

## **LA PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA ELECTORAL. REGLAS DE EXCLUSIÓN DISEÑADAS DESDE LA CONSTITUCIÓN**

Constancio CARRASCO DAZA

SUMARIO: I. *La finalidad del proceso.* II. *Sistema de valoración de la prueba.* III. *La valoración de las pruebas desde la regulación constitucional.* IV. *La prueba ilícita y las reglas de exclusión de la prueba.* V. *El artículo 16 constitucional.* VI. *Posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* VII. *¿Qué modelos de valoración nos ofrecen otros sistemas jurídicos?* VIII. *La exclusión probatoria trasladada a otros ámbitos jurídicos.* IX. *Consecuencias en cuanto a la valoración de la prueba en materia electoral.* X. *Ponderación de valores.*

### I. LA FINALIDAD DEL PROCESO

Uno de los debates más interesantes de la teoría general del proceso se ha constituido a partir de la interrogante siguiente: ¿cuál es el objeto del proceso en un Estado democrático de derecho?

¿Es un instrumento para alcanzar la verdad de los hechos? o ¿su finalidad se satisface cuando se soluciona la controversia suscitada entre las partes?

Para Michele Taruffo, catedrático de la Universidad de Pavia, el “proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o –rectius- está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos”.<sup>1</sup>

La interesante disyuntiva que ha motivado la inquietud de los procesalistas, puede sintetizarse del modo siguiente:

<sup>1</sup> Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, Filosofía y Derecho, 2008, p. 23.

La primera postura reconoce que la búsqueda de la verdad es la finalidad indiscutible del proceso. Esa corriente del pensamiento tiene su origen en las teorías del proceso civil —*civil law*—, que privilegian la *aplicación de la ley a los casos individuales*, mediante la aplicación de criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia. Bajo esta perspectiva, una decisión legal y justa se finca en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso.

La principal crítica que puede hacerse a esta opinión consiste en que, muchas veces, resulta sumamente difícil establecer, de modo contundente cuándo es que se ha logrado alcanzar, objetivamente, la verdad de los hechos.

La segunda posición, se identifica con los sistemas jurídicos que derivan del *common law*. En ella, el objetivo del proceso no se enfoca en la inagotable búsqueda de la verdad de los hechos. Si bien, la verdad se reconoce como un aspecto útil, no constituye la meta del proceso. Representa únicamente un subproducto o efecto colateral del proceso, cuyo objetivo, en realidad, exige dar solución a la controversia suscitada entre las partes.<sup>2</sup>

Desde ese ángulo, la prueba no es más que un elemento dispositivo o herramienta del proceso, manejable por las aspiraciones, destreza procesal y capacidades de las partes.

Jeremías Bentham, jurista que revolucionó el estudio de la prueba en el derecho inglés expresaba: "...el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas".<sup>3</sup>

La dualidad conceptual que se ha explicado sobre los fines del proceso no tiene únicamente importancia en el campo de la filosofía del derecho procesal, sino que incide de modo determinante en el sistema legal.

Conocer cuáles son las finalidades y alcances de la prueba es un aspecto importante para calibrar si el sistema de que se trate ofrece mayores o menores expectativas para obtener la satisfacción social, a través de la justicia.

La prueba, vista así, puede definirse con base en el derecho subjetivo que lleva implícito; es decir, por la importante dimensión que tiene hacia las partes procesales. Es sin duda, el conducto por el cual, quienes intervienen en el proceso, pueden postular la posición individual que tienen sobre la verdad.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>3</sup> Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada por E. Dumont, y traducida por Manuel Osorio Flonit, Buenos Aires, EJE, 1959, t. I, p. 10.

El derecho a probar es un derecho personal o intersubjetivo fundamental, porque está envuelto en un ámbito de protección conocido actualmente como *debido proceso*.

Desde este punto de vista, la función de los medios de prueba consiste en llevar a la convicción del juez, la certeza o no sobre la verdad de los hechos, para dilucidar si en la especie se ha configurado el supuesto jurídico previsto en la norma y así aplicar la correspondiente consecuencia jurídica.<sup>4</sup>

### II. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Tradicionalmente, se han reconocido por la doctrina los siguientes sistemas de valoración de la prueba, cuya clasificación atiende al mayor o menor rigor, con que los jueces pueden decidir el valor de la prueba.

#### 1. *Apreciación legalmente tasada*

En este modelo, la ley prescribe categóricamente que la constatación de la existencia física de un fenómeno implica el reconocimiento de su existencia legal, sin que el juez pueda entrar en consideraciones y valoraciones subjetivas sobre su alcance. En estos casos, el ejercicio del arbitrio judicial se reduce al mínimo, o incluso, se anula.

#### 2. *Apreciación absolutamente libre o en conciencia*

Esta forma de valoración suele entenderse como una decisión personal, íntima o singular de cada juez. El juez sólo tiene que rendir cuentas a su conciencia. Los cuestionamientos hechos a este sistema consisten en que la valoración del juez debe estar sujeta, al menos, a las reglas inmanentes de la razón.

#### 3. *Apreciación libre con arreglo a la sana crítica*

Cuando el legislador utiliza esta expresión su intención es indudable. Acepta el arbitrio judicial pero pretende sujetarlo a un límite. La referencia a la sana crítica pretende encontrar reglas para que el juez se im-

<sup>4</sup> Cfr. Giacomette Ferrer, Ana, *La prueba en los procesos constitucionales*, México, Porrúa, 2008.

ponga a sí mismo un *límite* mediante el respeto a reglas elementales del entendimiento humano. En realidad, a través de este sistema se busca un método de *autocorrección* para evitar los excesos o arbitrariedades que pueden ocasionarse con una valoración absolutamente libre.<sup>5</sup>

En las nuevas tendencias que ha marcado la modernidad constitucional —como acontece con la propuesta que sostienen autores como Alexy, Dworkin, Ferrajoli y Zagrebelsky—, se ha puesto de relieve que la valoración probatoria debe dirigirse a esquemas de mayor libertad y campo de acción para los operadores judiciales. La prueba poco a poco abandona un estricto apego a los principios de subsunción y busca introducir instrumentos más flexibles para obtener una decisión justa.

La exacerbación del principio de la prueba reglada o tasada ha sido objeto de un desplome general en la moderna percepción del derecho. Ante la necesidad de dotar de racionalidad, pero sobre todo, de legitimidad a las decisiones judiciales, se ha optado por hacer prevalecer el principio de *libre convicción del juez*.

Con el paulatino abandono del sistema de prueba tasada, se busca liberar a los jueces de los cartabones utilizados tradicionalmente, pero esto no ha llegado al extremo de aceptar que puedan actuar bajo un ámbito de discrecionalidad total.

Podemos hablar más bien, evocando al procesalista italiano Michelle Taruffo, de una *discrecionalidad guiada*, por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional.<sup>6</sup>

### III. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DESDE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez que se ha aludido a los fines perseguidos por la prueba y tomando en cuenta que sus efectos no sólo consolidan en una sentencia, sino que trascienden más allá del proceso en sí, surgen algunas interrogantes sobre cómo deben normativizarse las reglas relacionadas con su valoración.

¿Corresponde al legislador ordinario en forma exclusiva, delinear los principios de valoración de la prueba?, ¿es dable que el ámbito probatorio —integrado por las *pruebas permitidas* y por las *reglas de exclusión*—, estén previstos por la norma constitucional?

<sup>5</sup> Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, octubre de 2000, pp. 237 a 240.

<sup>6</sup> Taruffo, Michele, "Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial", *Revisita Justicia Electoral*, México, núm. 20, 2005, p. 65.

En general, esta clase de reglas están previstas en las leyes ordinarias; lo cual, tiene su razón de ser, en que de conformidad con una corriente jurídico-procesal hasta ahora aceptada, cada modelo de valoración debe atender a las particularidades del ámbito normativo de que se trate.

Al margen de lo anterior, la norma fundamental puede trazar los parámetros necesarios para que la actividad probatoria respete cabalmente los derechos fundamentales, exigencia indispensable para aspirar a un Estado democrático de derecho.

De ese modo, en las Constituciones, con ese objetivo —de respetar los derechos fundamentales— pueden fijarse algunos puntos cardinales para la valoración de la prueba por los jueces ordinarios.

#### IV. LA PRUEBA ILÍCITA Y LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

De acuerdo a lo anterior, es posible establecer que en la Constitución se encuentra ese punto de intersección entre la amplitud deseada del “derecho a probar” y la necesidad de excluir los medios de prueba que, en su obtención, atentan contra el orden jurídico.

Sólo a través de ese equilibrio o sistema de ponderación puede evitarse que el proceso se vicie, y en su caso, anular o excluir todo elemento que trastoque derechos fundamentales.

La Constitución es, entonces, el instrumento jurídico que puede determinar —por supuesto, a manera de excepción— cuáles son los medios de prueba que por apartarse de un esquema de garantías mínimo, tienen que ser proscritos del proceso y sancionados con la nulidad o ineficacia total.

Es por ello que se ha acudido al concepto de la prueba ilícita —de suma dificultad en su descripción— pero de incomparable utilidad para la depuración procesal desde una perspectiva constitucional.

Los esfuerzos de conceptualizar a la prueba ilícita han consolidado en las variables que enseguida se explican:

##### *1. Las que encuentran relación entre la licitud de la prueba y la dignidad humana*

Para esta corriente, la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas; es decir, contra la dignidad humana.

La dignidad de la persona constituye una pieza clave del concepto de prueba ilícita: todo medio de prueba que la amenace o la degrade, deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibile.<sup>7</sup>

## 2. *Los que destacan la intencionalidad en la obtención de la prueba*

Otro posicionamiento doctrinal, considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma como se allega por las partes. Bajo este criterio, prueba ilícita es la que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. En esta vertiente, se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de la prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia, en virtud del principio general del Derecho consistente en que “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”.<sup>8</sup>

## 3. *Por su antijuridicidad*

Finalmente, otro sector, encabezado por Devis Echandía, considera que la clave está en establecer un concepto de ilicitud único que pueda ser útil para un orden jurídico general. Esta postura, se identifica con la idea de *violación a la norma o contrariedad al Derecho*. La prueba ilícita es toda aquella que se oponga a una norma de Derecho, esto es, la que es obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la licitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha emergido al mundo material con violación a normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales.<sup>9</sup>

Este último modelo revela mayor eficacia, puesto que permite identificar con objetividad qué prueba debe carecer de valor probatorio. Sin embargo, su matización debe ser la más pormenorizada, a efecto de no provocar un acotamiento indiscriminado del ámbito de la prueba, con el consecuente sacrificio al derecho a probar.

<sup>7</sup> Cfr. Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999, p. 17.

<sup>8</sup> Montón Redondo, Alberto, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, Publicaciones de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1977, pp 173 y ss.

<sup>9</sup> Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 17.

Establecer de modo tajante que la ilicitud probatoria le resta todo valor probatorio, puede en algunos casos producir efectos contraproducentes a bienes jurídicos de un alto valor.

## V. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Nuestro sistema constitucional acoge la regla de exclusión probatoria por simple antijuridicidad, por tanto, su regulación se ha situado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente, en el marco del principio de *legalidad*.

El emblemático precepto antes mencionado regula las órdenes judiciales de aprehensión, las determinaciones de detención por parte de la autoridad encargada de las investigaciones, las visitas domiciliarias y adicionalmente, las exigencias necesarias para solicitar las *intervenciones de comunicaciones*.

Desde su primigenia versión de 1917, se reguló el derecho a la privacidad y a la intimidad de las personas. Concretamente, en la versión de inviolabilidad domiciliaria y de correspondencia.<sup>10</sup>

Fue hasta el 3 de julio de 1996, cuando el citado precepto constitucional fue objeto de ajuste a los avances tecnológicos que actualmente posibilitan que una persona pueda ser objeto de intromisión, sin su voluntad, en una comunicación telefónica o radiotelefónica, o en alguna otra vertiente tecnológica.

Con posterioridad a la enmienda constitucional, el texto de la Constitución quedó de la manera siguiente:

De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 16.

...

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

<sup>10</sup> En el plano del derecho internacional, esos aspectos, desde su origen han sido tutelados por los instrumentos siguientes:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Artículo 11. Protección de la Honra y de la 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.

mas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

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.

La exposición de motivos de la referida modificación constitucional ilustra que las razones que la inspiraron fueron las siguientes:

La delincuencia organizada es, sin duda, uno de los problemas más graves por los que atraviesa México y toda la comunidad mundial, que en sus diversas manifestaciones, entre las que destaca el narcotráfico, afecta la vida de miles de seres humanos y atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia del Estado, generando descomposición social e inestabilidad política. Se trata, además, de un fenómeno de carácter transnacional, que plantea incluso una amenaza directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados.

Los métodos y técnicas que se utilizan en las formas modernas de delincuencia, así como su realización cada vez más violenta y su internacionalización, hacen que la delincuencia organizada observe actualmente una mayor eficacia frente a los medios tradicionales de control estatal, por lo que éstos también deben modernizarse para combatirla eficazmente. Si ello no ocurre, se debilita la capacidad efectiva del Estado para proteger los derechos fundamentales del ser humano.

Como parte de una estrategia integral, que resultara más eficaz para enfrentar este fenómeno, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de reformas tanto al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, así como al Código Federal de Procedimientos Penales.

...



Al analizar la posibilidad de regular la autorización de las intervenciones telefónicas y de otros medios de comunicación privada, se plantearon diversas alternativas: reformar el párrafo octavo del artículo 16 constitucional, que se refiere a los cateos, o reformar el párrafo décimo de dicho artículo, que establece la inviolabilidad de la correspondencia. Esta última alternativa implicaba, por una parte, ampliar esa garantía a otros medios de comunicación privada y, por otra, prever los casos en que dichos medios de comunicación podrán ser interferidos así como los requisitos para ello.

Se consideró en cambio, que si hacemos alguna breve referencia histórica observamos que el contenido del actual párrafo décimo del artículo 16 constitucional se ha mantenido inalterado desde la Constitución de 1857, en 1983, sólo cambió de ubicación, pasando a formar parte del artículo 16, pero sin referirse a los modernos medios de comunicación que a la fecha se han alcanzado a raíz de los extraordinarios avances tecnológicos en esta materia. Puede admitirse que, si bien la “intimidad” o la “vida privada” o “privacidad” es el bien jurídico que está de por medio y por cuya razón se protege, por ejemplo, la correspondencia y se sancionan ciertas conductas que la afectan, el Constituyente Permanente, no tuvo la intención de preverla a nivel constitucional, porque no le proporcionó protección adecuada a la intimidad o vida privada frente a los nuevos medios de comunicación; pudiéndose pensar que, para los actos de molestia que implicaría su aplicación, se haya considerado aplicable el párrafo primero del propio artículo 16 constitucional.

Es incuestionable que el desarrollo industrial y tecnológico introduce descubrimientos que facilitan grandemente el acceso a la vida privada, como es el caso de los medios de vigilancia electrónica, frente a los cuales resulta inútil todo intento de salvaguardar la esfera privada de la persona mediante fórmulas jurídicas tradicionales.

Por tal razón, hemos considerado conveniente proponer la adición de un párrafo noveno al artículo 16 de la Constitución, para regular expresamente las intervenciones de medios de comunicación privada, como la telefónica y la telegráfica, entre otros, para que desde el plano constitucional se prevea la posibilidad de su uso para ciertos fines relacionados sobre todo con la justicia penal.

Ahora bien, el estado actual del citado dispositivo constitucional arroja algunas premisas fundamentales sobre el tema:

- Las comunicaciones privadas son *inviolables*.
- La transgresión a ese principio de inviolabilidad tiene prevista por disposición constitucional *una sanción de carácter penal*, excepto

cuando las comunicaciones privadas fueran aportadas por alguno de los particulares que participen en ellas.

- El carácter inviolable de cualquier comunicación privada protege tanto a las comunicaciones telefónicas como a las radiotelefónicas, y por supuesto, aquellas que se obtengan como producto de los *avances tecnológicos*.
- La restricción en la valoración de dichas pruebas no se estableció de modo absoluto, porque permite al juzgador que valore su alcance siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. De ese modo, el diseño normativo constitucional reconoció que en algunos casos, sería menester su valoración, *por estar en juego la efectividad de la persecución penal*.

De ese modo, el poder constituyente reconoció la posibilidad de que, en algunos casos, pueda solicitarse la intervención de una comunicación pero sujetando su otorgamiento a las exigentes reglas que enseguida se enuncian:

- Que su otorgamiento sólo pueda ser efectuado por la autoridad judicial federal (pudiendo ser realizada a petición de autoridad federal o bien por el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente).
- La autoridad competente debe *fundar y motivar* las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.
- *La valoración de esta clase de pruebas sólo es viable cuando la información de ella obtenida tenga que ver con la comisión de un delito.*

## VI. POSICIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El máximo tribunal de nuestro país ha enfrentado en dos momentos destacados, el tema relativo a la intervención de comunicaciones privadas.

### 1. Amparo en revisión 2/2000

A finales de 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recibió el escrito correspondiente al recurso de revisión promovido por un ciudadano que combatía la resolución de un juez de Distrito en materia civil que desechó de plano una demanda de garantías que promovió contra una decisión de la Sala Familiar en su entidad federativa.

La Sala Familiar señalada como responsable había dictado una sentencia en la que ordenaba admitir y desahogar diversas *comunicaciones telefónicas* en las que participó la esposa del inconforme —aparentemente con sus amigas— y que podían tener relevancia con respecto al juicio de divorcio necesario iniciado por su esposo.

Los temas más importantes que ocuparon el estudio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en aquella ocasión, fueron los siguientes:

1. Las circunstancias en que la ley permite la intervención telefónica.
2. El derecho a la privacidad como garantía individual, y
3. Las consecuencias de la ilicitud constitucional de esas comunicaciones.

Los ministros integrantes de la Segunda Sala encontraron que en el caso concreto, las comunicaciones ofrecidas en el juicio ordinario civil, en efecto, habían sido obtenidas ilegalmente y por tanto, dispuso que esa clase de intervenciones entrañaban una ilicitud constitucional. Consecuentemente, determinó que esas pruebas no podían ser admitidas ni valoradas en el proceso.

En su resolución explicó que una intervención llevada a cabo por un particular, —mediante una grabación de una conversación telefónica de la que no formaba parte— no podía ser admitida ni valorada por autoridad alguna.

Del citado asunto, emanaron las tesis cuyos títulos son los siguientes: “COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE”,<sup>11</sup> y “COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL”.<sup>12</sup>

De esa manera, se apreció que la garantía de privacidad es exigible tanto a las autoridades como a los gobernados, por lo que si un sujeto en lo individual realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incu-

<sup>11</sup> IUS. Tesis CLXI/2000, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.

<sup>12</sup> *Idem*.

re en un *ilícito constitucional* y por tal motivo, las grabaciones obtenidas sin autorización carecen de todo valor probatorio y deben ser desechadas por el juez, por ser contrarias a derecho.<sup>13</sup>

## 2. *Facultad de investigación 2/2006*

Años después, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —aunque en diversa vía y en un contexto diferente— tuvo la oportunidad de abordar el tema constitucional antes citado.

Se trató del asunto relacionado con las agresiones que —según se planteaba—, fue objeto Lydia Cacho y que alcanzaron el dominio público en México cuando en los medios masivos de comunicación, en particular la radio y la televisión, se transmitió el contenido de una conversación entre el gobernador del estado de Puebla y un empresario del ramo textil, en el que aparentemente se confesaba haber coludido contra la periodista.

El asunto tuvo como origen la publicación de un libro por parte de la periodista Lydia Cacho en el que denunciaba varias redes de pederastia. El tema central en la facultad de investigación fue la recepción y valoración de la grabación privada que fue aportada por una fuente anónima.

El proyecto elaborado por el ministro Juan Silva Meza se sustentaba, en síntesis, en lo siguiente: a) que existía concierto de las autoridades de los Estados de Puebla y Quintana Roo para violar de manera grave los derechos fundamentales de la periodista, transgrediendo además los principios democráticos de federalismo y división de poderes, en especial, el principio de independencia judicial; b) que existía la violación *reiterada y sistemática* de derechos fundamentales en perjuicio de menor de edad, con motivo de los hechos de pederastia denunciados, lo que podía establecer una crisis constitucional en el Estado; c) que correspondería al Congreso de la Unión la decisión definitiva sobre la procedencia o no del juicio político contra el gobernador del estado de Puebla, y d) que en cuanto a las responsabilidades de las demás autoridades que actuaron en componenda con el empresario textil, sería la legislatura estatal quien iniciara el procedimiento contra el magistrado presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, así como los procuradores generales y de Quintana Roo.

<sup>13</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Inviolabilidad de las comunicaciones privadas”, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2005.

Luego de un interesante debate, el proyecto no fue aprobado en sus términos. A pesar de que la grabación obtenida —entre el gobernador y el empresario— era indispensable para calificar la gravedad de las garantías a la periodista Lydia Cacho, la mayoría de los ministros sostuvieron que en esencia la grabación no podría ser aceptada por constituir una prueba ilícita.

El citado asunto dio lugar a que el Pleno del más alto tribunal de nuestro país estableciera el precedente intitolado: “GARANTÍAS INDIVIDUALES. DIFERENCIAS DEL PROCEDIMIENTO EN LA AVERIGUACIÓN PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL, SOBRE LA VIOLACIÓN GRAVE DE ELLAS Y EL DEL JUICIO DE AMPARO”.<sup>14</sup>

Es patente que los dos precedentes aludidos con anterioridad —uno de eminente carácter jurisdiccional y otro desahogado en un esquema de investigación constitucional— evidenciaron que la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue en el sentido de privilegiar soluciones que tienden a excluir como medios de prueba a aquellos que no hayan sido obtenidos en los términos fijados constitucionalmente.

### VII. ¿QUÉ MODELOS DE VALORACIÓN NOS OFRECEN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS?

Es importante considerar que tanto en otros países como en Derecho Internacional existen paradigmas importantes.

#### 1. En los Estados Unidos de Norteamérica

En ese país se acuñó el término *exclusionary rule*, el cual ha tenido una larga evolución jurisprudencial desde finales del siglo XIX.

En efecto, en un primer momento se estableció una regla rígida de inadmisibilidad de las pruebas ilícitas. Basados en la Cuarta y Quinta Enmienda, se forjó una teoría de exclusión probatoria originalmente ligada a la idea de “no autoincriminación”.

A partir de esa regla surgió la interesante doctrina de los frutos del árbol envenenado.<sup>15</sup> Esta consiste en que ante intervenciones telefónicas ilegales debe negarse toda posibilidad de aceptar el uso derivado o los efectos reflejos de las informaciones encontradas.

<sup>14</sup> Tesis P. LXXXVIII/96, consultable en la p. 514, del t. III, del mes de junio de 1996, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

<sup>15</sup> Caso *Silversthorne Lumbre Co. vs. United States* (1920) y Caso *Nardone vs. United States* (1939).

Esa rigurosa regla se mantuvo sin excepciones durante casi ochenta años en los Estados Unidos. Fue durante el mandato del presidente Richard Nixon en que comenzaron a establecerse algunas excepciones derivadas del *balancing test*.

A través de dicha figura, comenzaron a ponderarse aspectos como los siguientes: el interés del ciudadano a que se respeten sus derechos fundamentales, la necesidad de la sociedad de acabar con el delito, el valor que en cada caso se encuentre en juego, entre otros.

La ponderación sobre la posibilidad de excluir pruebas permitió que se analizara incluso, la eventual afectación que pudiera implicar la aplicación de la regla de exclusión sobre derechos de terceros.

Un caso relevante fue la sentencia dictada en el caso *United States vs. León* de 1984, en la que se estableció que la inadmisión de la prueba ilícita únicamente procede cuando los beneficios derivados de ello fuesen claramente superiores a sus consecuencias sociales.

Pero ¿cuáles fueron las excepciones a la regla de exclusión y qué razones las justificaron? Las teorías o doctrinas aceptadas fueron las siguientes:

- *De la fuente independiente (the independent source)*. Bajo esta teoría se logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra. La regla de exclusión admite una excepción cuando es posible justificar que las pruebas obtenidas derivan de una fuente independiente.<sup>16</sup>
- *Del descubrimiento inevitable (inevitable discovery)*. Se rompe la ilicitud de la prueba si es posible admitir la inevitabilidad del descubrimiento por otros medios, que en su caso, hubiesen sido legales, lo que justifica su admisión. Cabe señalar, que en este punto, se consideró importante que la exclusión en su caso, no habría producido un efecto disuasorio sobre la policía o los jueces.<sup>17</sup>
- *De la excepción de la buena fe policial (good faith exception)*. Se trata de una excepción residual o subsidiaria y no tuvo mucho efecto en la jurisprudencia norteamericana, pero su naturaleza consiste en que se evidencie que la policía actuó de buena fe en la obtención de pruebas directas relevantes para el proceso.<sup>18</sup>
- *Del nexo causal atenuado (purged taint)*. Similar a la teoría de la fuente independiente, se creó en 1978 a partir de un registro ilegal donde se consiguió que un testigo declarara involuntariamente. Las

16 Caso *Wong Sun vs. US*, 1963 y *Silversthorne Lumber Co vs. US*, 1920.

17 *Nix vs. Williams* 1984.

18 *United States vs. Leon* 1984.

pruebas se encontraban casualmente conectadas, pero la "ilicitud" de las mismas se disipaba o atenuaba al haber mediado un acto de voluntad en el testimonio inculpatario.<sup>19</sup>

- *Principio de proporcionalidad.* En este supuesto, cuyo origen se encuentra básicamente en el derecho europeo, la aplicación de la exclusión probatoria se supedita a la relación existente entre: la importancia que tenga el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual eficacia.

### 2. *Un precedente de derecho internacional*

La Corte Europea de Derechos Humanos, emitió una destacada sentencia el 12 de julio de 1988, en la que resolvió el caso *Schenk vs. Suiza*. Concretamente, la Corte debía pronunciarse sobre la admisibilidad en un proceso penal de una cinta, en la que se había registrado una conversación telefónica sin autorización judicial exigida por el Estado suizo demandado.

Los acontecimientos que dieron lugar al juicio ante las autoridades suizas fue el siguiente: el ciudadano Schenk había contratado los servicios de una agencia de publicidad para que se difundiera en la prensa un anuncio solicitando los servicios de un individuo con características especiales para llevar a cabo trabajos o misiones ocasionales.

Como resultado de la publicación del anuncio, el demandante escogió al señor Pauty, con quien se reunió en diversas ocasiones, pagándole varias misiones que le confió.

Al llegar a Suiza, el señor Pauty entró en comunicación con la señora Schenk confesándole que su marido le había encargado que la asesinara. Después de considerar la posibilidad de matar al señor Schenk o de hacerle creer que su mujer había muerto, para poder así cobrar la cantidad pactada, ambos se dirigieron al juez de instrucción narrándole los acontecimientos antes aludidos.

Lo anterior motivó una oportuna investigación policial por tentativa de homicidio. Mientras se llevaba a cabo dicha investigación, el señor Schenk llamó por teléfono al señor Pauty quien grabó la conversación mantenida por ambos, entregándola a la policía que la incorporó a las actuaciones judiciales.

El señor Schenk fue declarado culpable de un delito de tentativa de inducción al homicidio, castigándole a diez años de prisión. El Tribunal

19 US vs. Ceccoloni 1978 y Dunaway vs. New Cork.

tuvo en cuenta el contenido de la conversación telefónica previamente grabada por el señor Pauty.

En su demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, el señor Schenk alegó que el registro de la conversación telefónica y su utilización como medio de prueba habían vulnerado el derecho que le asiste a un “proceso justo”.

El Tribunal Federal Suizo, que convalidó la sentencia del tribunal inferior, admitió que la grabación había sido obtenida de forma contraria a derecho, pero explicó ante la Corte Europea que *el interés público en descubrir un delito sobre la muerte de una persona debía prevalecer sobre el interés de Schenk*, aunado a que mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad.

La Corte desestimó los alegatos del señor Schenk al considerar que el uso de la grabación ilegal como prueba de convicción, en realidad, no le había privado de un proceso justo.<sup>20</sup>

Estimó a grandes rasgos que el Tribunal no puede excluir en principio y de forma abstracta e indiferenciada que se admita una prueba conseguida ilegalmente. Dentro de su ámbito de potestades, únicamente le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, en su conjunto, implicó un proceso justo. También determinó que resultaba importante que la conversación telefónica no fuera el único medio de convicción en que se fundó la condena.

#### VIII. LA EXCLUSIÓN PROBATORIA TRASLADADA A OTROS ÁMBITOS JURÍDICOS

En un afán claramente protector del ámbito individual de los ciudadanos, el poder reformador de la Constitución, como se ha dicho, fijó normativamente lo siguiente: *“La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo”*.

La disposición constitucional que prohíbe la solicitud y otorgamiento de comunicaciones privadas no se limitó a la materia penal, sino que redimensionó su prohibición para incluir a ramas jurídicas sumamente variadas.

Sin embargo, no nada más se extendió la prohibición de intervención de comunicaciones privadas en otras materias, sino que implícitamente

<sup>20</sup> En términos de lo dispuesto por el artículo 61.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el funcionamiento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.



se redujo el ámbito de valoración de todas aquellas que quedaron enunciadas en el texto del artículo constitucional aludido.

Se impusieron, de algún modo, nuevos estándares de prueba que obligan a todos los jueces cuya competencia verse sobre esas materias.

El principio de legalidad, en el tema, se redimensionó, porque impide categóricamente a los juzgadores de esas materias (electoral, civil, mercantil, fiscal y laboral), valorar pruebas obtenidas en contravención a derechos fundamentales.

La extensión que se efectuó hacia otros ámbitos jurídicos no limitó el alcance de la exclusión de prueba al orden federal o local; no precisó tampoco, si únicamente estaba referida a alguna de las instancias que componen el proceso; ni menos aun, hizo alusión a si la exclusión podía ser ejercida únicamente por autoridades administrativas o judiciales, o incluso órganos constitucionales autónomos cuando éstos ejercieran funciones de carácter jurisdiccional.

La nueva disposición trazada por el constituyente gozó de una integridad total, porque se refirió en sentido amplio a cualquier procedimiento relacionado con las materias que fueron enunciadas taxativamente.

Es notorio que la confección legislativa utilizada desatendió que entre esas materias existen importantes diferencias: algunas de esas ramas se ubican en el derecho privado y otras forman parte del derecho público, pero además los bienes jurídicos que tutelan cada una de ellas son sumamente distintos: la preservación del Estado democrático, el patrimonio, el estado civil de las personas, las relaciones de comercio, la efectividad del deber de tributación, la relación entre el capital, el trabajo y los factores de la producción, entre otros aspectos.

Es incuestionable que la exclusión probatoria fue incorporada de modo sumamente general.

### IX. CONSECUENCIAS EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA ELECTORAL

Destaca por su importancia que la cláusula de exclusión probatoria también involucró de un modo total al derecho electoral.

Por definición, *el derecho electoral es el conjunto de normas jurídicas que regulan la elección por ciudadanos de los integrantes de los órganos representativos del poder público.*

“El derecho electoral también puede ser concebido como el conjunto de normas (constitucionales, legales, consuetudinarias, reglamentarias, jurisprudenciales y administrativas) que permiten garantizar la democra-

cia (representativa o semidirecta) y, en ese sentido de hacer efectiva la soberanía popular".<sup>21</sup>

De conformidad con el artículo 41 de la propia carta fundamental se desprende que *el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal. La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas.*

Por su parte, el artículo 116, fracción IV, inciso *b*, referido a las legislaturas locales, ilustra con claridad sobre los principios rectores en materia electoral, al señalar que son los siguientes: certeza electoral, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad.

La regulación normativa en materia electoral está íntimamente vinculada con uno de los más preciados atributos del Estado, atinente a su soberanía.

Garantizar que en el desarrollo de los procesos electorales se preserven los principios de legalidad, certeza, imparcialidad, independencia y objetividad es una encomienda fundamental.

¿Es óptimo establecer en materia electoral, desde la cúspide de la Constitución, una exclusión probatoria total para valorar los hechos que son obtenidos a partir de intervenciones de comunicaciones privadas?, ¿no se desconoce con ello que existe un elemento axiológico destacado en los procesos electorales consistente en preservar ante todo la certeza electoral?

Estamos en presencia, sin duda, de un acotamiento formal y material del ámbito probatorio de la prueba ordenado por la propia Constitución. Es menester tomar en cuenta que en el derecho electoral también existe un valor oponible igualmente trascendental que exigiría reglas particulares de valoración de la prueba, porque no parece idónea una discriminación absoluta e irreflexiva de la prueba.

En materia electoral, muchas veces, aparecen o se aportan elementos de convicción cuya contundencia es determinante para demostrar que el proceso electoral correspondiente estuvo afectado de un modo esencial. A través de ese medio, es posible descubrir alguna irregularidad sustancial en la elección democrática. ¿Debe ser dable su desestimación total o anulación, a partir de su origen?

<sup>21</sup> Orozco Enríquez, José de Jesús y Arenas Bátiz, Carlos, "Derecho Electoral", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p.102.

No se aprecia idóneo efectuar una exclusión absoluta de esos medios de prueba en razón de los bienes jurídicos en pugna; esto es, los valores involucrados.

En todo caso, deviene relevante su justipreciación conjunta con otros medios de prueba, para tener mayores expectativas de alcanzar la verdad.

El mandamiento constitucional tiene su razón de ser en el respeto al ámbito individual en un país democrático, sin embargo, ese valor no puede desatender que existe una necesidad colectiva de que la verdad sea alcanzable como una prerrogativa fundamental, tratándose de las elecciones populares.

### X. PONDERACIÓN DE VALORES

La jurista uruguaya Bernardette Minvielle señala:

...en situaciones excepcionales, el principio de inadmisibilidad de la prueba ilícita contrasta, choca o pone en riesgo otros valores o intereses cuya garantía y aseguramiento en el marco de nuestro derecho también resultan relevantes. Es decir, se produce una antinomia entre el *derecho protegido* mediante la aplicación de la regla de exclusión y *aquel otro derecho que tal regla lesiona*.

Según su perspectiva, una prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones.

Nos dice la autora que la Corte Alemana ha puesto ejemplos de este principio de proporcionalidad en la exclusión probatoria cuando ha dejado de admitir como prueba una conversación privada —ilegalmente obtenida— en un divorcio, y ha admitido la que se obtuvo de igual forma ilegal, respecto de una amenaza con fines extorsivos, grabada por la víctima.<sup>22</sup>

Es una clara muestra de que la lógica de las reglas de exclusión no puede ser absoluta, porque se desatendería el valor de los bienes jurídicos que están en conflicto.

<sup>22</sup> Cfr. Hairabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires, Villela Editor, pp. 68 y ss.