste debe incluir el deber de informar a sus interlocutores de la instalación de la medida.

10. Es deseable que en aquellos establecimientos en que por razones de servicio, seguridad o control sea necesario el monitoreo de las llamadas de los empleados, exista una línea libre de supervisión, a fin de satisfacer alguna necesidad explicable de comunicación extra-laboral.

11.- En nuestro país no existen normas penales que sancionen la adquisición, posesión o venta de aparatos que puedan servir para intervenir comunicaciones privadas, ni mucho menos respecto de aquellos que puedan ser útiles para evitarlas o detectarlas, por lo que la adquisición y posesión de estos últimos no se encuentra prohibida ni sancionada.

FUENTES

a) Libros y artículos

ALBASANZ SENDRA, Miguel. *Derecho a la intimidad de los empleados* [en línea], España, 2001 [citado 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: <http://www.inicia.es/de/JMSerrano/DchoIntimEmple.htm>

ANTONY, Serge y RIPOLL. Daniel. *El Combate Contra el Crimen Organizado en Francia y en la Unión Europea*. 1era. edición, México; Procuraduría General de la República, 1995.

ARTÍCULO sin autor. *Employee Monitoring: Is There Privacy in the Workplace?* [en línea], San Diego, California, fecha de publicación desconocida [citado 22-02-2006], Privacy Rights Clearinghouse, Formato html, Disponible en internet: <http://www.privacyrights.org/fs/fs7-work.htm>

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 1era edición, Barcelona, España, 1986. Editorial Ariel.

DE CUEVILLAS MATAZOLI, Ignacio. *El Control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad* [en línea], España, fecha de publicación desconocida [citado 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: www.enplenitud.com/nota.asp?articuloID=2230

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Protección Jurídico-Penal de las Comunicaciones Personales. Análisis y Propuesta”. En: *Criminalia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LVIII, Número 1, México, D.F., Enero-Abril de 1992. Editorial Porrúa.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Traducción de la 4ta edición alemana por el Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, España. Editorial Comares, 1993.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés *El deber de secreto profesional*. Ed. por el Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, España, dentro de la serie “Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales”, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. Undécima edición, Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, pags. 215 y siguientes.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Las Comunicaciones Privadas y la Reforma Penal*. En: Reforma Constitucional y Penal de 1996. 1ª reimpresión, México, 1997. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.-

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, España, Editorial Civitas, reimpresión 2000.

b) Documentos

UNITED STATES CODE COLLECCTION. Electronic Communications Privacy Act. Title 18 of the U.S. Code. Chapter 119.- Wire and electronic communications interception and interception of oral communications. Sec. 2512. Manufacture, distribution, possession, and advertising of wire, oral, or electronic communication intercepting devices prohibited, [en línea], Cornell Law School [citado 12-04-2006], Formato html, Disponible en internet: http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sup_01_18_10_I_20_119.html

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE VALENCIA DE 7 DICIEMBRE 2.000. Juicio verbal del Orden Social, en materia de tutela de derechos fundamentales, seguido a demanda de la Confederación General del Trabajo del País Valenciano, en contra la empresa Atento Comunicaciones España.. Portal informática-jurídica.com, en línea [citada 22-02-2006], Formato html, Disponible en internet: www.informatica-juridica.com/anexos/anexo258.asp

c) Bases de datos

BASE DE DATOS EN CD-ROM IUS 5 (Jurisprudencia y Tesis Aisladas/ Junio 1917-Junio 2005) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2005.