



124

**Contra la impunidad: consideraciones
sobre la prueba ilícita a partir
del Caso Lydia Cacho en la SCJN**

Francisco Ibarra Palafox

DERECHO CONSTITUCIONAL

Enero de 2009

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2009, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2009.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Antecedentes del Caso Lydia Cacho.....	2
III. La regla de inadmisibilidad de la prueba ilícita y sus excepciones	15
IV. Conclusión	27
V. Fuentes bibliográficas	29

I. INTRODUCCIÓN

La resolución de la mayoría de seis ministros de la Suprema Corte de Justicia en el denominado caso "Lydia Cacho" es el origen del presente artículo. Esta resolución resolvió una Facultad de Investigación 2/2006 que la SCJN había decidido ejercer y en la que esencialmente resolvió que no habían existido *violaciones graves* a las garantías individuales de la periodista, no obstante que existía una grabación telefónica que con toda claridad evidenciaba que las autoridades del estado de Puebla se había asociado con intereses privados para perjudicar ilícitamente a Cacho, grabación que por cierto era bien conocida en la sociedad mexicana pues se había divulgado ampliamente en los medios masivos de comunicación.

La decisión era controvertida no sólo porque fue una resolución que apenas superó por un voto a una minoría de cinco ministros que consideraba que sí habían violaciones graves, sino además porque contribuía a profundizar la zozobra de una buena parte de la sociedad mexicana que considera que el estado de impunidad para quienes infringen la ley en México es mayúsculo. Para muchos la decisión de la Corte no era más que una muestra superior de cómo nuestro aparato de justicia en su totalidad, dejaba sin castigo a quienes violan la ley, máxime tratándose de una decisión que provenía de nuestro máximo tribunal, pues si la Corte no ponía orden en un caso del dominio público como lo era el Cacho, entonces ¿quién más podría hacerlo? Parecía que se agotaban las opciones.

Ahora bien, la decisión de los ministros que resolvieron en contra de Cacho se resguardó desde un principio en el "infranqueable" argumento de que no podían basar su fallo en una prueba ilícita, como era el caso de la grabación que había servido de base para que se solicitara la facultad de investigación. Es más quienes apoyaban la decisión de esta mayoría de ministros en la academia o el foro, hacían eco del argumento de la prueba ilícita, ya que estimaban que con una prueba de este tipo de por medio, los ministros no podían haber tenido otra alternativa.

No obstante la existencia de una prueba de esta naturaleza, el sentido común y los más elementales principios de justicia me decían que la decisión de la mayoría había sido equivocada e injusta. Sin embargo, para poder llegar a una conclusión semejante, era indispensable examinar de qué manera había sido tratada la prueba ilícita en los tribunales de otros países y, en particular, las excepciones a la regla de exclusión para este tipo de pruebas.

Descubrí que no sólo los tribunales constitucionales de varios países como Estados Unidos, España y Alemania (por citar sólo algunos de los más relevantes) han sentado ya precedentes importantes sobre las excepciones posibles para admitir y valorar las pruebas ilícitas, sino que inclusive el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene un precedente significativo al respecto. Muchos de estos casos son, inclusive, parecidos al caso Lydia Cacho, pues tuvieron su origen en una intervención telefónica ilícita. Así las cosas y contrastada con la experiencia del derecho comparado, todo parece indicar que la SCJN sí tenía otras opciones y que su cerrazón ante la valoración de las pruebas ilícitas había olvidado consideraciones básicas de justicia que son to-

madras en cuenta en otros tribunales para resolver a favor de los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, sea el lector el que llegue a sus propias conclusiones.

Para facilitar la lectura del presente artículo, después de esta introducción he dividido el presente artículo en dos partes primordiales. En la primera se examina el Caso Lydia Cacho en lo particular, su origen, la votación y algunos de los argumentos de los ministros sobre la prueba ilícita. En la segunda parte, me concentro en el estudio de algunos de los precedentes judiciales más significativos que encontré sobre las excepciones a la regla de inadmisibilidad de la prueba ilícita. Para quienes gusten llegar a sus propias conclusiones sobre el caso Lydia Cacho en la SCJN, creo que será indispensable leer ambas secciones, pues sin la lectura de la experiencia judicial en otras latitudes, semejante objetivo sería imposible. Sin embargo, para aquellos lectores que sólo quieran formarse una opinión sobre la prueba ilícita y, especialmente sobre las excepciones para su admisión y valoración en la práctica judicial comparada, será suficiente la lectura de la segunda parte de este artículo, pudiendo obviar en consecuencia el caso mexicano.

II. ANTECEDENTES DEL CASO LYDIA CACHO

Sin lugar a dudas el ejercicio de la facultad de investigación 2/2006 que el poder legislativo federal mexicano solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo subsecuente la SCJN) para que investigara la violación grave de garantías individuales en perjuicio de la periodista Lydia Cacho, será recordado por la sociedad mexicana, como uno de los casos emblemáticos y más difíciles a los que se ha enfrentado el máximo tribunal mexicano, no sólo por la dificultad jurídica del caso que implicaba la valoración de una prueba ilícita, sino además por el impacto mediático que este caso ha alcanzado en una sociedad que presencia como los periodistas son agredidos de muy diversas maneras y que paulatinamente restringe sus espacios de libertad de expresión.

Según el Informe Anual de la Federación Latinoamericana de Periodistas en México (FELAP/México), sobre la situación del periodismo en nuestro país hasta el 2007, son 40 asesinatos y 7 desapariciones forzadas de periodistas y trabajadores de prensa ocurridos durante el sexenio de Vicente Fox Quesada y el primer año de gobierno de Felipe Calderón Hinojosa. Sólo en 2007 año en que se resolvió el caso Lydia Cacho en la SCJN, este informe precisa que fueron asesinados 6 periodistas y 3 trabajadores de la prensa, además de que ocurrieron 3 desapariciones forzadas de informadores:

En materia de derechos humanos, en México, el gremio periodístico al igual que otros grupos violentados nada tenemos que celebrar. Al presentar el Informe Anual al cierre de 2007, la Federación Latinoamericana de Periodistas FELAP/México denuncia nuevamente que nuestro país continúa en el primer lugar en el mundo en asesinatos, desapariciones forzadas y demás atentados y agravios contra los trabajadores de la prensa, sólo por debajo de Irak, que como hemos señalado es un caso sui generis por sufrir una guerra de intervención por parte de Estados Unidos y sus aliados. Precisamente en el mes de diciembre fueron asesinados 2 periodistas más para completar, en 2007, 9 asesinatos: 6 periodistas y tres humildes trabajadores de la prensa, y 3 desapariciones forzadas de informadores. La lista cruel del 2000 a la fecha asciende a 40 asesinatos: 37 periodistas y 3 trabajadores de prensa y continúan 7 colegas desaparecidos.

Con los últimos asesinatos y desapariciones, México mantiene el deshonroso primer lugar en el mundo en atentados a informadores y medios. En los últimos siete años el registro de la Federación Latinoamericana de Periodistas (FELAP), con el invaluable apoyo de la Federación de Asociaciones de Periodistas Mexicanos (FAPERMEX) y el Club Primera Plana, arroja esa lamentable lista trágica de 40 compañeros asesinados, más

de 5 por año, además de que continúan desaparecidos 7 más. Lo más grave radica en que todos los casos yacen en la más vergonzosa impunidad(...)¹

No es posible desligar el caso Lydia Cacho de las agresiones que el gremio de los periodistas ha sufrido en México y que se resumen en el informe anterior de la FELAP/México. Ahora bien, las agresiones de que fue objeto Lydia Cacho se hicieron del dominio público en México cuando los medios masivos de comunicación, en particular la radio y la televisión transmitieron el contenido de una conversación privada entre el gobernador de Puebla, Mario Marín, y el empresario textilero, Kamel Nacif. Esta grabación fue depositada por una fuente anónima en el diario *La Jornada*, periódico que la publicó el 14 de febrero de 2006, y documenta de una manera muy clara la colusión entre los poderes ejecutivo y judicial del estado de Puebla para beneficiar a los intereses del empresario Kamel Nacif Borge, quien había presentado en Puebla una denuncia por difamación en contra de la periodista Lydia Cacho, con motivo de la publicación de su libro *Los demonios del edén* y en el que denunciaba diversas redes de pederastia, ya que el código penal poblano en su artículo 357 todavía tipifica una forma del delito de difamación que puede ser empleado para coartar la libertad de expresión de los periodistas, no obstante que la mayor parte de las entidades federativas, incluido el Distrito Federal, han eliminado este tipo penal por estimar, entre otras razones, que podía constituir un obstáculo a la libertad de los comunicadores para ejercer su profesión²

Esta conversación hecha pública por *La Jornada*, se hizo famosa no sólo por constituir una declaración expresa de cómo el gobernador de un Estado podía presionar a los jueces locales para violar los derechos básicos de una periodista, sino que además su lenguaje “coloquial”, propio de una conversación informal y distendida entre el gobernador y un empresario, permitieron que la misma quedara presente en la mente de muchas de las personas que la escucharon por radio o televisión, las que por cierto quienes debieron ser algunos millones de personas, pues dicha conversación fue transmitida por varios días en los principales canales de televisión y radio. La conversación entre el gobernador y el empresario es, en síntesis, la siguiente:

Gobernador Mario Marín : Quiúbole, Kamel.

Empresario Kamel Nacif : Mi góber precioso.

Mario Marín: Mi héroe, chingao.

Kamel Nacif : No, tú eres el héroe de esta película, papá.

Mario Marín: Pues ya ayer le acabé de darle un pinche coscorrón a esta vieja cabrona. Le dije que aquí en Puebla se respeta la ley y no hay impunidad y quien comete un delito se llama delincuente. Y que no se quiera hacer la víctima y no quiera estar aprovechando para hacerse publicidad. Ya le mandé un mensaje a ver cómo nos contesta. Pero es que nos ha estado jode y jode, así que se lleve su coscorrón y que aprendan otros y otras.

Kamel Nacif : Ya sé, y es que estos cabrones siguen sacando mamadas y mamadas. Pero yo hice una declaración. Fui a la televisión.

Mario Marín : Ah, qué bueno. ¿Allá en México o acá en Puebla?

Kamel Nacif : Aquí, pero dijeron que la iban a mandar allá. Salió aquí. Y yo en el *Milenio* le dije, si lo quieres leer, le dije, pus al señor gobernador no le tembló la mano.

¹ Rentería Arróyave, Teodoro, *Observador Ciudadano*, viernes 4 de enero de 2008, en <http://observadorteor.blogspot.com/2008/01/informe-anualizado-por-teodoro-rentera.html>

² El artículo 357 del Código Penal del estado de Puebla señala: “La difamación consiste en comunicar a una persona o más personas, la imputación que se le hace a otra, física o jurídica, de un hecho cierto o falso, que le cause deshonra, descrédito, perjuicio o lo exponga al desprestigio de alguien”.

Mario Marín : Ni nos tiembla ni nos temblará.

Kamel Nacif : Pinche bola de ratas. ¿Qué han hecho? Qué asquerosidad es esto, ¿eh?

Mario Marín : No, se sienten Dios en el poder.

Kamel Nacif : Así es. Yo te hablé para darte las gracias. Sé que te metí en un problema pero...

Mario Marín : No'mbre, a mí me gustan esos temas. Coincido contigo en que, jijos de la chingada, en esos temas... digo... no somos santos, desde luego, pero si alguien tiene pruebas que las presente. Y si no que se calle la boca.

Kamel Nacif: Oye, pero en algo tan vergonzoso, mi distinguido. Porque es vergonzoso.

Mario Marín: Así es.

Kamel Nacif: Y yo para darte las gracias te tengo aquí una botella bellísima de un coñac que no sé adónde te la mando.

Mario Marín: Pues a Casa Puebla.

Kamel Nacif: Yo te la quería dar personalmente, pero estás todo ocupado.

Mario Marín: Mándamela a Casa Aguayo, para echármela.

Kamel Nacif: ¿Te la vas a echar? Pues entonces te voy a mandar dos, no una.³

La extensa e intensa difusión que se hizo de esta grabación en los medios masivos de comunicación hizo del presente un asunto del dominio público. Frases como las de “góber precioso”, “tú eres el héroe de esta película, papá” se hicieron comunes en el lenguaje popular de los últimos dos años en México para señalar los abusos de una autoridad que se ponía a la disposición de los intereses particulares de un empresario. Cuando estas pruebas que se relacionan con procesos judiciales que están pendientes de resolver o que pudieran iniciarse y se divulgan en los medios masivos de comunicación, es de esperarse un juicio mediático que juzga a partir de las evidencias que se divulgaron por televisión o radio⁴. Con declaraciones tan contundentes como las del Gobernador Mario Marín y Kamel Nacif, mismas que por cierto no fueron desmentidas por los implicados, la “opinión pública” los declaró culpables de haber cometido los atropellos que reconocían en contra de Lydia Cacho. Todo parece señalar que el juicio mediático lo tenían perdido los partícipes de la grabación frente a la opinión pública. Contra el juicio mediático poco se podía hacer.

En cambio faltaban las razones jurídicas sobre el presente caso. Y estas razones jurídicas se expresaron por primera vez en el desahogo de la Facultad de Investigación 2/2006 que decidió ejercer la SCJN en el presente caso, con independencia de los procedimientos penales que iniciaron respectivamente Kamel Nacif en contra de Lydia Cacho en Puebla y de los que Cacho inició en contra de Kamel Nacif y el gobernador poblano ante la Procuraduría General de la República, los cuales hasta el momento de escribir estas líneas, aún no han sido todavía resueltos.

El punto más controvertido de discusión entre los ministros de la SCJN cuando examinaron la Facultad de Investigación, fue sobre la recepción y valoración de la grabación “privada” que hemos transcrito arriba y que fue hecha llegar por una fuente anónima. En mi opinión fue la discusión sobre esta prueba fue la que definió la resolución que emitieron los ministros de la Cor-

³ Blanche Petrich, “Mi Gober: tú eres el heroe”. Kamel Nacif a Mario Marín, en *La Jornada*, Martes 14 de febrero de 2006, en <http://www.jornada.unam.mx/2006/02/14/005n1pol.php>

⁴ Sobre la forma en como operan los medios de comunicación en los procesos judiciales pendientes de resolverse, puede verse la obra de Antoine Garapón, *Juez y Democracia*, España, Flor del Viento Editores, 1997, pp.59-94. Véase también el artículo de este autor en, Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez (Compiladores), *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, México, Porrúa, 2004, 417 p.

te. Pero antes de pasar a discutir sobre la naturaleza de esta prueba, que es el punto de discusión jurídico más importante del presente caso y del presente artículo, es indispensable que me refiera al desarrollo de la presente facultad de investigación en la SCJN, pues ello dejara más claro al lector, el accidentado desarrollo que el presente caso tuvo al interior del máximo tribunal mexicano.

1. *El Caso Lydia Cacho en la SCJN*

Para alcanzar a comprender las dificultades que el presente caso generó en el seno de la SCJN, se hace indispensable hacer una breve síntesis de su desarrollo, desde que la facultad de investigación fue solicitada a la SCJN y hasta que se dictó la resolución final.

El segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual.”

El presente artículo no pretende ser una disertación sobre la naturaleza jurídica de la Facultad de Investigación de la SCJN, sin embargo es indispensable contextualizar este asunto para su mejor comprensión. Al respecto, sólo diremos que la Facultad de Investigación es un mecanismo no jurisdiccional de protección constitucional, específicamente, es un mecanismo no jurisdiccional de protección de garantías individuales que se ejerce de manera discrecional por la Corte cuando se estima que existe una violación agravada o excepcional de garantías individuales. Poco podría agregar en este sentido al estudio que sobre la facultad de investigación ha realizado el distinguido jurista Jorge Carpizo, quien en síntesis la define de la siguiente manera:

“Mi criterio sobre la naturaleza del párrafo tercero del artículo 97 constitucional es el siguiente: en primer lugar, es una de las garantías constitucionales que integran el contenido de la justicia constitucional mexicana, de carácter judicial porque la realiza e interviene la Suprema Corte de Justicia, pero no implica naturaleza jurisdiccional, debido a que sólo es función de investigación, en la cual la Suprema Corte no tiene ninguna atribución de decisión. El expediente que forma la corte es de *documentación*, es un informe, no una sentencia.

La Suprema Corte en esta situación es órgano de instrucción y no, como he dicho, de decisión o ejecución; por tanto, su actuación configura un procedimiento, no un proceso.

Hay que preguntarse el fundamento de esta facultad de investigación y documentación de la corte, y la encuentro en que existen situaciones graves en que es necesario que un órgano imparcial, con el prestigio de la corte, realice una *investigación* que seguramente servirá para fortalecer al Estado de derecho en el país. Es instrumento extraordinario que únicamente debe utilizarse en situaciones de peligro o emergencia graves (...)

(...) se trata de una facultad extraordinaria y una defensa excepcional de preceptos constitucionales violados, que deben ser reintegrados y resarcidos.”⁵

⁵ Carpizo, Jorge, nuevas reflexiones sobre la función de investigación de la Suprema Corte de Justicia a 33 años de distancia, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 13, julio-diciembre de 2005, México, UNAM-III. Este artículo de Jorge Carpizo puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard1.htm>

El veintidós de febrero de 2006, apenas ocho días después de que el periódico *La Jornada* hiciera pública la entrevista entre el gobernador Mario Marín y el empresario Kamel Nacif y en medio del escándalo público que la transmisión de las mismas había generado, el vicepresidente de la mesa directiva de la Cámara de Senadores y las diputadas presidenta y secretaria de la mesa directiva de la Cámara de Diputados, solicitaron a la SCJN que ejerciera la facultad de investigación para investigar hechos que pudiesen constituir graves violaciones a garantías individuales, derivados del proceso penal instruido en Puebla a la periodista Lydia María Cacho Ribeiro. Así las cosas, el poder legislativo en su conjunto y a través de sus dos cámaras solicitaban la intervención de la Corte en el presente caso.

Desde el inicio, la petición misma del Congreso de la Unión para ejercer la facultad de investigación generó al interior de la SCJN una división entre los ministros, ya que había un segmento de ellos que se oponían al ejercicio de dicha facultad. En efecto, la expresión “podrá” contenida en el segundo párrafo del artículo 97 Constitucional, hace de esta facultad de investigación una facultad *discrecional o potestativa* para la SCJN. En otras palabras, la Corte no está obligada a iniciar la investigación aún cuando se lo solicite una de las partes legitimadas para ello. Esta naturaleza discrecional de la facultad de investigación fue la causa generadora de un primer debate importante entre los ministros, pues se vieron obligados a discutir las razones por las cuales deberían ejercer o no la Facultad de Investigación, pues el hecho de que sea potestativa no les exime de la responsabilidad de razonar suficientemente su decisión.

Desde el inicio, la aguda división que el presente caso generó entre los ministros se vio reflejada en la sesión plenaria de la SCJN el dieciocho de abril de 2006, en la que fue rechazado el proyecto del ministro Ortiz Mayagoitia quien proponía el no ejercicio de la facultad de investigación. El proyecto fue rechazado por mayoría de votos de los ministros Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza, en contra de los votos de los ministros Luna Ramos, Díaz Romero, Ortiz Mayagoitia y del entonces presidente Azuela Güitrón, y con la ausencia del ministro Aguirre Anguiano. Por esta misma mayoría de seis votos contra cuatro, los ministros acordaron ejercer la facultad de investigación y encargar el engrose a Gudiño Pelayo. De esta forma, en sesión privada de ocho de mayo del mismo año, el pleno por mayoría de votos de los señores ministros Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza, aprobaron el engrose respectivo y comisionaban a los magistrados de circuito Emma Meza Fonseca y Oscar Vázquez Marín para realizar la investigación.

Los resultados que presentó esta primera comisión investigadora generaron nuevamente división al interior del cuerpo de ministros. La discusión tuvo lugar el diecinueve de septiembre de 2006 y por mayoría de siete votos de los ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández y Silva Meza, se desechó el proyecto elaborado por el ministro Ortiz Mayagoitia que calificaba las conclusiones del informe de la Comisión Investigadora e intentaba demostrar que no había violación grave de garantías individuales. Esta mayoría de siete ministros consideró que era insuficiente la investigación realizada por la primera comisión, por lo que procedían a crear una segunda comisión investigadora encabezada por el ministro Silva Meza, quien sería asistido por los magistrados de circuito Emma Fonseca, Sergio Alvarado y Anastasio Escobar. De esta forma y por segunda ocasión, se rechazaba un intento de una minoría de ministros encabezados por Ortiz Mayagoitia para impedir el ejercicio de investigación. Este dos rechazos previos indicaban que por lo menos había una tendencia de una mayo-

ría de ministros para aceptar el ejercicio de la facultad de investigación, esta tendencia se revertiría sorprendentemente al final como podremos observar un poco más adelante.

La segunda y última comisión investigadora encabezada por el ministro Silva Meza presentó sus resultados el 14 de junio de 2007 a través de un proyecto de resolución que, en síntesis, estableció lo siguiente: **a)** que sí existía concierto de las autoridades de los Estados de Puebla y de Quintana Roo, para violar de manera grave derechos fundamentales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, violando además los principios democráticos de federalismo y división de poderes, en especial el principio de independencia judicial; **b)** que sí existía violación reiterada y sistemática de derechos fundamentales en perjuicio de menores de edad, con motivo de los hechos de pederastia que denunciaba Lydia Cacho, lo cual podía establecer una posible crisis constitucional en el Estado de Puebla; **c)** declaraba 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, Mario Plutarco Marín Torres; **d)** que en lo que toca a la responsabilidad de las autoridades que participaron directa o indirectamente en la componenda del gobernador con el empresario Kamel Nacif, tocaría a la legislatura de la entidad federativa correspondiente, iniciar los procedimientos respectivos contra el magistrado presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Guillermo Pacheco Pulido, así como en contra de los procuradores Generales de Justicia de los Estados de Puebla y de Quintana Roo.

Este proyecto de haberse aprobado hubiese tenido un gran impacto, no sólo porque declaraba que se habían violado las garantías individuales de la periodista, lo que podía significar un reacomodo institucional mayor en el Estado de Puebla ya que implicaba la posibilidad de que el Congreso de la Unión y las legislaturas estatales iniciaran los procedimientos correspondientes en contra de los servidores públicos involucrados en la violación de estas garantías, sino porque además sostenía que había una violación sistemática de los derechos fundamentales de los menores de edad que habían sido afectados por la red de pederastia que denunciaba Cacho.

Sin embargo, sobre este último punto los ministros manifestaron que no era posible pronunciarse sobre la violación de los derechos de los menores, pues consideraron que la facultad de investigación solo debía versar sobre la posible violación de garantías individuales de Lydia Cacho, hecho que fue ampliamente criticado por la opinión pública, pues para la sociedad mexicana era evidente que la presente investigación no solo versaba sobre los garantías de Lydia Cacho, sino también sobre la protección de los derechos de los menores afectados por los delitos que la periodista exponía en sus investigaciones.

En otras palabras, mediante una interpretación muy rígida del artículo 97 de la Constitución que realizó la mayoría de ministros de la Corte, en su opinión no cabía la posibilidad de proceder a la declaración de la violación grave de los derechos fundamentales de los menores de edad, pues el Congreso de la Unión había solicitado la investigación solamente sobre la violación de garantías de Lydia Cacho. No obstante esta opinión de la mayoría, una interpretación más flexible como la que escogió Silva Meza, hacía posible no solamente la investigación de la violación de garantías de la periodista, sino también las de los menores afectados por los delitos de pederastia. Infortunadamente, prevaleció en la mayoría de los ministros una interpretación más estrecha y desecharon del proyecto la posibilidad de discutir si había o no violación grave de los derechos de los menores de edad.

Esta noticia no fue bien recibida por la opinión pública que había escuchado la grabación entre Mario Marín y Kamel Nacif, pues para la sociedad mexicana y para la ciudadanía en general, era claro que la discusión del asunto no sólo implicaba a una periodista y a su gremio, sino también a los menores de edad afectados por la red de complicidades que habían hecho posibles los delitos de pederastia que Cacho exponía en su investigación. En efecto, para muchos padres y madres de familia, el presente caso era sobre todo una investigación para asegurar las garantías y los derechos de los niños, por lo que excluir este tema del debate primordial constituía eliminar un tema de mayor relevancia social.

Asimismo, la exclusión del tema de la protección de los derechos fundamentales de los menores, planteaba para la SCJN sobre todo un problema de legitimidad. Me explico: en una democracia constitucional es de esperarse que los tribunales constitucionales velen por la protección de los derechos fundamentales, ya que estos constituyen uno de los sustentos primordiales de la misma democracia. Y la protección de los derechos fundamentales en un Estado de derecho no sólo comprende la protección estrictamente jurídica de los derechos, sino que también pasa por la creación en esa sociedad de la "certeza en los ciudadanos" de que las instituciones del Estado se encuentran efectivamente protegiendo esos derechos. Esta certeza es un atributo de confianza que el ciudadano deposita en las instituciones que están encargadas de proteger sus derechos. Mientras la protección jurídica de los derechos es una cuestión de legalidad, la confianza que las instituciones inspiran en los ciudadanos encargados de esa protección es una cuestión de legitimidad y, en el caso de los tribunales constitucionales, esta confianza se construye con cada una de las decisiones que toman los tribunales. En este sentido, cualquiera de los poderes constituidos se debe desenvolver dentro de los estrictos márgenes de la legalidad, pero al mismo tiempo es ineludible que dentro de estos márgenes, también deben estar interesados en la construcción de su legitimidad, pues sin ella la sociedad no le reconocería la "autoridad moral" que la constitución y las leyes le otorgan formalmente.

Se podría alegar que la cuestión de legitimidad es sobre todo una cuestión que preocupa a los órganos tradicionalmente políticos del Estado, como son aquellos electos mediante el voto universal, es el caso de los poderes ejecutivos o las asambleas legislativas de cualquier país. Sin embargo, el tema de la legitimidad también debe ocupar a los tribunales constitucionales no obstante que estos órganos sólo actúan en casos excepcionales y una vez que han sido incitados expresamente para hacerlo (a través de una demanda, por ejemplo), en clara diferencia con los poderes legislativo y el ejecutivo, ligados más estrechamente al voto de sus electores y cuyas actividad normalmente se ejerce por decisión propia (proactividad) y sin que exista necesariamente una incitativa previa. De esta manera, en cualquier democracia los tribunales constitucionales no sólo son responsables de sujetarse a la legalidad, sino también de construir su legitimidad. El contenido de sus resoluciones, el tipo de derechos que protegen o dejan de proteger, su cumplimiento y la discusión que sobre sus resoluciones tenga lugar al interior de la sociedad en la cual se encuentran insertados esos tribunales, son aspectos primordiales para la construcción de esa legitimidad.

La legitimidad es un atributo ético-político y no jurídico, pues consiste en la autoridad que la ciudadanía por convicción le reconoce a los poderes constituidos en atención a la correcta y razonable manera en que ejercen el poder que se les ha concedido⁶. En consecuencia, la legiti-

⁶ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, pp.704-847

midad de los tribunales como segmento de esos poderes constituciones, también será un tema de la mayor importancia, pues los tribunales no sólo deben actuar legalmente, sino además legítimamente. La legalidad está ya dada dentro de los propios límites de la constitución, en cambio la legitimidad debe ser construida por los tribunales constitucionales dentro del marco de la constitución. Hay casos como el Lydia Cacho en la Corte que no sólo deben ser empleados para resolver conforme a derecho, sino además para construir la legitimidad política del tribunal ante la ciudadanía. Como en los juegos de ajedrez, la Corte con un solo movimiento podía tomar dos piezas: la legalidad y la legitimidad. En suma, la decisión inicial de los ministros de no abordar el tema de la violación de los derechos fundamentales de los menores le restaba de origen legitimidad ante la sociedad, pues para muchas personas el caso no sólo implicaba la protección de derechos de la periodista, sino también de los derechos de los menores.

El proyecto final se sometió a votación del pleno el 29 de noviembre de 2007 y en el mismo se votaron sólo dos puntos: **a)** primeramente y por unanimidad se resolvió que la investigación realizada por la Comisión Investigadora, era suficiente para que el pleno de la SCJN se pronunciara sobre la existencia o no de violaciones graves de garantías individuales; **b)** En segundo lugar y lo más importante, por mayoría de seis votos contra cuatro, la Corte resolvía que *no se probaba la existencia de violaciones graves* de las garantías individuales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, con motivo del proceso penal seguido en su contra. La decisión mayoritaria que se negaba a reconocer la violación grave de garantías fue respaldada por los votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero y del presidente en turno Ortiz Mayagoitia; los ministros que votaron en contra y que conformaron la minoría fueron Góngora Pimentel, Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Silva Meza, quienes consideraron que sí había violación grave de garantías. Esta decisión parece sorprendente si, como examinamos un poco más arriba, en dos ocasiones previas se rechazó el no ejercicio de la Facultad de Investigación. Parece ser que la mayoría de ministros finalmente decidieron dar reversa en el presente caso.

En el presente caso hubo también dos votaciones específicas que vale la pena tener en cuenta. La primera que ya examinamos, era la posibilidad de que el dictamen comprendiera el tema referente a las redes de pederastia y pornografía; al respecto, los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia se manifestaron en el sentido de que el dictamen no debía comprender este tema. Los ministros Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero y Silva Meza se manifestaron en contra. Sobre este punto ya hemos hecho algunos comentarios un poco antes cuando nos referimos al tema de la legitimidad.

La segunda votación particular fue en torno a la prueba que había dado origen al escándalo público en el cual se encontraban implicados el gobernador de Puebla, Mario Marín, y el empresario Kamel Nacif. En efecto, esta votación estuvo encaminada a discutir si la grabación de la conversación entre el Gobernador del Estado de Puebla y el empresario José Kamel Nacif Borge, que fue obtenida sin autorización judicial, era en sí misma una prueba o constituía solamente una hipótesis a verificar. Los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia se manifestaron en el sentido de que esa grabación no era una prueba; los ministros Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia, además la consideraron sólo una hipótesis sujeta a verificación. Únicamente los ministros Cossío Díaz, y Góngora Pimentel se

manifestaron en el sentido de que la grabación sí constituía prueba. Sobre este punto particular, el de la posición de los ministros en el caso de la prueba ilícita vale la pena detenerse con mayor profundidad, pues constituye el argumento principal de la mayoría de ministros para rechazar la violación grave de garantías en contra de Lydia Cacho.

2. La prueba ilícita en el caso Lydia Cacho

Este punto sobre la prueba es de la mayor importancia para el presente caso ya que, en esencia, los ministros consideraron a la conversación grabada entre el gobernador y el empresario, como una prueba ilícita de imposible admisión o valoración, pues ocho de ellos establecieron que no podía ser una prueba para el caso que nos ocupa. En síntesis, los ministros de la mayoría destacaron que de la investigación realizada por la Comisión Investigadora no era posible concluir que se habían violado de manera grave las garantías de la periodista, ya que la única prueba que podía ser contundente sobre la posible gravedad era la grabación misma entre el gobernador y el empresario, sin embargo consideraban que no la podían tomar en cuenta pues se trataba de una prueba ilícita de imposible admisión y valoración. En este sentido, se pueden destacar opiniones como la del ministro Aguirre Anguiano que durante la discusión del asunto llega a calificar como de simple sospecha a los elementos que se desprendían de la grabación entre Marín y Nacif :

Bueno, yo quiero recordar a los señores ministros, ante todo, que nuestro juicio no es por predilección de sospechas; si escuchamos en la radio y en la televisión un par de supuestas llamadas de contenido más o menos soez, registro el hecho, no me asusto por supuesto de nada (...) nosotros no podemos pretender otra verdad que la verdad legal y la constitucional y aquí nos está vedado guiarnos por sospechas; tenemos que calibrar el valor de las pruebas tal y como nos lo manda en este caso expresamente la Constitución, y la Constitución nos refiere dos cosas; las intervenciones telefónicas, se deben de hacer en los términos de ley, y la ley las prevé para los casos de delincuencia organizada, y casualmente los escuchas primarios, no son los jueces, son las autoridades del Ministerio Público, pero ese es tema aparte; y luego, nos dice: las conversaciones privadas obtenidas ilegalmente, no pueden producir convicción, no valen nada, a esta verdad es a la que debemos de hacerle caso; la disyuntiva es, prestamos oídos sordos a la voz de la Constitución y damos oídos ligeros a nuestras sospechas porque lo escuchamos en la radio y en la televisión...⁷

En términos más medidos, los ministros Azuela y Ortiz también externan sus opiniones en contra de la prueba consistente en la grabación, basando su rechazo primordialmente en el artículo 16 constitucional:

“Ministro Mariano Azuela: (...) cuando estas pruebas son obtenidas sin cumplir con el artículo 16 constitucional, la consecuencia la dice expresamente la Constitución, no tienen valor alguno; ahora que puedan servir para formular alguna hipótesis, pueden servir, pero siempre y cuando esto no dé como resultado, que acabemos otorgando el valor probatorio pleno a lo que fue grabado indebidamente...”⁸

⁷ Ministro Aguirre Anguiano, en versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada martes 27 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/BAAFF0C2-4101-4B50-B740-9D1D5C6C6635/0/PL20071127.pdf>, p.51

⁸ Ministro Azuela Guitrón, en versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada martes 27 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/BAAFF0C2-4101-4B50-B740-9D1D5C6C6635/0/PL20071127.pdf>, p.54

“Ministro Ortiz Mayagoitia: Fundado en derecho, respecto a si la grabación que se atribuye al gobernador del Estado de Puebla y a la persona llamada Kamel Nacif es o no prueba, definitivamente no es prueba, se obtuvo en franca violación del artículo 16 de la Constitución (...)”⁹

En una posición intermedia, tampoco el ministro Silva Meza consideró a la grabación como una prueba idónea, no obstante que él fue el responsable de elaborar el dictamen final, en el que consideraba que sí había violación grave de garantías. En su lugar, estimaba que los elementos que se desprendían de la grabación eran simples líneas de investigación:

...cabe precisar que el contenido de la conversación telefónica atribuible al gobernador y al empresario Kamel Nacif, no se consideró por la Comisión investigadora como un hecho cierto e incontrovertible, sino como una línea de investigación o hipótesis a verificar, en estricto acatamiento de lo determinado por el Tribunal Pleno(...) La grabación, no podía considerarse un medio de prueba idónea y suficiente, para tener por demostrado el concierto de autoridades para violar garantías individuales de la periodista, pero sí podía considerarse como el objeto de la investigación, que tendría que ser demostrado con otros medios de prueba, atendiendo a que un hecho ilícito, puede llegar a conocerse por la autoridad a través de una declaración anónima, un testimonio de oídas, un simple rumor o bien una grabación ilegal, como dijo el Tribunal Pleno; sin embargo, con independencia del medio por el que se tuvo conocimiento, la autoridad se encuentra obligada a investigar la veracidad de esos hechos, por todos los medios a su alcance, siempre que no sean contrarios a la moral o al derecho (...).¹⁰

Lo que no parecen distinguir los ministros que hacen alusión a las prohibiciones contenidas en el artículo 16 constitucional es al hecho de que estas reglas y prohibiciones para intervenir comunicaciones privadas se refieren a las pruebas que son propias en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales¹¹. Ahora bien, en materia de protección de garantías constitucionales que es de lo que se trata la facultad de investigación, los criterios para la valoración de las pruebas son distintos a los que están establecidos en estas materias, máxime cuando se trata de un procedimiento no jurisdiccional como es el caso de la facultad de investigación. El ministro Góngora Pimental advierte acertadamente la naturaleza especial que debe privar en la valoración de las pruebas en el procedimiento no jurisdiccional de protección de garantías constitucionales:

⁹ Ministro Ortiz Mayagoitia, en versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada martes 27 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/776757E5-1FC6-490D-AA6D-6BFA419125BE/0/PL20071129.pdf>, p.22

¹⁰ Ministro Silva Meza, en versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada lunes 26 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EB300579-DC47-49AA-9CCC-4E5B1AC0F1F2/0/PL20071126.pdf>, pp.59-60

¹¹En la parte relativa a las comunicaciones privadas y antes de las reformas del 18 de junio de 2008, el artículo 16 constitucional establecía lo siguiente en sus párrafos noveno y décimo:

"Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, 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.

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

... todos escucharon esa conversación, pero algunos opinan que nosotros tenemos que taparnos los oídos ante esa evidencia por algo que supuestamente dice la Constitución, ¡digo!, supuestamente, porque contrario a esas posturas, yo estimo que las grabaciones telefónicas que dieron origen a la investigación si pueden ser tomadas en cuenta en esta indagatoria, no sólo por el reconocimiento que de ellas hizo Kamel Nacif mediante desplegado en un periódico de circulación nacional, “El Universal” de diecinueve de septiembre de dos mil seis, sino porque la regla de exclusión probatoria contenida en el artículo 16, párrafos noveno y décimo de la Constitución, no cobra aplicación tratándose de las investigaciones del artículo 97; el citado artículo, señala que las comisiones privadas son inviolables, y que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en el propio precepto constitucional y en las leyes, sin lo cual carecerán de todo valor probatorio; el concepto valor probatorio, tal como se utiliza en el artículo 16 constitucional tiene un contenido eminentemente procesal o adjetivo, del que cabe concluir que las intervenciones a las comunicaciones privadas, no pueden ser utilizadas para probar hechos en procedimientos de naturaleza administrativa o jurisdiccional, pero sí tratándose de las investigaciones del artículo 97 constitucional, cuyo objeto no es la adjudicación de responsabilidades, sino la averiguación de hechos que constituyan violaciones graves a las garantías individuales.¹²

Más específicamente, el ministro Góngora correctamente estima que la prohibición y las garantías establecidas en el artículo 16 de la Constitución mexicana, para la valoración de las pruebas, fueron pensadas por el constituyente permanente para regular los procedimientos penales, criterios que no pueden hacerse extensivos a la protección de garantías individuales y de derechos humanos. Su defensa es contundente:

De la exposición de motivos de la Reforma constitucional 1996, por la cual se adicionaron los párrafos noveno y décimo del artículo 16, se advierte que su objeto fue establecer los requisitos y condiciones bajo los cuales los datos obtenidos en las intervenciones a las comunicaciones privadas, podrían ser utilizados principalmente en los juicios penales, dice la exposición de motivos, cito: “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 privados como la telefónica y 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”. En tal sentido, si el objeto de la reforma fue señalar los requisitos para la utilización de intervenciones telefónicas en los procedimientos del orden penal, cabe concluir que la falta de tales requisitos, provoca la exclusión de las pruebas dentro de dichos juicio, pero no en el marco de una indagatorio de las que prevé el artículo 97 constitucional, cuya función no es la determinación de responsabilidad alguna, sino el esclarecimiento de la verdad histórica, con el fin de resarcir moralmente al conjunto de la sociedad, reivindicar a las víctimas de la violación, promover el deslinde de responsabilidades mediante los procedimientos conducentes, así como evitar que tales hechos se repitan en el futuro. En efecto, la facultad de investigación del artículo 97 de la Constitución Federal, es en esencia, una garantía del derecho a la verdad, tutelado entre otros, en los artículos 6 y 133, en relación con el 1°.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹³

Hay que tener presente que la grabación entre el gobernador y el empresario, era indispensable sobre todo para calificar la gravedad de la violación de garantías de Lydia Cacho, pues acreditaba la colusión de autoridades. En efecto, algunos de los ministros de la mayoría sostuvieron que no obstante que había violación de garantías, esta no se consideraba grave pues no se podía comprobar el concierto de autoridades, para lo cual era indispensable la grabación. Al res-

¹² Ministro Góngora Pimental, en versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada lunes 26 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EB300579-DC47-49AA-9CCC-4E5B1AC0F1F2/0/PL20071126.pdf>, pp.65-66

¹³ Ministro Góngora Pimental, en versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada lunes 26 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EB300579-DC47-49AA-9CCC-4E5B1AC0F1F2/0/PL20071126.pdf>, pp.66-67

pecto, es indispensable recordar que la facultad de investigación de la Corte sólo es procedente cuando hay una violación *grave* de garantías (la cual se puede determinar por la trascendencia social o políticas de los hechos relacionados), ya que no procede por lo que podríamos llamar una violación “común” de las garantías que otorga la constitución. Así se ha establecido con toda claridad en las tesis aisladas que se emitieron en anteriores facultades de investigación, como fueron los casos León (1946)¹⁴ y Aguas Blancas (1997)¹⁵.

Ahora bien, no obstante que los ministros de la mayoría sostuvieron en esencia que la grabación no podía ser aceptada por constituir una prueba ilícita, sin embargo, en ningún momento proporcionaron razonamientos relevantes sobre la naturaleza de la prueba ilícita y sus posibles

¹⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. INVESTIGACIONES AUTORIZADAS POR EL ARTICULO 97, PARRAFO III, DE LA CONSTITUCION FEDERAL. El artículo 97 de la Constitución otorga a la Suprema Corte de Justicia la facultad para investigar algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal, únicamente cuando ella así lo juzgue conveniente, o lo pida el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o el gobernador de algún Estado. Cuando ninguno de los funcionarios o de los poderes mencionados solicitan la investigación, ésta no es obligatoria sino que discrecionalmente la Corte resuelve lo que estima más conveniente para mantener la paz pública. Los particulares no están legitimados en ningún caso para solicitar la investigación a la Suprema Corte, sino que sólo ella puede hacer uso de una atribución de tanta importancia, cuando a su juicio el interés nacional reclame su intervención *por la trascendencia de los hechos denunciados y su vinculación con las condiciones que prevalezcan en el país, porque revistan características singulares que puedan afectar las condiciones generales de la nación*. Si en todos los casos y cualesquiera que fueran las circunstancias, la Suprema Corte de Justicia ejercitara estas facultades, se desvirtuarían sus altas funciones constitucionales y se convertiría en un cuerpo político. En todo caso, cuando resuelve la Corte su abstención, no puede alegarse indefensión, porque las leyes establecen otros órganos y diversos recursos ordinarios para conocer y resolver sobre ellas. Registro No. 804076. Localización: Sexta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Primera Parte, XCIII. Página: 60. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional Varios 3/46. Comité Nacional Directivo del Partido Acción Nacional. 7 de enero de 1946. Mayoría de veinte votos. Ponente: Hilario Medina.

¹⁵ GARANTIAS INDIVIDUALES. DIFERENCIAS DEL PROCEDIMIENTO EN LA AVERIGUACION PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL, SOBRE LA VIOLACION GRAVE DE ELLAS Y EL DEL JUICIO DE AMPARO. Uno de los principales propósitos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es garantizar los derechos fundamentales del hombre, para lo cual propone procedimientos tendientes a evitar la infracción a esos derechos fundamentales, mediante el juicio de amparo, o bien, *en el caso de una violación grave y generalizada de garantías individuales*, la intervención de este alto tribunal en la averiguación de los hechos, para precisar esas infracciones, y con la intención de que cese la violencia y alarma y se propicie el regreso al respeto a las garantías individuales. Las diferencias de estos procedimientos son, básicamente las siguientes: a) El juicio de amparo procede a petición del agraviado; en el procedimiento del 97, por el contrario, se actúa de oficio, por propia decisión de la Suprema Corte de Justicia, o a petición del Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún Estado; b) En el amparo se trata de un juicio o proceso y, el artículo 97 constitucional se refiere a una averiguación de hechos que constituyan *una grave violación de garantías individuales*; c) En el juicio de amparo se concluye con una sentencia, pero que admite sobreseimiento por razones técnicas o materiales; en el 97, con un informe sobre los hechos averiguados y una consecuente decisión de si constituyen, o no, una grave violación de garantías individuales; d) *En el juicio de amparo se conoce de violación de garantías que sólo afectan a una o varias personas, sin trascendencia social; en el caso del artículo 97, las violaciones deben ser generalizadas, es decir, que se trate de violaciones graves*; y, e) En el amparo se pretende evitar que la violación de garantías se consume para restituir al gobernado en el goce de la garantía violada, o en caso de estar consumado irreparablemente el acto reclamado sobreseer, mientras que la averiguación del 97 versa sobre hechos consumados.

Solicitud 3/96. Petición del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Federal. 23 de abril de 1996. Unanimidad de once votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, Junio de 1996, página 514 (Las cursivas son mías).

excepciones; el examen de estas excepciones adquiere importancia en la medida en que la prueba es rechazada. Sin embargo, la mayoría de los ministros se limitaron a rechazar la prueba simple y llanamente, aún cuando conforme a la doctrina, al derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia emitida por otros tribunales nacionales (como son España, Alemania y Estados Unidos), la regla general de la inadmisibilidad de la prueba ilícita posee algunas excepciones que se hacen valer en casos especiales. Sobre estas excepciones no hubo argumentos significativos de los ministros.

Efectivamente, la regla general dispone que las pruebas obtenidas por medios ilícitos no deben ser ni admitidas ni valoradas, pues esto es indispensable para asegurar la garantía del debido proceso legal. Sin embargo, dentro del debido proceso penal, la actividad probatoria debe estar dirigida a asegurar no sólo la presunción de inocencia, sino también la utilización de los medios de prueba pertinentes:

Este es un momento oportuno para poner de relieve cómo entendemos la articulación de la actividad probatoria dentro del texto constitucional. La actividad probatoria desde la perspectiva constitucional gira en torno a dos derechos fundamentales: la presunción de inocencia y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Desde nuestra perspectiva, ambos derechos fundamentales se complementan en lo que se refiere a la actividad probatoria, pues su diferencia no se articula tanto respecto al momento procesal en que rigen, sino al aspecto positivo o negativo de la prueba que contemplan cada uno de ellos. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se refiere a la posibilidad de valerse de medios de prueba en un proceso, lo que podríamos denominar aspecto positivo. Por su parte, la presunción de inocencia conlleva una revisión de la cantidad y calidad del material probatorio empleado: que haya existido una mínima actividad probatoria, que dicha actividad sea de cargo, y que se haya obtenido con todas las garantías, por lo que en los términos figurados que estamos empleando podríamos hablar de aspecto negativo de la actividad probatoria.¹⁶

De esta manera, podemos decir que aún cuando por regla general la regla de exclusión debe ser sostenida pues ella es fundamental para la salvaguarda del derecho fundamental al debido procesal, sin embargo, aceptar siempre y en todo lugar la regla de exclusión de la prueba ilícita, podría llevarnos al extremo de poner en riesgo el derecho fundamental de utilización de los medios de prueba pertinentes. Es decir, la aplicación inflexible y absoluta de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, podría generar la situación contraproducente consistente en que, debido a esta regla, dejaríamos de considerar pruebas que fueran indispensables para resolver conforme a justicia o para proteger los derechos fundamentales de otras personas. Esto alentaría la impunidad y la imposibilidad de que los tribunales precisaran quiénes son a los verdaderos responsables de infringir el derecho. En efecto, la regla general de exclusión de las pruebas ilícitas tiene algunas excepciones que operan en casos especiales y bien determinados, cuando son indispensables para proteger los derechos fundamentales y los principios de justicia.

No obstante lo anterior, en el *Caso Lydia Cacho* los ministros de la mayoría no sólo no discutieron las posibles excepciones a la regla de inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, sino que además utilizaron de manera rígida esta regla, tratando de asimilarla a un procedimiento penal aún cuando estábamos frente a un procedimiento no jurisdiccional de protección de garantías individuales. Como bien decía el ministro Góngora (ver notas 10 y 11), las reglas de valoración

¹⁶ González Montes, José Luis, *Nuevas reflexiones entorno a la prueba ilícita*, en Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Año I, Octubre-Marzo de 1993-94, Número 2, p. 75

de pruebas en los procedimientos no jurisdiccionales de protección de derechos son diferentes a las penales, lo cual hacía necesario emplear una mayor flexibilidad para valorar la prueba.

En suma, la mayoría de los ministros además de utilizar un criterio propio del derecho procesal penal en un procedimiento no jurisdiccional de protección de derechos constitucionales, lo cual es ya cuestionable, tampoco examinó las excepciones que a la regla general ha desarrollado el derecho procesal penal en otras latitudes, no digamos el derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, la ausencia de un debate sobre las excepciones a la regla de admisión de la prueba ilícita y, en consecuencia, sobre la posibilidad de que la grabación entre Mario Marín y Kamel Nacif pudiera constituir una excepción a esta regla tan importante, dejaron la percepción en la sociedad mexicana de que la mayoría de ministros que se pronunció en contra de la violación grave de garantías, o no quisieron o no contaron con la capacidad técnica suficiente para discutir un tema tan difícil y trascendente como lo es el de los casos de excepción a la regla de inadmisibilidad de las pruebas ilícitas. Esto era de la mayor importancia cuando buena parte de la sociedad mexicana e internacional se enteró a través de los medios de comunicación, de la colusión de las autoridades con intereses privados para perjudicar a una periodista, pues la grabación que se difundió cientos de veces en los principales medios masivos de comunicación.

A los ciudadanos cuando menos nos hubiese gustado escuchar los argumentos por los cuales el máximo tribunal consideraba que la grabación no podía constituirse en una excepción a la regla de inadmisibilidad. También esperábamos que estos argumentos fueran razonables y suficientes. La ausencia de razonamientos sobre temas como éstos produce que las resoluciones de nuestro máximo tribunal carezcan de argumentos deliberativos que apuntalen su constitucionalidad y legitimidad. Sin estos argumentos, las resoluciones y sentencias judiciales están expuestas a no ser más que instrumentos dogmáticos que lo único que reproducen son apreciaciones legalistas en extremo. Y en un país como México, no es este el mejor camino para consolidar una incipiente democracia, pues cualquier democracia requiere que sus tribunales vayan construyendo suficientes razones jurídicas que apuntalen la protección de las garantías y los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

La carencia de estos argumentos en la resolución de la mayoría de ministros de la SCJN en este punto es casi tan absoluta, que el presente artículo no estaría completo si no hiciéramos una exposición de algunos de los casos más representativos que la jurisprudencia han desarrollado entorno a los casos de excepción a la regla de inadmisibilidad de la prueba ilícita, esto con el único propósito de demostrar que la mayoría de ministros sí tenía otras opciones para valorar la grabación entre el gobernador Mario Marín y Kamel Nacif. Este será el objetivo de la siguiente mitad de nuestro artículo.

III. LA REGLA DE INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS EXCEPCIONES

En primer lugar podemos decir que estamos de acuerdo en que la verdad material no puede obtenerse a cualquier precio, lo que supone que el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba queda limitado por los propios derechos y libertades fundamentales. En efecto, los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen simples formalidades que han de se

observadas procesalmente, sino que tienen como sentido, la defensa de los principios básicos y de una sociedad democrática, de ahí que se presenten como límite a la búsqueda de la verdad material.¹⁷

Entre las reglas que limitan la búsqueda de la verdad encontramos la de no admisión de pruebas ilícitas. Ellas pueden ser, según la opinión ampliamente reconocida en la actualidad, por un lado sólo prohibiciones de práctica de pruebas o sólo de aprovechamiento de pruebas. Pero también prohibiciones de práctica y de aprovechamiento de pruebas simultáneas, en vista de la estrecha comunicación que pueda existir entre ellas.¹⁸

No existe unanimidad en conceptos básicos tales como la definición de prueba ilícita, irregular o prohibida, ni sobre el momento en el que se entiende realizada la violación que impide que esa prueba produzca efectos. Tampoco hay unidad de criterios en aspectos tan básicos como determinar si seguimos o no la doctrina norteamericana sobre los frutos del árbol envenenado, misma que explicaremos un poco más adelante. Igualmente, resulta oscuro el régimen de nulidad aplicable, una vez determinado el grado de ilicitud.¹⁹

Utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa es un derecho de los ciudadanos, lo que pone de manifiesto la importancia que tiene la prueba para la administración de la justicia, se trate de un proceso civil, penal, contenciosos-administrativo, laboral o constitucional. Es doctrina consolidada la que sostiene que este derecho es instrumental o consecuencia directa de la defensa. Supone el derecho a que se admitan todos aquellos medios propuestos por alguna de las partes, que se respeten los límites inherentes a la actividad probatoria y los requisitos legales de proposición y de práctica. No obstante lo anterior, no se puede afirmar que se tenga derecho a que se admitan cualesquiera medios de prueba, sino sólo aquellas que se hayan obtenido de manera legítima, so pena de no ser valorados.²⁰

Como dijimos un poco más arriba, el derecho a probar encuentra su límite en el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Partiendo de este supuesto, la interpretación del concepto de prueba ilícita debe ser acotada sin perder de vista que el proceso. Es el medio de realización de la justicia y, por tanto, resultaría una *contradictio in terminis* que se admitiera la comisión de una injusticia de este tipo con el fin de lograr la justicia con mayúsculas.²¹

El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas es una de las garantías con las que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del derecho penal. Sin embargo, la posibilidad de admisión de esta prueba es aceptada en algunos casos y previo el cumplimiento de algunas condiciones. Esta necesidad se puede explicar por dos razones principales: la primera aparece cuando la prueba ilícita puede ser útil para proteger derechos y libertades fundamentales; en segundo lugar, también hay una fuerte presión para aceptar este tipo de pruebas, por ejemplo, cuando la opinión pública sostenida en los medios de comunicación y ante el aumento de la criminalidad, demandan del Estado mayor seguridad y que los delincuentes sean juzgados con la máxima celeridad. El primero de los supuestos tiene mayores

¹⁷ Martínez García, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Valencia. España, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2003, pp.18 y 19.

¹⁸ Karl Heinz Gössel, *La prueba ilícita*, en *Revista de Derecho Penal (2001-1).Garantías Constitucionales y nulidades procesales-I*, Director Edgardo Alberto Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editorers, 2001, p.34

¹⁹ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, pp.18-19

²⁰ Ibidem, p.23

²¹ Ibidem, p.24

posibilidades de tener éxito, pues sólo habría que discernir si los derechos fundamentales que se pueden proteger son de mayor importancia que los derechos que se verían afectados mediante la aceptación de la prueba ilícita. En cambio, la segunda hipótesis que tiene su origen en motivos de seguridad, pone una fuerte presión en el sistema garantista de cualquier Estado, ya que todo el corpus jurídico está sometido a una tensión entre la libertad de los ciudadanos y el control social que facilite la persecución de los delitos.²²

Aunque no exista gran unanimidad en la doctrina en relación con los términos a utilizar, Elena Martínez García distingue entre prueba irregular e ilícita. La prueba irregular es aquella prueba obtenida con violación de norma de rango no constitucional tanto en su obtención como en su incorporación al proceso. Por otro parte, la ilicitud probatoria será aplicable a aquellas pruebas cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales.²³

Ahora bien, por lo que respecta a la prueba ilícita, podríamos comenzar diciendo que todo el acervo probatorio obtenido hasta antes de la ilicitud deberá ser considerado válido y, con relación a lo obtenido con posterioridad a ella, se aplicará una serie de consideraciones que pueden determinar que la prueba sea finalmente aceptada o no. Como veremos enseguida, estas consideraciones están encaminadas a atenuar el nexo causal entre la ilicitud y los hechos, o a determinar que la admisión de esa prueba no produciría efecto alguno sobre el actuar de la policía, pues no alentaría una actuación contraria al respeto de los derechos fundamentales durante una investigación.²⁴

Es importante señalar que las excepciones a la regla de inadmisibilidad de la prueba ilícita que examinaremos más adelante han sido desarrolladas primordialmente por el derecho procesal penal, salvo algunas excepciones. Esto obedece a que el derecho penal desde hace algunas décadas, ha tratado de dejar bien establecidas las posibles excepciones que la regla general pueda admitir, pues los derechos fundamentales que protege el derecho penal son de una importancia mayúscula. Considero que algunas o algunas de estas excepciones pudieron haber sido empleadas en las consideraciones de los ministros de la SCJN al despejar la facultad de investigación que nos ocupa. En efecto, si el derecho penal que tiende a ser una disciplina con parámetros muy bien delimitados permite cierta flexibilidad en la consideración de sus pruebas, con más razón en un procedimiento no jurisdiccional de protección de garantías como fue el caso Lydia Cacho, esta flexibilidad debió ser puesta en práctica ya que no sólo se trata una disciplina menos rígida que el derecho penal, sino que además semejante flexibilidad era indispensable para la protección de derechos fundamentales.

1. *Las excepciones a la regla de exclusión en los estados unidos*

Para un mejor entendimiento de la problemática que las excepciones a la regla general de no admisión de las pruebas ilícitas implica, conviene comenzar esbozando los supuestos estadounidenses, pues la jurisprudencia de este país fue una de los primeras que desarrolló las citadas excepciones, que paulatinamente fue influenciando la jurisprudencias nacionales de otros países.

²² Ibidem, pp.34-35

²³ Ibidem, pp-38-40

²⁴ Ibidem, p.50

Para empezar conviene decir que en los Estados Unidos la creación de la regla de exclusión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) ha sido objeto de toda una larga evolución jurisprudencial. El primer eslabón en la materia se remonta a finales del siglo XIX, por lo que existe casi un siglo de diferencia entre las primeras pinceladas dadas por la doctrina norteamericana y la jurisprudencia de otros países como Alemania o España.²⁵

Para empezar diremos que en un principio se estableció una regla rígida de inadmisibilidad de las pruebas ilícitas. Ejemplo de esto lo encontramos en el caso *Boyd vs US* (1886), en el que se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal, ello por haberse compelido al acusado a crear facturas falsas que declarasen en su contra. Para fundamentar este rechazo de las pruebas ilícitas se acudió a la Cuarta y a la Quinta Enmienda²⁶. La base de toda su argumentación fue precisamente el derecho a no declarar contra sí mismo por la fuerza, con el fin de poder utilizar con posterioridad esa información como prueba.²⁷

Al tiempo que se consolidaba *la exclusionary rule*, en forma paralela fue configurándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado. Ésta surge por primera vez en el caso *Silverthorne Lumbre Co. Vs. United States* (1920), pero no se acuña esta expresión hasta la sentencia *Nardone vs. United States* (1939). En ambos supuestos se trata de intervenciones telefónicas ilegales y se negaba la posibilidad de aceptar el uso derivado o los efectos reflejos de las informaciones halladas mediante esas intervención ilegales. En este sentido se alegaba que si un árbol estaba envenenado, todos sus frutos deberían también estarlo, motivo por el cual se hacía imposible obtener cualquier información derivada de un hecho ilícito en origen.²⁸

Una vez establecida la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas permaneció sin excepciones durante casi ochenta años en los Estados Unidos, hasta que en la época de la presidencia de Nixon comienzan a surgir algunas excepciones que van a flexibilizar la rigidez con que inicialmente había sido formulada la regla de la exclusión. Es la época del denominado *balancing test*, en la que comienza a ponderarse tanto el interés del ciudadano en lo relativo al respeto de sus derechos fundamentales, como el de la sociedad en un intento de acabar con el delito, lo que implica no admitir estrictamente la regla de exclusión. Estas excepciones comenzaron a operar unas veces admitiendo un testimonio derivada de un registro ilícito²⁹, otras por haberse actuado erróneamente bajo la cobertura de una ley de-

²⁵ Ibidem, p.64

²⁶ Esta enmienda señala que garantiza al derecho de los detenidos a no declarar contra sí mismos, el derecho a un jurado y al principio *non bis in idem* (<<no person shall be held to answer for a capita, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation).

²⁷ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.65

²⁸ Ibidem, p.73

²⁹ En el caso *United States vs. Ceccolini* (1978) un testimonio fue admitido a pesar de haber obtenido al testigo en un registro ilícito, pues el vicio era saneado desde el momento en que el testigo quiso cooperar voluntariamente con la policía, en Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.67

clarada posteriormente inconstitucional³⁰, e incluso no aplicando la regla de la exclusión cuando ésta podía significar la violación de derechos de terceros.³¹

A partir de este momento comienza a modificarse por completo el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, olvidando su apoyo en la cuarta enmienda y calificándolo de "remedio judicial" necesario para salvaguardar el sistema de derechos de la sociedad. Igualmente, inicia el alegato consistente en señalar que si la prueba ilícita ya no se produce el *efecto disuasorio* exigible en la policía y jueces, no tiene sentido la exclusión de ese material probatorio, pues esto puede ser útil inclusive para establecer un límite para los poderes públicos, ponderable según las circunstancias del caso.

De esta manera, se produjo un paulatino desmantelamiento de la aplicación rígida de regla de la exclusión. Un momento importante de ello fue la sentencia *United States vs León de 1984*, en el que se establece que la inadmisión de la prueba ilícita únicamente procede cuando los beneficios derivados de ello, fuesen claramente superiores a sus costes sociales. Fue el momento en el que también se enunció la *good-faith exception* para los agentes policiales como límite a la regla de exclusión³². En materia probatoria paulatinamente se consagró la excepción de buena fe y el razonamiento del efecto disuasorio que debe tener esta regla frente a la policía, unas veces por concurrir "error" en los agentes³³ y otras por falta de mayor claridad en la motivación del auto.³⁴

Haciendo un esfuerzo de síntesis sobre la construcción de las excepciones a la regla de exclusión, podemos decir que la jurisprudencia estadounidense se desarrolló de la siguiente manera. Una primera excepción la encontramos al admitir la denominada *teoría de la fuente independiente* (*the independent source*), que logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra (*Wong Sun vs US 1963* y *Silversthorne Lumber Co. Vs. US 1920*). De esta manera, la regla de exclusión admitiría una excepción si se pudiera justificar que las pruebas obtenidas derivaban de una fuente independiente. El nexo se diluye si el

³⁰ En el caso *Michigan vs. De Filippo (1979)* donde el Estado había promulgado una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. En este caso, la Corte suprema, sin embargo, entendió que las pruebas inicialmente recopiladas no debían excluirse del proceso, pues los agentes del Estado habían actuado conforme a Derecho y a una ley que no era manifiesta o aparentemente inconstitucional, en Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.67

³¹ En el caso *US vs. Payner (1980)*, se estimó no oponible frente a un tercero coimputado la regla de exclusión de las pruebas obtenidas tras un registro ilegal, en Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.67

³² Fruto de esta nueva perspectiva se fue reduciendo los casos de aplicación de la *exclusionary rule*. Ejemplo de lo que decimos represente el caso *Alderman vs United States (1969)*, donde se impidió a los acusados derechos no habían sido objeto de violación que se opusieran a la introducción de pruebas ilícitamente obtenidas frente a otros coacusados; también en el asunto *United States vs Calandra (1974)* aconteció algo similar en relación con las declaraciones de un testigo (99 S.Ct. 961), en Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.68

³³ En el caso *United States vs León de 1984*, la Corte Suprema plasmó la buena fe policial como excepción a la regla de la exclusión. Aparece el efecto disuasorio como excepción estable y tal coste derivado de la exclusión de esta prueba entraba en ponderación con el beneficio social derivado de su admisión, en Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.69.

³⁴ En el asunto *Massachussets vs Sheppard (1984)*, la negligencia policial y judicial llevaron a que se utilizara un formulario ya usado para habilitar la entrada y registro, cuyo objeto de búsqueda era distinto. Esta <<irregularidad procesal>> llevó a que, con posterioridad, se reputara ilícita la entrada pero que la buena fe de la policía llevara a dar como buenas las pruebas obtenidas en ese registro, en Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.69

camino para el descubrimiento de la prueba es autónomo (o independiente), entonces dicha prueba puede ser admitida y valorada.³⁵

En segundo término se admitió la *doctrina del descubrimiento inevitable (inevitable discovery)* o doctrina del hallazgo inevitable, que rompe la ilicitud de la prueba derivada de otra ilícita al admitir la "inevitabilidad" en el descubrimiento por otros medios que hubieran sido legales lo cual justifica su admisión, además de que no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o los jueces (*Nix vs. Williams* 1984). De esta manera, se estableció otra nueva excepción a la doctrina del futuro del árbol envenenado, admitiendo pruebas derivadas de una ilícita por la "presunción" de que se podría haber llegado a ellas "irremediablemente" por existir, por ejemplo, una investigación ya en marcha tendiente a descubrirlas.³⁶ En tercer lugar se admite la *good faith exception*, o excepción de la buena fe policial en la obtención de las pruebas directas (*United States vs. León* 1984), excepción que ha sido muy residual y que no ha tenido mucho éxito en la formación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, aunque no por ello deja de ser una de las excepciones a la regla de exclusión.³⁷

En cuarto y último lugar, tenemos a la teoría del *nexo causal atenuado (purged taint)*, que se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente (*US vs. Ceccolini* 1978 y *Dunaway vs. New Cork* 1979). La excepción del nexo causal atenuado se creó en 1978 a partir de un registro ilegal donde se consiguió que un testigo declarara voluntariamente. Las pruebas se encontraban causalmente conectadas, pero la "ilicitud" de las mismas se disipaba o atenuaba al haber mediado un acto de voluntad en el testimonio inculpatario. Además, la ausencia de mala fe policial en el registro y de consecuente efecto disuasorio en la policía, así como el amplio lapso de tiempo transcurrido desde la comisión del delito hasta la obtención del testimonio, fueron razones para presumir matizado el vicio inicial.³⁸

De estos cinco supuestos de excepciones a la regla de exclusión, la jurisprudencia de los Estados Unidos estableció una serie de criterios para determinar cuándo se rompe ese nexo causal o como mínimo, cuándo nos encontramos suficientemente alejados del vicio inicial. Los criterios principales son los siguientes:

- a) Por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente.
- b) Por otro, la intencionalidad del agente o Juez y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba.
- c) Por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza derivada de la ilicitud, es decir, el resultado.

Las excepciones a la regla de prueba ilícita se consolidaron de tal forma en la jurisprudencia de los Estados Unidos que en 1995 el congreso de este país emitió su primer pronuncia-

³⁵ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.54. Para la prueba independiente véase también, González Montes, José Luis, *La prueba ilícita, La prueba ilícita*, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona. España, No.54, 2006, pp.372-373

³⁶ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, pp.54 y 75

³⁷ Ibidem, p.54

³⁸ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, pp.55, 74-75

miento sobre la regla de la exclusión (*Exclusionary Rule Reform of 1995*), donde se regula como garantía objetiva frente a la actuación policial. Es más, la regla de la exclusión ha sufrido tantas limitaciones que la jurisprudencia ha adoptado una nueva perspectiva desde entonces, de tal forma que lo novedoso sería encontrar sentencias en las que las pruebas ilícitamente obtenidas no sean tenidas en cuenta por el juzgador bajo algún tipo de ponderación.³⁹

2. Las excepciones a las reglas de exclusión en la jurisprudencia española

La jurisprudencia española aceptó desde un principio la regla de exclusión de las pruebas ilícitas y la teoría del árbol envenenado. Inclusive, el derecho español consagró la regla de exclusión en su legislación secundaria, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11 estableció una prohibición absoluta para recibir estas pruebas. Así las cosas, desde un principio los tribunales españoles y de manera especial el Tribunal Constitucional Español, consideraron que las pruebas ilícitas chocaban frontalmente con el sistema de protección de derechos básicos. Sin embargo, también fue patente que una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión y de la teoría del árbol envenenado acabaría frustrando el *ius puniendi del Estado* y establecería la "petrificación de la doctrina anglosajona" de los efectos reflejos de las pruebas prohibidas.⁴⁰

En la actualidad ya podemos encontrar diferentes resoluciones judiciales españolas que establecen excepciones a la regla de exclusión. Hacer una exposición detallada de todas estas, rebasaría con mucho los objetivos del presente trabajo, sin embargo, nos parece importante destacar las implicaciones de la sentencia STC 81/98 que no es la única pero sí que la examina el tema que nos ocupa con mayor profundidad y claridad⁴¹.

Ante el riesgo de petrificar la regla de exclusión en la jurisprudencia española, hace apenas una década el Tribunal Constitucional Español emitió una sentencia en la cual se integraban algunas excepciones a esta regla general. La controvertida sentencia STC 81/98 del Tribunal Constitucional estableció que aún existiendo una relación de causalidad *fáctica* entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible *romper la conexión de antijuridicidad* entre el resultado de la violación y el medio de prueba obtenido. De esta manera, valorando las siguientes tres variables, se puede llegar a establecer esta posible desvinculación jurídica entre los hechos y sus pruebas:

- a) La magnitud de la violación. La cual tiene lugar, por ejemplo, cuando existe insuficiente motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica.
- b) La confesión espontánea. Por ejemplo, la confesión sincera, abierta y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa, o la noticia de una posible entrega de droga a partir de una intervención telefónica ilícita que investigaba delitos diferentes. En efecto, cuando las declaraciones del imputado y coimputado se encuentran realizadas de forma garantizada y libre, suelen entenderse como causa de desconexión de antijuridicidad.

³⁹ Ibidem, p.70

⁴⁰ Ibidem, p.83

⁴¹ González Montes, José Luis, *La prueba ilícita*, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, op.cit., nota 35, p.370

c) La importancia del bien jurídico protegido, pues es indispensable que las excepciones a la regla de exclusión deban ser consideradas cuando ello supone, por ejemplo, la protección de derechos básicos, como la libertad o la vida. Por ejemplo, con motivos exculpatorios la excepciones deberían ser aceptadas, pues nadie en podría suponer que las pruebas ilícitas fueran simple y llanamente rechazadas si ello supusiera la declaración de culpabilidad de un inocente.⁴²

Esta triple consideración también nos puede ser útil para llegar a establecer la desconexión entre dos pruebas, una de las cuales llamaremos prueba originaria y otra prueba derivada. Así, aún cuando la prueba originaria pueda ser una prueba ilícita, ello no necesariamente implica que la prueba derivada también lo sea, pues habrá que hacer una serie de ponderaciones que nos permitan establecer su vinculación directa o remota. Esa afirmación que rompe el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es en sí misma un hecho, sino una valoración sobre el grado de conexión que determina la pertinencia de la prueba cuestionada.⁴³

En otras palabras, podemos decir que la tesis que introduce el Tribunal Constitucional Español para establecer la posibilidad de introducir excepciones al principio de los “frutos del árbol envenenado”, está basada en lo que denomina “conexión de antijuridicidad”. Esto significa que la transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, exige la existencia entre las dos, además de una “conexión de causalidad” (conexión natural) que sería un requisito necesario pero no suficiente, de una conexión jurídica que en este caso se concreta en una “conexión de antijuridicidad”, que añadiría un *plus* necesario y suficiente para que tal prueba fuera considerada prohibida. Si esta conexión fuera débil la prueba podría ser admitida y valorada.⁴⁴

La desconexión jurídica de estas pruebas se sustenta, por una parte, en las propias garantías constitucionales que rodean su práctica (derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia de un abogado) y constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción ilegítima. Por otra parte, el respeto de dichas garantías permite, por ejemplo, afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, permite desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el acto ilícito y, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración del acusado, hace innecesarias las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria.⁴⁵

Además de la conexión de antijuridicidad, conexión que también es identificada con la perspectiva interna, el Tribunal Constitucional español alude en un segundo análisis y que denomina perspectiva externa, relativa a “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho sustantivo conculcado exige”. ¿Y esto que significa? De lo que se trata es que la excepción a la exclusión de una prueba ilícita en su origen no suponga un incentivo para la infracción del derecho sustantivo. Esto implica a su vez que los órganos encargados de la investigación penal no hayan actuado con intencionalidad ni con negligencia grave. Lo anterior nos

⁴² Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, pp. 95-96. Véase también, González Montes, José Luis, La prueba ilícita, op.cit., nota 35, p.372

⁴³ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p. 178

⁴⁴ González Montes, José Luis, *La prueba ilícita.*, op.cit., nota 35, pp.370-371

⁴⁵ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.179

recuerda por una parte el efecto disuasorio (*deterrent effect*) y, por otro, la excepción de buena fe (*good faith exception*), ambas del derecho norteamericano.⁴⁶

En la práctica judicial española ha de aludirse a otra excepción al principio de los frutos del árbol envenenado, también de origen norteamericano: la del *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery exception*). Aunque esta excepción no haya sido claramente acogida todavía por el Tribunal Constitucional, ya se intuye en la mencionada sentencia 81/1998. Sin embargo, se ha aplicado por el Tribunal Supremo, caso muy claro en la sentencia de la Sala segunda de dicho Tribunal de 4 de julio de 1997 (RJ 1997/6008), en la que se argumentó que las pruebas tachadas de ilícitas habrían sido inevitablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la intervención telefónica. Se trataba de una intervención telefónica acordada judicialmente pero con insuficiencia de motivación.⁴⁷

En conclusión, las valoraciones que ahora deben realizar los jueces españoles ante las pruebas ilícitas dejará en algunas ocasiones sin efectos la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas, pues al examinar tales pruebas mediante esta suerte de *balancing test* que hemos descrito en los párrafos anteriores, la eficacia negativa de la regla exclusión no entrará en funcionamiento en casos especiales. Esto supone el relajamiento de la regla de exclusión, en aquellos supuestos en los cuales es pertinente. A partir de pronunciamientos como el contenido en la STC 81/98, en España es indispensable testar las pruebas para comprobar que se encuentran jurídicamente vinculadas entre sí y, por tanto, determinar si se transmite la ilicitud originaria a la prueba derivada.⁴⁸

3. Las excepciones a la regla de la exclusión en la jurisprudencia alemana

En decisiones que van de 1990 hasta 1996, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfG) ha distinguido con toda claridad entre la prohibición para realizar una prueba y su aprovechamiento. De esta forma ha establecido que “no todas las prohibiciones de practicar una prueba” tienen sin más “como consecuencia una prohibición de aprovechamiento de prueba. Más bien, se debe tomar la decisión en pro o en contra de una prohibición de aprovechamiento basándose en una amplia ponderación, en la que el peso de la violación del procedimiento, como también su significado para el ámbito legalmente protegido del interesado, sean igualmente importantes, sin olvidar la consideración de que la verdad no debe ser averiguada a todo precio”.⁴⁹ Además, si una investigación hipotética hubiera llevado “con una probabilidad cercana a la seguridad” al mismo resultado, la prueba pudiera entonces también ser aprovechada.⁵⁰

El Tribunal Constitucional Federal Alemán también ha establecido las intervenciones estatales pueden llegar a ser valoradas, siempre y cuando se encuentre fuera de las esferas de protección de la vida íntima, así como de aquella área de la vida privada que puede ser regulada por el derecho. En efecto, las intervenciones telefónicas o de otro tipo que realicen las autoridades

⁴⁶ Ibidem, p.371

⁴⁷ Ibidem, p.373

⁴⁸ Martínez García, Elena, op.cit., nota 17, p.218

⁴⁹ Karl Heinz Gössel, op.cit., nota 18, p.40

⁵⁰ Ibidem, p.63

estatales, pueden ser admitidas siempre y cuando se respete “por regla general del derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Estas intervenciones pueden ser válidas siempre que no afecten la protección de la esfera del desarrollo privado de la persona que ha desarrollado el propio tribunal constitucional alemán, conforme a una teoría que ha denominado de las tres esferas.

Esta teoría de las tres esferas se puede explicar de la siguiente manera: en una resolución fundamental del 31 de enero de 1973, el Tribunal Constitucional de la República Federal reconoció dos zonas de protección constitucional, una de las cuales a su vez se subdivide en otras dos. La primera es la “esfera íntima del individuo”, a la cual la constitución alemana ha otorgado un ámbito central para el desarrollo individual del ciudadano, ya que la reconoce como “una configuración privada e intocable de la vida, que se encuentra protegida de la influencia del poder público” y cuya intervención, “no podrían justificar aún los más altos intereses del público general”. La segunda zona está referida al ámbito de la vida privada y se subdivide en una zona que es posible regulación y otra no lo es. En efecto, según el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana “no todo ámbito de la vida privada se encuentra bajo la protección absoluta de la Ley Fundamental. Como ciudadano dependiente y ligado a la sociedad cada uno debe más bien aceptar las medidas del Estado que son tomadas en pos del interés público preponderante y bajo estricta observancia del principio de la proporcionalidad, siempre y cuando no menoscaben el ámbito intocable de la vida privada”. Por consiguiente, hay que reconocer dos esferas privadas de protección, una que es inaccesible a las intervenciones estatales, y otra que puede ser regulada y que depende de una ponderación entre el derecho a la privacidad y el interés público.⁵¹

Esta teoría de las tres esferas que ha establecido la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, ha impactado inclusive al Tribunal Superior Regional de Alemania (*OLG Schleswig*). Así por ejemplo, mediante esta teoría el tribunal superior ha juzgado como utilizable una grabación de video secreta sobre el robo de dinero en la sala de un casino realizada por un empleado de hacienda, ya que considera que teniendo en cuenta el control recíproco de todas las personas presentes en el momento del conteo del dinero, el proceder del actor en el lugar de trabajo del casino no puede ser imputado al ámbito protegido de la vida privada. Y esto rige también para grabaciones sobre comportamiento de una persona en el lugar de trabajo, a la que en todo caso no hay que imputarle como tal el ámbito privado protegido por la Constitución.⁵²

Un caso muy interesante en Alemania ha sido el de la ponderación de las conductas criminales que quedan registradas en grabaciones entre conyuges o en diarios. En un principio, en un fallo del año 1964 el Tribunal Federal (BGHSt) consideró por transgredida la “esfera más íntima” perteneciente al derecho general de la personalidad, si una conversación de uno de los conyuges era grabada sin el consentimiento del otro, como también el aprovechamiento de anotaciones en un diario, escrito sin fines de darse a conocer. Esto iba contra la afirmación general de que no había lugar para la protección de la personalidad en aquellos casos en los que un delincuente expresara o desarrollara por escrito sus crímenes y determinara a sus víctimas.⁵³ Más tarde el Tribunal Constitucional de la República Federal dictaminó en el año 1989 (en abierta oposición a la anterior resolución del Tribunal Federal acerca de la protección absoluta de las conversaciones conyugales) que al formular por escrito sus pensamientos en un diario, el autor los excluía del ámbito de la intimidad absolutamente protegido. Esta resolución mantiene el principio de exis-

⁵¹ Ibidem, p. 68-69

⁵² Ibidem, pp.69 y 70.

⁵³ Ibidem, p.73

tencia de un ámbito central absolutamente intocable de la personalidad, mientras que en otros casos la afectación a la esfera de la personalidad dependerá de la forma e intensidad en que el hecho respectivo afecte “por su naturaleza a las esferas o los intereses de la sociedad”. Finalmente, mas tarde el propio Tribunal Federal enmendó su resolución inicial y estableció que las anotaciones o declaraciones “acerca de la planificación de futuros delitos o informes de delitos cometidos” no pertenecen “al ámbito intocable de la vida privada” con la consecuencia de poder ser aprovechados en el procedimiento penal, al tiempo que hacía depender tal aprovechamiento de la clase de anotaciones y de la intensidad de la afectación de los intereses sociales.⁵⁴

En un sentido parecido, la posibilidad de desechar *grabaciones en cintas magnéticas* secretamente producidas por terceros (particulares) es impensable para el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, cuando esto sucede “en casos de criminalidad grave (sea contra el cuerpo y la vida de otros, sea contra los principios fundamentales del estado liberal democrático u otros bienes jurídicos de rango comparable) tanto para la determinación de la identidad de los delincuentes como para el descargo de acusados injustamente”. Para los alemanes en todos los casos se trata decisivamente de la defensa del principio de la proporcionalidad, en el que por un lado tiene importancia la *gravedad de la intervención* en el derecho general de la personalidad, pero por otro lado la “*concreta injusticia*” que el caso particular puede generar, hace inevitable la correspondiente ponderación de la prueba. También hay que considerar en la ponderación necesaria, si la grabación de audio respectiva se presenta para la convicción o para el descargo como *único medio de prueba*, y en qué medida los comentarios contenidos en la cinta son relevantes para el procedimiento correspondiente.⁵⁵

De esta manera, la jurisprudencia del tribunal constitucional de la República Federal establece que “el individuo no tiene el derecho, en el sentido de un dominio absoluto e ilimitado, acerca de ‘sus’ datos”, ya que debe “aceptar las limitaciones de su derecho a una autodeterminación informativa en beneficio del interés preponderantemente común”, bajo observación del principio de la proporcionalidad. Un *interés general preponderante* sólo podría existir regularmente “en datos con referencia social, excluyendo las declaraciones íntimas de autoincriminación no exigibles”. Las declaraciones deberán ser adecuadas y “limitadas a la finalidad determinada judicialmente”.⁵⁶

Estas diversas ponderaciones que entran en juego para determinar cuándo y bajo qué condiciones puede una prueba ilícita ser valorada en Alemania, han motivado que algunos la denominen como la *teoría alemana del entorno jurídico*⁵⁷. Aún cuando esta teoría ha sentado su carta de aceptación en la jurisprudencia alemana, es importante señalar que la misma no opera en todos los casos en este país, pues la ponderación que se hace de las circunstancias específicas hace que sólo funcione en situaciones excepcionales, lo que hace difícil su aplicación y extensión como regla de oro para todos los eventos. Esto es correcto, pues como hemos establecido desde un principio, se trata sólo de establecer excepciones especiales y no de suprimir la regla general de inadmisión de pruebas ilícitas.

⁵⁴ Ibidem, pp.73 y 74

⁵⁵ Ibidem, pp.75 y 76

⁵⁶ Ibidem, p.78

⁵⁷ Serge Jiménez, Claudia Helena, *La prueba ilícita y las causales de ausencia de responsabilidad penal*, en Revista de la Universidad Cooperativa de Colombia, Medellín, No.83, octubre de 2003, pp.103-104

4. Resolución del tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) sobre la prueba ilícita y su valoración en el proceso

Además de la jurisprudencia de los tribunales nacionales que hemos examinado en los apartados anteriores (Estados Unidos, España y Alemania), la cual ha tenido su origen en juicios penales desahogados en esos países, existe un precedente jurisprudencial en materia de derecho internacional de los derechos humanos que versa sobre la inadmisibilidad o no de pruebas ilícitas y que por su importancia vale la pena exponer a continuación.

La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en su conocida sentencia de 12 de Julio de 1988, *caso Schenk versus Suiza*⁵⁸, abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho a un proceso justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual "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 fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella(...)".

En concreto, en este caso la CEDH debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según la legislación del Estado suizo demandado. es importante señalar que en este juicio se descartó como principio general que la Corte Europea pueda excluir que se admita una prueba conseguida ilegalmente, toda vez que sólo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. En esencia se resolvió que la simple admisión de una prueba obtenida ilegalmente no determina una vulneración del derecho a un proceso justo (art. 6.1 Convención Europea), sino que para decidir sobre la eventual violación de las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho había que examinar el proceso penal en su conjunto.⁵⁹

La determinación del alcance de la doctrina establecida por la CEDH exige, como paso previo, detenernos aunque sea sucintamente, en el examen de los hechos sometidos a su conocimiento. La historia de los hechos expuesta con detalle en la propia sentencia dictada por el Tribunal Europeo, era en líneas generales la siguiente: el señor Schenk, ciudadano suizo, contrató los servicios de una agencia de publicidad para que se publicase en la prensa un anuncio solicitando los servicios de un ex legionario o individuo de características análogas para unos 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 contacto con la señora Schenk confesándole que su marido le había encargado que la matara. Después de considerar la posibilidad de matar al señor Schenk o de hacerle creer que su mujer había muerto para poder así cobrar el precio, ambos se dirigieron al Juez de instrucción narrándole los hechos anteriormente descritos, lo que motivó que se iniciara la oportuna investigación policial por tentativa de homicidio. Mientras tenía lugar

⁵⁸ La sentencia puede consultarse en la siguiente dirección electrónica de la propia CEDH: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695449&portal=hbkmsource=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

⁵⁹ Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, J.M.Bosch Editor, p.56

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 reclusión. Para fundamentar dicha condena el Tribunal tuvo en cuenta el contenido de la conversación telefónica previamente grabada por el señor Pauty, una vez descartada, mediante prueba pericial, su manipulación. La condena fue confirmada por el Tribunal Federal Suizo.⁶⁰

En su demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, el señor Schenk alegó que el registro de la conversación telefónica y su uso como medio de prueba habían infringido su derecho a un proceso justo al tratarse de una grabación ilegal realizada sin la preceptiva autorización judicial. El mismo gobierno Suizo, al igual que los tribunales suizos que habían conocido el caso, reconocieron que la grabación telefónica se había conseguido ilegalmente, aunque estimaban que ello no era obstáculo para su admisión como prueba en el proceso. El Tribunal Federal Suizo (sección de casación penal) incluso admitió que en la grabación litigiosa se daban los elementos que integraban el delito previsto en el artículo 179 ter del Código Penal que castiga al que "sin el consentimiento de los demás interlocutores, registrare en un aparato a este respecto una conversación privada en la que tomara parte", a pesar de lo cual, concluía, que "el interés público en descubrir la verdad de un delito sobre la muerte de una persona debía prevalecer sobre el interés de Schenk en mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad".⁶¹

La CEDH desestimó los alegatos del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal como prueba de convicción no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio. En el primer fundamento de Derecho razona que aunque " el convenio garantiza en su artículo 6.º el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno. El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir el principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo." También se estimó importante que el registro de la conversación telefónica no fuera la única prueba en que se fundó la condena.⁶²

IV. CONCLUSIÓN

Después de examinar las diferentes respuestas que han dados los tribunales de otros países y la CEDH al problema de las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, parece sorprendente la negativa de la mayoría de los ministros de la SCJN para rechazar la grabación entre el gobernador Marín y el empresario Kamel Nacif, misma que constituía una pieza fundamental para acreditar la posible y grave violación de garantías individuales en perjuicio de Lydia Cacho.

⁶⁰ Ibidem, pp.56-57

⁶¹ Ibidem, op.cit., p.57

⁶² Miranda, op.cit., pp.57-58

Esta decisión de la mayoría de ministros tuvo una significación jurídica de la mayor importancia: supuso un serio obstáculo en México para abrir el debate sobre las posibilidades de admitir las pruebas ilícitas en casos especiales y necesarios, cuando esto sea indispensable para la protección de los derechos fundamentales o pueda vulnerar el derecho básico de allegarse de los medios pertinentes de prueba con las limitantes que ya hemos comentado más arriba. Si la posibilidad de aceptar este tipo de pruebas se cierra en aquellos casos en que sea necesario para asegurar los derechos básicos de los ciudadanos, se estarán quebrantando los principios esenciales de la justicia y se sembrarán las bases para la impunidad en cierto tipo de casos, pues diversas infracciones a la ley quedarían sin sanción aún cuando existan las pruebas para ello.

Hay quienes quisieran alegar que de la decisión de la SCJN en este caso no tenía ninguna repercusión sobre la posible impunidad de quienes hubiesen atentado contra los derechos fundamentales de Lydia Cacho o de los menores agraviados por las redes de pederastia que denunciaba la periodista, pues la facultad de investigación no es un proceso judicial y no permite establecer penas para sancionar delitos. Sin embargo, por su naturaleza la facultad de investigación permite a la Corte rendir un informe no vinculatorio sobre la posible violación de garantías individuales y su gravedad. Este informe hubiese tenido el mayor impacto social y además hubiese devuelto a los poderes legislativo federal y estatal de Puebla, la responsabilidad de sancionar las infracciones en que hubiesen incurrido los servidores públicos correspondientes. Sin embargo, la decisión de la mayoría de ministros la SCJN, no sólo no devolvía al poder legislativo la responsabilidad de establecer las sanciones correspondientes mediante los juicios políticos respectivos, sino que además asumía en su totalidad la responsabilidad de la decisión. Es como si el Congreso de la Unión le hubiese enviado una bomba que la SCJN hubiese cuidado hasta que le estallara en las manos. En este sentido, no hay que perder de vista que la facultad de investigación además de ser un procedimiento no jurisdiccional de protección de garantías individuales, es un procedimiento de defensa de tales garantías que supone la colaboración de poderes en casos especiales y de gravedad nacional.

Desde luego que las excepciones a la regla de exclusión no pueden ser irrestrictas pues esto supondría atentar contra el derecho al debido proceso legal, mismo que es primordial en cualquier sociedad que proteja las libertades esenciales. Sin embargo, las excepciones pueden operar en casos excepcionales y precisamente cuando los principios y derechos básicos de la democracia liberal son puestos en riesgo. Algunas de las excepciones posibles ya han quedado señaladas en las páginas anteriores.

Ahora bien, la posibilidad judicial de la SCJN para admitir pruebas ilícitas en aquellos casos en que se justificara, no se construía sobre el vacío. Como hemos visto los tribunales de otros países y la CEDH ya habían sentado precedentes relevantes o jurisprudencia sobre esta materia. Esta construcción jurisprudencial va desde las diversas excepciones a la teoría del árbol de los frutos envenenados desarrollada por la jurisprudencia en los Estados Unidos, hasta las teorías de la desconexión de antijuridicidad en España, la teoría de las tres esferas en Alemania, o la teoría de la valoración integral del proceso de la Corte Europea de Derechos Humanos. Todos estos precedentes o jurisprudencias plantean la necesidad de ponderar las pruebas en el contexto particular en el que se encontraban, pues no hacerlo hubiese implicado dejar sin sanción diversas infracciones a la ley.

En consonancia con la jurisprudencia desarrollada por el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos, la SCJN pudo haber construido su propia reflexión sobre las excepciones a la regla de exclusión o, cuando menos, haber seguido en líneas generales alguno de los precedentes jurisprudenciales de los tribunales antes señalados. Sin embargo, no hizo ninguna de las dos cosas con lo que asumió una posición inflexible y rígida en lo relativo a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, inflexibilidad que se encuentra ampliamente superada en la práctica judicial de diversos tribunales nacionales e internacionales, como espero haberlo demostrado.

V. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Carbonell, Miguel, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez (Compiladores), *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, México, Porrúa, 2004.
- Carpizo, Jorge, Nuevas Reflexiones sobre la Función de Investigación de la Suprema Corte de Justicia a 33 años de distancia, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 13, julio-diciembre de 2005, México, UNAM-III. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/ard/ard1.html>
- Garapón, Antoine, *Juez y Democracia*, España, Flor del Viento Editores, 1997.
- González Montes, José Luis, *La prueba ilícita*, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, España, No.54, 2006.
- González Montes, José Luis, *Nuevas reflexiones entorno a la prueba ilícita*, en *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Año I, Octubre-Marzo de 1993-94, Número 2.
- Jiménez, Sergio, Claudia Helena, *La prueba ilícita y las causales de ausencia de responsabilidad penal*, en *Revista de la Universidad Cooperativa de Colombia*, Medellín, No.83, octubre de 2003.
- Karl Heinz Gössel, *La prueba ilícita*, en *Revista de Derecho Penal (2001-1). Garantías Constitucionales y nulidades procesales-I*, Director Edgardo Alberto Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editorers, 2001.
- Martínez García, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Valencia. España, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2003.
- Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, J.M.Bosch Editor.
- Rentería Arróyave, Teodoro, *Observador Ciudadano*, <http://observadorteor.blogspot.com/2008/01/informe-anualizado-por-teodoro-rentera.html>
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México.

Otras fuentes

Código Penal del estado de Puebla

La Jornada, <http://www.jornada.unam.mx/2006/02/14/005n1pol.php>

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada martes 27 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/BAAFF0C2-4101-4B50-B740-9D1D5C6C6635/0/PL20071127.pdf>

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada lunes 26 de noviembre de dos mil siete, en <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/EB300579-DC47-49AA-9CCC-4E5B1AC0F1F2/0/PL20071126.pdf>

Corte Europea de Derechos Humanos <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695449&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>