

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

32  
2es.

CLAVE 879309

**“EL ESPIONAJE TELEFONICO UNA FACULTAD  
DE INVESTIGACION O UN ABUSO  
DEL PODER”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

**EGIPTO RAUL MOSQUEDA ANDRADE**

2647711

CELAYA, GTO.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

MAYO DE 1998



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Este trabajo se lo dedico:

A Dios:

Por haberme permitido alcanzar una de mis metas trazadas en mi vida, a quien doy gracias por tantas bendiciones recibidas;

A mis padres:

A mi papá, Ingeniero Raúl Mosqueda Moreno, ejemplo del hombre fuerte, audaz e inteligente que ha estado conmigo en todos los momentos de mi vida, dirigiendo mis pasos y que ahora podrá constatar que su esfuerzo no fue en vano;

A mi mamá Ma. Elena Andrade Espinoza, que gracias a su apoyo y sabios consejos hizo de mi un hombre de bien;

A mis hermanos:

Paty, Luis, Gela e Iván, por toda la ayuda en los momentos difíciles de mi carrera;

A mi esposa:

Marthita, con cariño y amor, por la fortaleza y paciencia de soportar esos días difíciles y alegres de mi vida estudiantil, por los días que faltán por compartir a su lado y quiera Dios que sean cada vez mejor;

A mi hijo:

Raúl Enrique (Mickey), que se inicia en la ardua tarea del estudio para él, con especial cariño por que es mi razón de vivir y el motivo de mi perseverancia, gracias Dios por darme un hijo como él;

A mis suegros:

Por la ayuda incondicional que me han brindado y, que estoy seguro que el día de mañana sera motivo de orgullo y satisfacción para ustedes:

A mis compañeros:

Por todas las experiencias compartidas en estos cinco años en nuestra facultad de Derecho y, por las que faltán por compartir en nuestra vida profesional;

A mis maestros:

Dedico este trabajo como modesto homenaje a mis catedraticos quienes compartieron conmigo sus conocimientos para forjar de mi un profesionista.

# INDICE

## INTRODUCCIÓN

### CAPITULO I.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO PENAL.

1.- El bien jurídico y la Constitución.....	1
2.- Los principios del bien jurídico.....	6
3.- El Estado como titular del bien jurídico.....	10
4.- La sociedad y el individuo como titulares del bien jurídico.....	14

### CAPITULO II.- DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA INFORMATICA.

1.- Ciencia y tecnología en el derecho.....	19
2.- El derecho a la intimidad como estructura jurídica.....	25
3.- El derecho a la información.....	29
4.- La regulación del derecho a la intimidad e informática.....	33

### CAPITULO III.- LA INFORMACIÓN DEL ESPIONAJE TELEFONICO COMO PRUEBA.

1.- Prueba y medios de prueba.....	39
2.- Principios de la prueba.....	45
3.- Valoración de la prueba.....	49
4.- El espionaje telefónico como prueba.....	52

### CAPITULO IV.- LA PROBLEMÁTICA DEL ESPIONAJE TELEFONICO.

1.- Concepto y funciones del espionaje telefónico.....	58
2.- El espionaje telefónico frente al crimen organizado.....	61
3.- Necesidad de una regulación constitucional del espionaje telefónico.....	66
4.- Derechos humanos, leyes penales e investigación del delito.....	73

CONCLUSIONES.....	80
-------------------	----

PROPUESTA.....	89
----------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	92
-------------------	----

## INTRODUCCIÓN

Las más recientes reformas constitucionales autorizan o legitiman la práctica de lo que hasta ahora conocíamos con coloquial nombre del "espionaje telefónico". Pero la gran interrogante es ¿ El legislador obedeció a una necesidad social, o bien, busco un instrumento legal que ayudara al combate contra el crimen organizado o, simplemente, obedeció a la moda ?.

En efecto, para desentrañar esos supuestos decidí dividir mi trabajo de Titulación en cuatro capítulos, tomando como base las notas más distintivas y que a la vez, brindan un panorama más completo del tema desde un punto de vista sustantivo como procesal.

De este modo en el primer capítulo, lo denomine "El bien jurídico tutelado en el Derecho Penal", por que a través de él habremos de analizar un hecho significativo, es decir, la creación de una norma penal ha de tener, por supuesto, una objetividad tutelada, dicho de otra manera, ha de contar con un "bien" a proteger, a resguardar. Y aquí bajo este título, vemos también quienes son los titulares del bien jurídico, los principios que lo conforman y si el Estado o la Sociedad pueden refutarse al igual como titulares de esos bienes.

Mientras que, en el capítulo segundo el tema de estudio se centra ya en determinar si el reconocimiento legal del "espionaje telefónico" a la postre llamado "intervención telefónica", es de suyo una vulneración o intromisión en la intimidad de la persona o en su defecto, una necesidad de "saber" por parte del Estado, discutimos también, la diferencia sustancial entre el "derecho de la información" frente al "derecho a la información"; y por otro lado, lo que hasta ahora el Estado ha hecho como tal para regular esas conductas que agreden, en veces, esa parte oculta de la personalidad del sujeto, esas son las razones por las que llamé a esta parte del trabajo "Derecho a la Intimidad y a la Informática".

En el tercer capítulo que llamé "El espionaje telefónico" quise utilizar ese término de "espionaje" -aunque la ley lo nombre ya "intervención"-

**SUMARIO:** 1. El bien jurídico y la Constitución 2. Los principios del bien jurídico. 3. El Estado como titular del bien jurídico. 4. La sociedad y el individuo como titulares del bien jurídico.

## **1. EL BIEN JURÍDICO Y LA CONSTITUCIÓN.**

Todo Estado democrático y de Derecho establece una serie de principios constitucionales que le dan o le pueden dar contenido a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Se deben distinguir, entonces, dos cuestiones distintas: la primera, consiste en si *el contenido de los bienes jurídicos* se extrae o se debe de extraer de la Constitución; o sí, por el contrario, de la Constitución solamente se deben extraer *los límites para el ejercicio del ius puniendi*, esto, es, límites al ius puniendi a través de los derechos fundamentales o garantías individuales.

Existen principios y valores jurídicos que se encuentran regulados en las Constituciones, y que para algunos autores, por el solo hecho de estar previstos en ellas, se le debe considerar como intereses fundamentales para la vida social, a través de los cuales se deben proyectar los demás intereses que se deban proteger. Ahora bien, el que determinados valores o intereses estén previstos en las Constituciones implica definitivamente cuestionarse si por tal motivo deben ser considerados, sin más, bienes jurídicos dignos de tutela penal, o simplemente deben ser considerados como límites al *ius puniendi*, que limitan tanto al legislador como el juzgador, al primero, al crear la ley; y al segundo, al aplicarla; porque así lo establece la norma jurídica suprema de toda sociedad de régimen constitucional.

Con una vinculación trascendente respecto de estos puntos, se cuestiona también si existen obligaciones constitucionales para penalizar los comportamientos que lesionan determinados bienes jurídicos. Para estar en aptitud de resolver estas cuestiones se considera oportuno abordar antes, pero brevemente, cuáles son las funciones de toda Constitución, sobre todo, porque será la materia en la que habrá de trabajar el jurista.

"Entre otras funciones, la Constitución establece los instrumentos fundamentales del ejercicio del poder político, así como los límites que los poderes políticos deben respetar en el ejercicio de sus funciones. Impone así la Constitución el respeto a los derechos ajenos a través de los principios fundamentales y de las leyes orgánicas. En términos generales, son varias las funciones que corresponden a toda Constitución" (1).

Así, cuando los comportamientos vulneran las leyes penales, a estas les compete el deber de sancionar penalmente tales vulneraciones; y ello exige una ponderación entre los intereses o valores protegidos penalmente y los derechos fundamentales. De esta manera, al legislador le corresponde entrar a una doble esfera de valoración y de protección: esto es por un lado, debe valorar los intereses y valores protegidos por el Derecho Penal; y por el otro, tiene que proteger los derechos fundamentales particulares en contra de la intervención punitiva del Estado, el cual mediante dicha intervención pretende proteger los bienes jurídicos tutelados, constituyéndose los derechos fundamentales en límites a la intervención estatal.

La doctrina penal ha puesto de relieve que los delitos relativos a los derechos y libertades fundamentales guardan relación con la Constitución. Sin embargo, son totalmente diferentes los delitos que atentan contra la Carta Magna de aquellos que atentan contra el sistema político constitucional como organización política de las altas instituciones del Estado, debiendo regularse separadamente.

Las Constituciones prevén tanto derechos fundamentales como valores constitucionales. A menudo estos derechos y valores se confunden con los bienes jurídicos, pues ambos tienen un carácter masivo y universal. Para llegar a diferenciar los derechos fundamentales y sus valores constitucionales es necesario referirlos a la función que cada uno de ellos tiene en su relación entre el ciudadano y el Estado, pues, como es sabido, tanto los derechos como los valores llegan a posibilitar exigencias del ciudadano frente al Estado.

"Los bienes jurídicos protegidos penalmente, en cambio, implican sólo una realidad social entre los sujetos entre sí y el Estado. Por ejemplo,

se dice que el derecho a la vida establecido en la Constitución no se debe confundir con el bien jurídico vida, pues el derecho constitucional a la vida implica solamente un reconocimiento de una exigencia del ciudadano frente al Estado, en cambio, el bien jurídico vida "plasma una realidad de realización de vida social" como una relación concreta con el Estado y con todos los demás sujetos dentro del sistema social" (2).

Se puede hablar en principio de dos grandes valores constitucionales, que las Constituciones por regla general consagran: la libertad, y la igualdad. Ahora bien, se plantea si estos valores constitucionales son traídos a la sociedad estatal consigo, por el hombre con su nacimiento -y por tal carácter resulta que son inviolables e inalienables dado su carácter natural- o si, por el contrario, son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación. Aquí reside, evidentemente, el problema cardinal de los valores constitucionales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional.

Los valores constitucionales tiene diferentes objetos y consecuencias en los derechos fundamentales de las personas y, viceversa, los derechos fundamentales tienen consecuencias en los valores constitucionales de las personas. Este es el caso de los valores constitucionales "libertad" e "igualdad". Así, respecto del derecho fundamental "libertad", su objeto se deduce de la preservación de las esferas individuales frente a posibles intervenciones estatales. Por otro lado, se puede decir que del valor libertad se extrae la no intervención estatal en contra de las personas, conteniendo un mandato a los poderes públicos y un derecho subjetivo para exigir su respeto ahí donde en una correcta relación jurídica hubiere sido violada. Por su parte, del valor igualdad, se deduce que el Ordenamiento Penal ha de asumir igualitariamente la tutela de bienes y derechos constitucionales fundamentales, reduciendo al máximo las áreas de intervención penal.

"Según esto, el papel del Estado derivado del sistema jurídico proveniente de la Constitución sería el del *night-watchman* (vigilante de noche) y no podría intervenir en beneficio de los derechos fundamentales de un individuo si para ello hubiera de sacrificar los de otro. Con ello se llegaría a hacer de los derechos fundamentales no el objeto de protección penal sino el límite del *ius*

*puniendi* en su ejercicio sancionario frente al ciudadano. Los derechos fundamentales, entonces, no pueden por sí solos dar contenido real al objeto de la tutela del Derecho Penal, pues o se identifica a los derechos fundamentales con derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico o bien con los valores constitucionales" (3).

De acuerdo con lo anterior puede haber bienes jurídicos que tengan una relación concreta con el Estado o los ciudadanos, pero no por ello deban ser como referencial derechos consagrados en las constituciones.

Esta cuestión radica en determinar si los bienes jurídicos de protección penal se deben extraer de la Constitución o no. Hay quien ha dicho que la Constitución es la fuente única de valores, a partir de los cuales se deben fundamentar y subsumir todos los demás valores recogidos en las leyes. Incluso se dice que si esos valores no están reconocidos por la Constitución no tendrían sustentación jurídica alguna. Según esto, sólo los valores o intereses obtenidos de ese texto deben ser recogidos como tales por las leyes, de lo contrario resultarán anticonstitucionales.

No obstante lo anterior, hay quienes consideran que el orden penal de los bienes jurídicos sí está fijado en la Constitución, pero a grandes rasgos y no en forma particular. Según esta posición, el orden penal de bienes jurídicos es un orden tutelar independiente que no debe mantenerse en forma causista en el marco de la Constitución; hasta tal punto que se desprenda un orden penal de bienes jurídicos constitucionales, aunque se acepte que deben ser considerados como una continuación y concreción del orden de valores jurídico-constitucionales.

Considero que no debe desconocerse que existen valores o intereses que las constituciones prevén, y que por tanto tengan que ser considerados bienes jurídicos merecedores de tutela penal, pero no por ello se deben extraer necesariamente de la Constitución. En este sentido considero válida la tesis de Binding en cuanto a que el legislador podrá darle protección jurídico-penal o no a los bienes jurídicos que considere conveniente, independientemente de si están o no previstos en la Constitución, al final de cuentas, la labor del juzgador penal es la de realizar un juicio de reproche.

Sin embargo, otro problema que se plantea es saber si existe una obligación constitucional para el legislador de proteger penalmente determinados bienes jurídicos en contra de ciertos comportamientos, cuando así lo exige la misma Constitución. Un sector muy importante de la doctrina penal ha negado esta posición; y por el contrario algunos Tribunales Constitucionales han señalado la obligación de utilizar la amenaza penal respecto de la realización de determinados comportamientos.

"En nuestro país, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos plantea un particular problema cuando establece en algunos artículos la obligación al legislador ordinario para imponer sanciones penales en la protección de determinados bienes jurídicos. Como se ve, la misma Constitución obliga al legislador a sancionar los comportamientos que lesionen determinados bienes jurídicos, como es el caso, de la correspondencia, a que se refiere el artículo 16 del propio texto constitucional. El problema que se plantea entonces, es el siguiente: dado que la correspondencia que circula en estafetas tiene un valor menor que otros bienes jurídicos -piensesé en la vida o la libertad de las personas- se plantea si en virtud de esta superioridad de valor de los bienes jurídicos se deriva la obligación constitucional para el legislador de proteger todos los bienes jurídicos que tengan un valor superior al que la misma Constitución obliga proteger" (4).

Considero que para decidir si existe o no la obligación constitucional de proteger bienes jurídicos, es conveniente atender a las funciones que toda Constitución de un Estado Social y Democrático de Derecho debe tener, tanto desde su perspectiva jurídica como política. Solamente una vez precisada su función se podrá decidir si la Constitución, vista como el Ordenamiento Jurídico Supremo que tiene el más alto nivel jurídico en todo Estado de Derecho, puede ser la plataforma de proyección de los bienes jurídicos que merezcan tutela penal; o de lo contrario, no serlo.

En el caso concreto de la Constitución Mexicana, creo que en la constitución -al tener la función de ser norma jurídica y no solamente política, consistente en ser ésta protectora de instituciones políticas del Estado- resulta que el legislador sí se ve obligado a proteger penalmente bienes jurídicos superiores a los que expresamente la Constitución lo obliga, pues de lo contrario no sería congruente con la norma jurídica. Ahora bien, no obstante lo anterior, es

también de tomarse en cuenta que no se debe proteger penalmente todos los bienes jurídicos contra cualquier ataque, sino, como lo establece el carácter fragmentario del Derecho Penal, solamente los más peligrosos podrán ser sancionados penalmente.

## 2. LOS PRINCIPIOS DEL BIEN JURÍDICO.

"Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el carácter fragmentario, el subsidiario y de *ultima ratio*, viene a establecer límites al derecho subjetivo de sancionar, en todo Estado que adopta un modelo democrático y social de Derecho" (5). Antes de desarrollar cada uno de estos principios, es conveniente destacar que aunque se puedan ver cada uno en forma independiente, los tres principios operan paralelamente y en conjunto, completándose uno a otro.

La necesidad del Derecho Penal en las sociedades actuales parte de la idea de que la humanidad, hasta este momento, no ha podido vivir sin las penas corporales como sanciones que regulan la vida social y jurídica para lograr la estabilización y la paz sociales. Parece que el hombre tiene marcado su destino en el sentido de tener que vivir y convivir con instrumentos penales y con las consecuencias de éstos. Hasta hoy no se vislumbra una alternativa distinta al proceso hecho de tener que marginar al hombre de la vida en sociedad cuando no respeta el orden jurídico.

"Desde esta perspectiva, se concibe el Derecho Penal como un instrumento creado y pactado por el hombre en sociedad que responde categóricamente contra aquellas conductas que ponen en peligro el orden y la tranquilidad social. La pena es utilizada como un instrumento que auxilia en el restablecimiento de la paz social. es un recurso no querido ni deseado, pero necesario e inevitable. Por ello hay quienes llegan a decir que es el último recurso o instancia para resolver las situaciones que ponen en peligro la tranquilidad de la vida social, para poder vivir en paz, en armonía y con los valores necesarios fundamentales que todo hombre necesita" (6).

En este orden de ideas, como ha señalado la doctrina

penal, el primer presupuesto funcional del Derecho Penal consiste en que el uso de la pena en toda sociedad es un "instrumento imprescindible" (un mal necesario). Ahora bien, por ser un instrumento necesario, se encuentra en su propio contenido la primera limitación al uso de la misma. Este límite consiste en el hecho de que si no es necesaria la pena no hay razón alguna -ni debe haberla- para utilizarla.

La fundamentación de los principios o caracteres del Derecho Penal fragmentario, del subsidiario, y de *última ratio*, se realiza a partir de la necesidad de protección de los bienes jurídicos penales, pues si no existe tal necesidad, sea por la razón que fuere, estos principios no tendrían sustentación alguna ni razón de ser aplicados. Es importante señalar que parte de la doctrina se refiere a estos principios, los cuales se aglutinan dentro de lo que se denomina *El principio de intervención mínima del Estado de Derecho*; principio que significa que el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo; esto es, se ocupa sólo de una parte, de fragmentos, pero además, sólo cuando no pueden quedar debidamente protegidos por otros mecanismos.

La doctrina ha señalado en reiteradas ocasiones que el Derecho Penal solamente debe otorgar protección a los bienes jurídicos y sólo contra determinadas agresiones configuradas de una específica manera.

La función que el Derecho Penal desempeña tiene la característica de que la misma se lleva a cabo a través de la amenaza y la aplicación de la pena y/o de la medida de seguridad. Son estos dos instrumentos, los que se identifican como los recursos más drásticos con que cuenta todo Ordenamiento Jurídico para proteger los valores más fundamentales del orden social contra los ataques que, desde el punto de vista, de la convivencia social, aparecen como más intolerables. No protege el Derecho Penal todos los bienes jurídicos, sino sólo los fundamentales o imprescindibles para la convivencia social.

"En un sistema penal dentro de un Estado democrático de Derecho, el carácter fragmentario significa que el Derecho Penal sólo debe sancionar algunas modalidades de ataques, o algunos específicos comportamientos ¿Cuáles? Solamente los más peligrosos y los más repudiados por la sociedad, en

orden a una significación ética que la comunidad tiene respecto de esos comportamientos" (7).

El límite material para el Derecho Penal se encuentra en que sólo debe sancionar lo que socialmente se considera necesario para la convivencia social, y por ello toma en cuenta no sólo el aspecto cualitativo de la necesidad de sancionar sino además el aspecto cuantitativo. Es de destacarse que el Derecho Penal no protege a los bienes jurídicos frente a cualquier clase de atentado, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables. De lo contrario, si se sancionara cualquier ataque, el Estado podría convertirse en un Estado Policial, corriéndose el riesgo de paralizar toda la actividad social; además de que los ciudadanos no podrían vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, provocando la consecuente inseguridad jurídica.

Es de destacarse también, que no se sanciona el ataque contra todos los bienes por igual, sino que se debe sancionar con distinta intensidad. Esta también es una característica del carácter fragmentario, que por lo demás puede llegar a establecer severas críticas desde el punto de vista de las diferentes reacciones que tiene según se trate de a quién pertenece el bien jurídico que se proteja. El Derecho Penal se caracteriza más por lo que no castiga que por lo que castiga.

Esto ha llevado a que la doctrina penal de los últimos tiempos haya transformado, consecuentemente, la concepción del bien jurídico en una teoría de la dañosidad social.

De que se diga que "no toda lesión de un bien jurídico exige una reacción mediante el Derecho Penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa. La pena cumple en este sentido una misión política de regulación activa de la vida social que asegura el funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos" (8).

Se dice que el Derecho Penal, debe ser considerado siempre como la *ultima ratio legis*. Por este término se entiende que debe ser el último recurso que el derecho debe tener para proteger el orden jurídico, es decir, antes de aplicar una pena se deben agotar otros medios jurídicos, cuando así sea

razonable, para la protección de los bienes jurídicos; y solamente cuando éstos fallan, se podrá entonces acudir a la pena, al Derecho Penal como la última instancia protectora de los mismos.

“La fundamentación de este principio se encuentra en que debido a la dureza de los instrumentos a los que recurre (pena o medida de seguridad), se afecta uno de los valores más preciados del individuo que es la libertad, por ello se debe recurrir solamente en última instancia a la aplicación de estos instrumentos penales” (9).

Este principio establece una verdadera exigencia ética dirigida al legislador. Cuando éste no respeta el principio de recurrir al Derecho Penal como última instancia -es decir, cuando no recurre antes a otros medios jurídicos menos duros y lesivos, pero igualmente eficaces para la protección de los bienes jurídicos, y en su lugar ordena la aplicación de sanciones criminales por hecho que bien pueden ser sancionados con instrumentos legales menos duros para lograr la paz y la tranquilidad social, en múltiples ocasiones se le acusa como el causante de una recusable hipertrofia del Derecho. Se le acusa también, de que no sólo utilizó el Derecho Penal abusivamente con fines políticos que no debió usar, sino además, se dice que ha desencadenado el terror penal, creador de una notable inseguridad jurídica que toda sociedad desea no tener

Se dice además, que el Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria; esto significa que en donde basten otros medios jurídicos como la aplicación de sanciones del Derecho Civil o del Derecho Administrativo, o de otras ramas jurídicas, ha de retraerse el Derecho Penal secundaria o subsidiariamente.

Los orígenes del carácter subsidiario se remontan a Rousseau cuando afirmaba que “las leyes criminales más bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás” (10). Pero la consideración de su carácter subsidiario radica más bien en la diferenciación que se pueda hacer de las conductas antinormativas y de su tratamiento jurídico.

Es indiscutible que en ocasiones el Derecho aparece no como un recurso subsidiario, ni siquiera como la *ultima ratio* ante el fenómeno antinormativo, sino como el primer instrumento al que recurre, como cuando sucede

en la protección de la vida. En este sentido se habla no de un Derecho Penal como último recurso, o con un carácter subsidiario, sino que se convierte en el primero en ser llamado para intervenir.

Es por ello que la doctrina ha señalado que el reconocimiento del carácter subsidiario del Derecho Penal comporta inequívocamente *"la ineludible apreciación de la mayor gravedad material, que no sólo puramente formal, del Derecho Penal respecto del Derecho sancionador en general"* (11).

De ahí que el legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir, el castigar como delitos conductas cuya relevancia ética social o cultural (política criminal) sea escasa. Si bien es cierto que el Derecho Penal es una rama accesorio del derecho, como señala Jescheck, debe interpretarse como si "el Derecho Penal sólo añadiera su carácter prohibitivo a un ordenamiento jurídico previamente creado e imaginado como permiso" (12).

Es inadmisibles un Derecho Penal que pretenda imponer órdenes éticos que no sean las inevitablemente derivada de los bienes jurídicos. La realización de fines trascendentales no compete al Derecho Penal, ni tampoco puede éste buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos. Tampoco puede constituirse en un factor de estandarización ideológica, ni en instrumento de eliminación de la discordia. Un Derecho Penal que sea sólo punitivo, que sea mera reacción negativa frente a la violación del orden social, no responde a las actuales necesidades de la sociedad; responde, si acaso, tan sólo a los postulados del Estado Liberal, que impone a sus ciudadanos lo que no deben hacer y no lo que han de hacer.

### **3.- EL ESTADO COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO.**

"Para llegar a la fundamentación del Estado como titular de los bienes jurídicos, es conveniente hacer un análisis histórico de cómo se fueron

dando estas ideas. En primer lugar, cabe señalar que Liszt dividió la comunidad, al igual que Ihering, en Estado y Sociedad, estableciendo una clasificación de los titulares de los bienes jurídicos en tres divisiones: individuo, sociedad y Estado; pero pronto renunció a elevar a la sociedad como sujeto de interés autónomo, y colocó los intereses del individuo de frente a los del Estado, con lo cual, para Liszt, los bienes jurídicos de la sociedad predominan junto con los del individuo sobre el Estado" (13).

Se dice que el Estado moderno está formado siempre por personas que se dirigen a gobernar individuos, y todas sus dependencias se dirigen al logro del bien común y de la justicia social, cuyas acciones se encaminan a beneficiar a las personas concretas e individuales. Como persona jurídica que es el Estado es, y como fenómeno asociativo, se propone y lucha por fines comunes junto con otras personas. Es el orden jurídico positivo el que les da personalidad, y como tal se debe referir, al igual que a todas las personas jurídicas a cumplir finalidades de las personas individuales.

El Derecho existe para la persona individual en sus más altos ideales, y para ayudarle a conseguir sus más altos fines; no para ayudarle a conseguir fines bastardos o injustos mediante los cuales trate de dominar a los demás o de estorbar a su vez la realización personal de sus iguales.

A continuación se analizan algunas ideas aportadas por los Iluministas en relación con la evolución del objeto de protección del Derecho Penal.

a) En primer lugar, Pufendorf cuestionaba cuál era el método científico natural que investiga la índole del Estado, por el cual se analice el poder y el Derecho de los que mandan y la obligación de quienes deben obedecer.

A este respecto, decía Grocio que el Estado, entendido como un contrato social en el que los hombres les interesa la sociabilidad, no se puede extraer ninguna consecuencia para el Derecho Penal, pues de esa concepción se desprende que podrían castigarse todas las infracciones que mediata e inmediatamente se refieren a la sociedad humana o a otro ser humano, sin que el delito dependiera necesariamente de la separación de un daño concreto.

b) Por otra parte, Tomas Hobbes decía que la sociedad y el Estado no son desarrollo de la esencia del hombre sino medios (artificiales) para asegurar la paz y el orden en la vida en común, imposibles sin represión de las cualidades humanas por un fuerte e ilimitado poder estatal que asegura un estado de orden en el fin al que sirve el Estado y también el orden jurídico, es la paz general y la protección de todos contra todos, por eso hay que otorgar obediencia a los mandatos del Estado. Y Derecho vigente es sólo lo creado por el poder estatal, fuera del Estado no hay un orden jurídico ni justo ni injusto.

c) Para Samuel Puffendor, el Derecho Natural lo concibe con una mayor significación en el Contrato Social. No es expresamente individualista, sino que se haya constituido por un sistema de deberes relativos a la comunidad, sin ser derechos individuales. Las leyes naturales son las leyes de la sociabilidad que enseñan como deben comportarse cada uno correctamente como miembros de la comunidad humana.

d) Y Thomasius señala que, el Derecho en la sociedad es un producto final individualista y racional, fundado en el interés de los individuos por individuos y el Derecho Natural solo puede partir del individuo en lugar del orden (de deberes) comunitario objetivo, aparece el derecho subjetivo (el ius como pretensión) del individuo queda a la persona la pretensión a una conducta de los demás hombres con los que vive en sociedad. De este modo se subjetiviza el concepto de Derecho.

e) Cristian Wolff por su parte, estableció que los deberes del hombre como individuo surgen como tales frente a otros y no de una unión originaria condicionados por el hecho de que el individuo precisa de la ayuda de otros individuos para su perfeccionamiento; de modo que el deber de autoperfección es decir, los deberes del hombre hacia los demás son una misma cosa con los deberes hacia si mismos.

El papel principal de las normas es actuar como fundamento del deber de actuar u omitir de personas físicas; establece un deber jurídico de obediencia, pero sólo obligando a los capacitados de producir acciones para satisfacer los requerimientos provenientes de la norma, bien produciendo u omitiendo conductas.

El Estado, para preservar y encauzar la vida comunitaria, establece ciertos intereses, aunque Binding rechaza el término, que denomina bienes jurídicos, asignándoles la categoría de derechos. Su protección, consecuentemente, motiva la actividad del legislador, quien establece los mecanismos adecuados para que no sean afectados.

Por su parte, las normas pueden declarar inviolable un bien y proteger a quien lo detenta, relacionándose de esta suerte con los bienes jurídicos. En los delitos de lesión, la desobediencia produce un resultado que altera el orden de las cosas establecidas, y en los de peligro, la desobediencia constituye una posibilidad de lesión. Binding se inclina a usar el término "bien jurídico" porque estima que representa mejor el contenido del núcleo a proteger por el Estado.

Es su actividad valorativa de las conductas de los miembros del grupo social, el Estado revisa cuidadosamente las que deben ser reprimidas, debido a su naturaleza perjudicial para el Derecho, o por lo contrario, ordena el cumplimiento de otras indispensables para la preservación de los bienes jurídicos.

Si la ley tuviera la naturaleza del imperativo, habría que definir el destinatario de la orden. Si es el criminal, el delincuente que la viola, se estaría frente a la imposición del deber jurídico de aceptar la pena. Difícilmente podría decirse que el destinatario pudiera ser el juez encargado de ejecutar la pena, dice Binding "que si lo fueran, en caso de que se dejara de aplicar el derecho las leyes penales no serían realmente obligatorias" (14).

Por conclusión, queda como destinatario de la ley penal el Estado en su carácter de legislador, quien puede, conforme a su misma estructura de derecho, establecer principios que lo regulen y lo auto-obliguen.

Vaiga en punto de comparación análoga de la diferencia entre lo que es la acción penal y la pretensión punitiva; la primera, convierte al juzgador como órgano jurisdiccional en el sujeto pasivo de la acción, mientras que, el indiciado, ha de convertirse, en el sujeto pasivo pero de la pretensión punitiva del Fiscal. Así ocurre, con la ley penal, el destinatario lo es el Estado mediante múltiples instituciones.

#### 4.- LA SOCIEDAD Y EL INDIVIDUO COMO TITULARES DEL BIEN JURÍDICO.

Hasta hace algún tiempo parecía haberse alcanzado punto definitivo sobre la cuestión del bien jurídico en el derecho penal. Por lo menos, los términos del problema parecían seguros. No parecía problemática la distinción tradicional entre la dos funciones asignadas al concepto de bien jurídico, a saber: una función inmanente al sistema del derecho penal positivo y una función extrasistemática.

"La primera función obedece a la interpretación teleológica de las normas penales y a su construcción sistemática. La consecuencia dogmática principal de este uso intrasistemática del concepto de bien jurídico es la duplicación de la antijuridicidad: antijuridicidad formal, que es la violación de la norma social o jurídica correspondiente al tipo delictivo (Binding); y la antijuridicidad material, que es la lesión o puesta en peligro del interés protegido por la norma. Hay responsabilidad penal sólo si se realizan ambas formas de antijuridicidad. Sin embargo, la antijuridicidad material está condicionada a la existencia de la antijuridicidad formal" (15).

Junto a esta función intrasistemática y con una pretendida independencia de ésta, se construye una función extrasistemática de concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal. No existe una correlación necesaria entre antijuridicidad material considerada a la luz del uso extrasistemático del bien jurídico y la antijuridicidad formal (intrasistemática) de un comportamiento. Es decir, se admite que el legislador penal pueda separarse de ella por defecto o por exceso; dejar de tutelar intereses merecedores de ella, considerados vitales para la sociedad o tutelar intereses que no lo merecen.

El concepto intrasistemático de bien jurídico es generalmente utilizado por el legislador mismo en el articulado de la "Parte Especial" del Código Penal y en la intitulación con base en el objeto a proteger. Igualmente es en la "parte general" de ese ordenamiento legal, donde el concepto de bien jurídico es usado por el legislador en sus propias elaboraciones técnico-

jurídicas.

No se trata siempre, entonces, en la función extrasistemática del bien jurídico, de definiciones "tácitas" del legislador y tampoco de meras construcciones doctrinarias, sino frecuentemente de enunciados legislativos que designan los objetos de la tutela prestada por la normas penales y que deben ser empleada por la doctrina y la jurisprudencia.

En este trabajo no es posible analizar las variantes y los diversos presupuestos que se encuentran en la historia más que centenaria de los usos de "bien jurídico", o de expresiones equivalentes en las dos funciones arriba mencionadas. La literatura al respecto abunda en análisis históricos, y a ella nos remitimos. Me limitaré a indicar una alternativa entre dos líneas de tendencia que comienzan a perfilarse desde los orígenes de las teorías del bien jurídico.

Podemos denominar "Teorías del bien jurídico en sentido lato" a las teorías promocionales, y "Teorías del bien jurídico en sentido estricto" a las teorías defensivas. Sin embargo, esta distinción, como se verá mejor más adelante, se ha vuelto cada vez menos precisa y ha perdido relevancia práctica, en la medida en que la tutela penal se ha extendido de los intereses individuales y circunstancias, hacia áreas de intereses generales y difusos.

Igualmente, la distinción entre teorías extrasistemáticas no es tan precisa para un análisis más riguroso. Esta distinción clasifica los discursos según las intenciones de los autores, pero no es del todo apropiada para clasificarlas según las premisas epistemológicas y los contenidos. Esto sería posible sólo si la diferencia extrasistemática de áreas de intereses dignos de tutela fuese realmente independiente de la definición intrasistemática tanto respecto a las premisas epistemológicas como a los contenidos y si, viceversa, el criterio del bien jurídico utilizado en las operaciones exegéticas y sistemáticas sobre las normas existentes fuese realmente independiente de las valoraciones político y criminales dirigidas a lo que debería ser tutelado por las normas penales.

La legitimación de ciertos objetos de tutela y no de otros, con base en su "relevancia penal", deja abierto el problema de la legitimación del Derecho Penal basado en su cualidad instrumental. Por más que sea laudable

cualquier operación teórica y política dirigida a reducir cuantitativamente los sistemas penales y a contener su tendencia expansiva, el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cualitativos de dicha operación.

"Bienes constitucionalmente relevantes como la libertad, la integridad personal, el honor, la salud, o el funcionamiento de los órganos del Estado y de las instituciones públicas con objeto de tutela por parte de prácticamente todas las ramas de derecho. Realmente la "fragmentariedad" de las áreas de tutela en cada rama del derecho dependen no tanto de la naturaleza de los bienes como de la estructura de las diversas situaciones que le son perjudiciales y de la que se "hacen cargo" las diversas ramas del derecho, concurriendo y en parte sobreponiéndose entre ellas, con las propias y específicas técnicas de tutela. Por esto, la cuestión de los contenidos de la tutela colocada en término de la cualidad intrínseca de los bienes jurídicos es al fin y al cabo una cuestión imposible de resolver y por lo tanto vana" (16).

Como hubo de observarse precedentemente, la distinción entre concepción defensiva y concepción promocional del bien jurídico ha perdido en buena parte su significado. Esto se debe, como quedó señalado, a la expansión del área de la tutela penal hacia intereses difusos o selectivos (el ambiente, la salud, los intereses del consumidor, el orden público, etc.) y hacia funciones de la administración pública (como el sistema monetario, el sistema de la economía, la actividad del Estado como monopolista del mercado de cambios, etc.). La estructura misma de estos bienes jurídicos hace que en relación con éstos, el concepto estático, defensivo, de los bienes jurídicos, no se pueda seguir distinguiendo claramente del concepto dinámico, promocional.

El sentido que Derecho Penal da a la pena, es el de proteger bienes jurídicos, de tal manera que tenga el carácter delimitador del mínimo ético-social necesario para proteger a la sociedad. En la mayoría de las definiciones teóricas del Derecho Penal, se encuentra como objetivo del Derecho Penal la protección de la sociedad, de tal manera que quien detente la potestad punitiva debe usar la misma con el objetivo de emplearla para ese fin.

El problema que se plantea es que la protección de la

sociedad supone múltiples interpretaciones, lo que obliga a determinar realmente que es lo que significan "la protección de la sociedad" y "la protección de los individuos". Sólo así se podría entender porqué se dice que la sociedad es titular de los bienes jurídicos que le pertenecen, de los bienes jurídicos de los que son titulares los individuos o el Estado.

"La Teoría del Bien Jurídico distingue entre bienes jurídicos individuales (como la vida, libertad, salud, propiedad) y bienes jurídicos universales o colectivos (como seguridad del Estado, administración de justicia, orden económico, seguridad del tráfico, etc.) Sin embargo, la función de esta distinción según un sector de la doctrina, sólo sirve para responder a la pregunta de si es una persona, y cuál, puede consentir válidamente en la lesión del bien jurídico, así como también si puede válidamente defenderse de una agresión contra su bien jurídico; pues tanto el consentimiento como la legítima defensa suponen que el bien jurídico afectado en cada caso pertenece al que consiente o se defiende, es decir, que se trata de un bien jurídico individual, pero no de uno colectivo" (17).

Para establecer la diferencia entre los titulares de los bienes jurídicos, es necesario referirse al tema del interés. Sólo así se podrá decir que dependiendo de quién tenga interés en la protección de un bien jurídico podrá ser o no titular del mismo. Por regla general, se dice que respecto a la integridad física quien tiene interés es el propio individuo; en cambio en la salubridad de alimento y substancia médicas, quien tiene interés es la comunidad total.

Muñoz Conde señala que los delitos que afectan a la comunidad en cuanto al orden social -a los que considera delitos contra los valores sociales suprazetatales- son delitos independientes de la organización como Estado.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) González Salas Campos, Raúl. *"La teoría del bien jurídico en el derecho penal"* Perezniето Editores, México. 1995, pág. 36
- (2) Bustos Ramírez, Juan. *"Los bienes jurídicos colectivos"* Revista Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. 1988, pág. 14
- (3) González Salas Campos, Raúl. Op. cit. pág. 41
- (4) Idem. pág. 45
- (5) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *"Tratado de derecho penal"* Vol. III Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1988. pág. 250
- (6) González Salas Campos, Raúl. Op. cit. pág. 103
- (7) Idem. pág. 105
- (8) Muñoz Conde, Francisco. *"Introducción al derecho penal"* 2a. Bosch Editora. Barcelona, España. 1975. pág. 59
- (9) Baratta, Alessandro. *"Lineamientos para una teoría del bien jurídico"*. Ediciones PGR Revista Mexicana de Justicia Jul-Sep México, D.F. 1990. pág. 19
- (10) Idem. pág. 27
- (11) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. cit. pág. 253
- (12) Jescheck, Hans Heinrich. *"Derecho penal"* Trad. Dr. Conrado A. Frinzi. Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina. 1966. pág. 14
- (13) González Salas Campos, Raúl. Op. cit. pág. 116
- (14) Argibay Molina, José F. *"Derecho Penal"* Parte General Tomo I Ediciones Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1972. pág. 202
- (15) Idem. pág. 203
- (16) Muñoz Conde, Francisco. Op. cit. pág. 129
- (17) Baratta, Alessandro. Op. cit. pág. 21

**SUMARIO:** 1. Ciencia y tecnología en el Derecho. 2. El derecho a la intimidad como estructura jurídica. 3. El derecho a la información. 4. La regulación del derecho a la intimidad e informática.

## **1. CIENCIA Y TECNOLOGÍA EN EL DERECHO.**

La aventura del siglo XXI se da en un mundo cada día más globalizado y competitivo.

La "revolución" de la informática, las computadoras, los robots de la cuarta y quinta generación, el descubrimiento del código genético, la ingeniería agrícola (la biogénica) provocan profundos cambios en la producción, comercialización, y en el funcionamiento mismo de los consorcios del futuro.

Las nuevas tecnologías (NT) están cambiando sustancialmente la producción y la forma de ver el mundo (la ideología) por la vía de los maravillosos inventos acaecidos desde hace 10 años. El telefax, el teléfono celular, la antena parabólica, los juegos para niños, los medios masivos de comunicación, alteran la organización de la sociedad, de la escuela, la familia y el individuo. Es un nuevo modo de vida.

Umberto Eco escribe que es tal la saturación de los nuevos inventos, que el hombre siempre está en contacto con un aparato comunicador: la radio, el cine, la televisión, el teléfono.

Esta "sobresaturación" de la vida cotidiana estaría conduciendo a un retorno a la lectura como vehículo de transmisión del conocimiento, como lo hacían los viejos, dejando plasmado en el texto u forma de sentir y soñar, por eso aparecen títulos como: "La isla del tesoro", "20 000 leguas de viaje submarino", "Sandokan", "Los viajes de Gulliver", "Las nieves del Kilimanjaro", "El cazador de orquídeas", "Simbad el Marino" y tantos libros que nos hacían viajar por el mundo a través de la imaginación.

La III Revolución o Revolución del Conocimiento (en el sentido de Th. Kuhn) está provocando un cambio sustancial en todos los rincones del saber; la cultura, la ciencia, la tecnología, la economía, y la ciencia jurídica.

En principio, aparentemente, pareciera que el derecho ha quedado a la zaga del nuevo paradigma que se anuncia para el siglo XXI. La base de este nuevo paradigma está compuesto por un conjunto de invenciones, descubrimientos e interrelaciones que tienden a informar cada día a las ciencias del espíritu con las ciencias de la naturaleza.

"La añeja dicotomía planteada por Kant, y el positivismo, tiende a llegar a su fin. Cada día, el conocimiento se hace más universal y las "verdades" que teníamos por ciertas hasta ayer, comienzan a ser revisadas en su base y en su sentido epistemológico mismo: las comunicaciones, la robótica, la informática, el ordenador, la ingeniería genética, los microchips, la electrónica, las ciencias de la salud, etc., vuelven a ser repensadas ante el avance de la nueva síntesis incontenible del progreso técnico" (18).

La tesis central que postula este proyecto de investigación consiste en plantear que la biotecnología y la micro-electrónica pueden constituir el fundamento mismo de una política de desarrollo de México y requieren una adecuación de las ciencias jurídicas a esta realidad.

A saber, tan solo en algunos aspectos como los siguientes:

"1) Es menester poner al día la regulación jurídica de las biotecnologías y la microelectrónica, para que sirvan de base a las políticas de desarrollo global del país.

2) La dependencia científico-tecnológica constituye el principal obstáculo para la modernización integral del país" (19).

Es necesario, también, por otra parte que:

a) Estudiar críticamente la legislación nacional e internacional sobre la materia; y por supuesto, aportar nuevas bases legales

apegadas a este nuevo contexto.

b) Analizar el tema de la biotecnología y microelectrónica en el marco global del nuevo paradigma tripolar (Estados Unidos, Japón, Comunidad Europea) de la modernidad.

c) Analizar el rol de México ante la profunda revisión del conocimiento en el marco de la globalización económica y la interdependencia político-jurídica de hoy.

Por lo expuesto, puede observarse que el trabajo es inter y transdisciplinario, en función de la propia materia de estudio. Es necesario superar el rezago jurídico y reflexionar sobre el aporte que el derecho puede efectuar ante el cambio y el paradigma, actualmente en transición. Por otra parte, la misma "novedad" e importancia del tema, lo desconocido de su vinculación con el mundo jurídico, su importancia en las políticas científico-tecnológicas del futuro, hacen más necesaria una investigación sobre el tema y sus tendencias actuales y futuras. Estamos en presencia de un mundo por explorar.

La importancia del tema es múltiple. Destaco dos asuntos relevantes: primero, el estudio de los marcos jurídicos de estos nuevos problemas. Segundo, el intento de investigación que permita comprender, interdisciplinariamente, el fenómeno de la biotecnología y microelectrónica en el ámbito del derecho al desarrollo como un derecho humano.

El derecho no tiene respuestas frente a estos procesos biotecnológicos. Lo más avanzado, hasta ahora, consiste en las leyes nacionales de protección de las acciones biotecnológicas, a partir de la Convención de París (1883); y la nueva ley mexicana de protección de la propiedad industrial de 27 junio de 1991.

La tesis que se sostiene, como señalé al principio, consiste en afirmar que la biotecnología y la microelectrónica, constituyen la base del conocimiento y del desarrollo del futuro. Algunos autores, para estar acordes con estos avances tecnológicos les ha dado por llamarlas o denominarlas como las disciplinas de "alta tecnología".

La revolución científico-tecnológica o Revolución del Conocimiento puede ilustrarse con una anécdota que lo dice todo.

"Hay en el zoológico de Bronx en Nueva York, un gran pabellón especialmente dedicado a los primates. Uno puede encontrar la posibilidad de ver en buenas condiciones a los chimpancés, gorilas, gibones y tantos otros monos del nuevo y del viejo mundo. Llama la atención, sin embargo, que al fondo hay una jaula especialmente separada, cerrada con gruesos barrotes. Al acercarse uno ve que dice "el primate más peligroso del planeta". Al mirar entre los barrotes ve uno con sorpresa su propia cara: aclara la leyenda que el hombre ha matado más especies sobre el planeta que ninguna otra especie conocida: la guerra del Golfo, en la intervención en Panamá, etc" (20).

La Revolución del Conocimiento está provocando profundas mutaciones en las estructuras de las sociedades subdesarrolladas. El dominio de la ciencia y la técnica constituye el *deus ex machina* del futuro del sistema económico y político mundial (EE.UU., Comunidad Europea, Japón).

La revolución más profunda está en la estructura del conocimiento mismo. Esta es la idea de una transdisciplinariedad necesaria para resolver nuevos problemas y acercarnos a nuevas soluciones. Lo que falta discutir es el componente ético. La tendencia de las investigaciones se dirige hacia el logro de una unidad transdisciplinaria de las ciencias.

¿Estará prohibido conocer el conocer? En el fondo, lo que quiero afirmar es que a la base del camino del conocimiento se encuentra un agudo problema epistemológico: los caminos para llegar a la explicación de la realidad ante la crisis de los paradigmas.

"Una explicación, desde el punto de vista metodológico, señalan Maturana y Varela, siempre es una proposición que reformula o recrea las observaciones de un fenómeno en un sistema de conceptos aceptables para un grupo de personas que comparten un criterio de validación" (21).

¿Qué ha dicho el Derecho al respecto? Para los efectos jurídicos, es importante analizar los nuevos avances en el campo de la conducta:

entendida como los cambios de postura o posición de un ser vivo que un observador describe como movimientos o acciones en relación a un ambiente determinado. La conducta de los seres vivos no es una invención del sistema nervioso, y no está exclusivamente a él. Lo que hace la presencia del sistema nervioso es expandir el dominio de posibles conductas al dotar al organismo de una estructura versátil y plástica. El Derecho Penal se encarga del resultado de las conductas (teoría finalista).

La conducta humana es la que está regulada jurídicamente. El aprendizaje y la memoria, asuntos de primera importancia, tienen que ver con el dominio del conocimiento, es decir, con una conducta efectiva o adecuada en un contexto señalado. El Derecho a su vez, es un fenómeno social, es un modo de regular las conductas humanas y el conocimiento. Poco hemos avanzado en este espacio de la transdisciplinariedad del conocimiento y de la vida: en los espacios de la democracia.

Desde el punto de vista ético, esto tiene que ver con las conductas sobre el altruismo y el egoísmo. Conductas altruistas son aquellas acciones que pueden ser descritas con efectos del beneficio colectivo. Es conducta egoísta aquella en que priva el beneficio individual. Una duda bioética fundamental se presenta a propósito de los límites de la investigación científica: basta recordar los campos de concentración o la Lista de Schindler.

La Declaración de Teherán introdujo la cuestión del impacto de los recientes desarrollos científico-tecnológicos sobre los derechos humanos. La conferencia consideró la necesidad de promover estudios interdisciplinarios a nivel nacional e internacional, particularmente.

a) Respecto de la privacidad a la luz del desarrollo tecnológico (*right to privacy*):

b) Protección de la personalidad humana y su integridad física e intelectual a la luz del progreso en biología, medicina y bioquímica:

c) El uso de la electrónica que puede efectuar los derechos de la persona y los límites establecidos en una sociedad democrática:

d) En términos generales, el balance que puede ser establecido entre progreso científico y tecnológico y el desarrollo moral, espiritual, cultural y conductual de la humanidad

"En el período de 1971-1976, un número importante de informes sobre el desarrollo científico-tecnológico y derechos humanos fueron preparados por el Secretario General de la rama y las agencias especializadas. Los estudios comprendieron asuntos relacionados con la privacidad de los individuos, la integridad y soberanía de las naciones, los usos de la electrónica, un estudio sobre los avances en biología, medicina y bioquímica; así como en el campo de la inseminación artificial, sustancias psicotrópicas y productos químicos introducidos en los alimentos; un estudio sobre el uso del progreso científico y tecnológico en la calidad de los alimentos; un estudio sobre los efectos dañinos de la automatización y mecanización de la producción, deterioro del medio ambiente y el poder destructivo de las armas nucleares. Los estudios sobre el cerebro constituirán el tema central del siglo XXI" (22).

Por su parte, la Universidad de las Naciones Unidas realizó cursos y seminarios sobre:

- 1) El derecho de protección contra los efectos dañinos de los desarrollos científicos y tecnológicos;
- 2) El derecho al acceso a la información tecnológica que es esencial para el desarrollo y el bienestar;
- 3) El derecho de escoger, y la libertad de elegir el patrón de desarrollo científico y tecnológico.

Pero también es cierto, que la ciencia y tecnología, en su intrínseca ambigüedad de razón y locura, puede favorecer el avance de los derechos humanos.

- El derecho a beneficiarse del progreso científico;
- El derecho a un nivel de vida adecuada;
- La declaración sobre el uso del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y en beneficio del avance de la humanidad entera.

La ciencia no es una actividad desarticulada del cuerpo social, es una empresa humana influida por necesidades humanas interactuando en una compleja red de trabajo social y en la sociedad donde actúan. La ciencia y la tecnología debe ser aprendida en el contexto de un ascenso del hombre, y como una contribución a la despersonalización de la vida.

## **2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO ESTRUCTURA JURÍDICA.**

Del Derecho a la Intimidad habrá que decir en primer término que es un derecho de los que deben catalogarse entre los *derechos fundamentales* del Ser humano, la propia naturaleza del hombre, la propia conciencia que todos los individuos tenemos de ello, así como la experiencia y el consenso histórico y universal así lo demuestran.

El contenido del derecho deberá conllevar una enumeración objetiva de la áreas en las que se considera que son materia de intimidad o privacidad y deberá tomar en cuenta que para un concepto, circunstancia, información o situación se considera íntimo o privado, es menester que el titular del mismo desee mantenerlo así. Es decir, en el contenido del Derecho a la Información debe estar presente no sólo el catálogo objetivo referido sino también el control que el titular ejerce sobre él.

Otro elemento a tomar en cuenta en el contenido del Derecho es el fin perseguido al recabar la información. Un criterio para determinar cuándo es ilícito usar una información agrediendo a la intimidad es el destino del cual fueron recogidos. Usarlo para otra cosa es agresión a la intimidad.

El sujeto activo del derecho, es decir, el protegido, el titular, será el individuo en cuanto a tal, como ser humano, sin que se requieran circunstancias de mayoría de edad, domicilio y nacionalidad, será un típico Derecho de goce que asista al ser humano por el hecho de serlo.

Un tópico interesante es determinar si este derecho

asiste también a personas morales. La duda surge por el concepto mismo de lo que es un "Derecho fundamental", entendido como aquel que existe en función de la naturaleza del ser humano. Al ser una persona moral un ente que ha sido creado, no por la naturaleza sino como resultado de una producción jurídica, resulta difícil el aceptar que una entidad así, producto de la creatividad humana, sea sujeto y goce de derechos fundamentales.

Sin embargo, el asignar un derecho fundamental no es sólo reconocer que tal Derecho existe, sino regular su ejercicio y, sobre todo, garantizar tanto su goce como su ejercicio, principalmente frente al Estado. Ante tal concepción de lo que son los derechos básicos, no cabe duda que las personas morales tienen libertad de asociarse, de expresarse, de publicar opiniones, de ubicarse en el territorio nacional, ejercer una industria o comercio, y así podemos ejemplificar con varios otros de los llamados derechos fundamentales. Repugnaría que lo que le asiste al individuo en cuanto a tal deja de existir cuando se asocia con otros.

El derecho que deviene al sujeto activo no es sólo un derecho de goce, sino que debe tener la posibilidad de ser un derecho de ejercicio, pues la regulación del mismo debe permitir al sujeto tutelado el tener remedios en contra de pretendidas invasiones a su intimidad o privacidad, así como acciones para restañar o corregir los daños causados por tales invasiones.

El sujeto pasivo del derecho es, en principio, un sujeto universal, esto es, la generalidad de seres humanos y de personas morales, que deberá respetar el hecho de que el sujeto activo no desee intromisiones en sus zonas o esferas de intimidad. Tal obligación genérica, erga omnes, puede resultar especialmente significativa para determinadas entidades, que por su función, están más en posibilidad de atropellar ese derecho, cual es el caso del Estado o de medios de difusión.

El derecho debe conllevar, en la regulación de su ejercicio, la regulación de cuándo la intimidad puede, o debe, ser *develada*, en atención a la existencia de otro derecho con el que entra en conflicto y que debe tener un rango superior. Esta *develación* debe darse en casos de derechos de terceros (tal sería el caso de un auto judicial que ordene a un patrón informar

cuánto gana un empleado a fin de asegurar una pensión alimenticia), en casos de necesidad de obtención de un permiso, autorización o concesión (ejemplo del pasaporte) o cuando el bienestar común así lo requiera (casos de la actividad o estadística y el del ejercicio de las funciones fiscales o de procuración de justicia).

Puede decirse con justeza que la historia de los grupos humanos es la historia de cómo se ha tratado de encontrar un equilibrio entre el respeto al individuo y la convivencia social.

Desde luego que no hay una sola respuesta, cada grupo debe encontrar un equilibrio en las circunstancias históricas en las que se encuentre. Las soluciones de hoy no servirán mañana.

Dentro de este derecho a la intimidad es posible hacer una concreción específica sobre dicha facultad llevada al terreno de la existencia de información y archivos o bases de datos que contienen referencias a los individuos.

Con las facilidades que hoy en día proporcionan tanto los avances en la electrónica como en las comunicaciones, las informaciones que dichas entidades acumulan en el ejercicio de sus funciones, son fácilmente recuperables, usables, relacionables entre sí, transmisibles y accesibles. Esta enorme ventaja que, sin duda alguna, facilita enormemente la labor de los dueños de los bancos de datos, supone una terrible amenaza al básico Derecho a la Intimidad según ha quedado descrito.

Por ello puede hablarse de que existe un Derecho a la Intimidad Informática que regule precisamente la salvaguarda del derecho a la primacía en la materia de acumulación de información.

Desde luego que el individuo debe contar con una regulación que le proteja en su intimidad para que tales entidades no levanten información sobre él cuando no tengan por qué hacerlo, esto es, con legitimación; si lo hacen, que la usen, cuando éste sea diverso a aquel que motivó su recopilación y no haya sido autorizado; que tenga derecho a rectificar información errónea y que pueda exigir la reparación de lo daños que se le causen y la aplicación de las sanciones correspondientes cuando la entidad en cuestión se conduzca en violación

a ese derecho.

La historia nos demuestra que una tendencia del Estado es siempre a exagerar su poder, se trata de una paradoja peculiar, el hombre crea el Estado para proteger sus intereses, para armonizar su convivencia, para lograr la satisfacción de sus necesidades en forma ordenada y pacífica y resulta que la herramienta que creó para tales fines puede convertirse en arma de agresión en su contra.

Por ello es menester que, en un Estado de Derecho, exista una regulación cuidadosa del manejo que, tanto individuos como empresas, como la Administración Pública misma, pueden hacer de la información que compilan para el cumplimiento de sus actividades y funciones; que reconozca el derecho a la intimidad de los individuos, que dé a estos medios de acceso de conocimiento de lo que se almacena sobre él, que se defina quién es el propietario de la información, que se le dé derecho de hacer rectificaciones, que se le permita conocer cuál es el uso que se da a esa información.

El Derecho a la Intimidad o Privacidad es un derecho fundamental que asiste a los sujetos de derecho consistente en la facultad de mantener reserva sobre diversas situaciones relacionadas con la vida privada, que debe ser reconocido y regulado por el sistema jurídico y que es oponible a todos los demás salvo en los casos en que puede ser develado por existir un derecho superior de terceros o para el bienestar común.

Dentro del Derecho a la Intimidad debe comprenderse el tratamiento de la Información que compilan tanto los particulares, ya sea en actividades cotidianas, como en los casos de empresas que, por su objeto, realizan actividades de acumulación y uso de información, como, y muy especialmente, el Estado, a fin de que se realice el concepto de un Estado de Derecho en donde el papel de gobernantes y gobernados, recopiladores de información y sujetos de ella tengan bien claros sus derechos y obligaciones.

Es entonces, importante deducir cuando la información obtenida es necesaria para los intereses de la comunidad y cuando esa información se convierte en una violación a la intimidad.

### 3. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

Tradicionalmente se afirma que el Derecho de la Información cubre dos campos o dos vertientes:

I.- En una de ellas, tendríamos el Derecho regulador de la actividad que consiste en hacer de la información una actividad profesional dedicándose a todos los pasos del procesamiento para recabarla, catalogarla, y normalmente asociarla con otra información, conservarla y usarla.

En esta vertiente juega principalmente la labor periodística, pero limitar el Derecho de la Información a sólo el terreno periodístico es obsérvala muy pobremente, hay otros tipos de captura, proceso y uso de información que son manejados profesionalmente, tales son los casos de las estadísticas, las encuestas, la investigación científica, los registros públicos, etcétera.

En este terreno es común que se encuentren empresas particulares dedicadas a la actividad periodística y de compilación de información: periódicos, revistas, radiodifusoras, televisoras etc., por un lado, pero también empresas que hacen encuestas, investigaciones mercado-técnicas, informadores de crédito, sanatorios, instituciones académicas, universidades relacionadas.

Por su parte, la Administración Pública juega un papel verdaderamente significativo pues el Estado también es periodista, usa medios de comunicación, ya sea en forma centralizada o en el sector paraestatal y por supuesto cubre las áreas de Estadística, de Investigación, de Registros Públicos, etc. Puede decirse que la Administración Pública, es un verdadero profesional de la información.

II.- En una segunda vertiente, el Derecho de la Información cubre un anhelo del individuo: el conocer las cosas que se relacionan con él y son su entorno. Hay autores que consideran que este es un derecho diverso y que debe denominarse Derecho "a" la Información, diferente del Derecho "de" la Información, diferente del Derecho "de" la información es la realización de

una garantía de ocupación ("todo individuo es libre de dedicarse a la profesión u oficio que más le agrade siendo lícito"), esta otra vertiente es la realización de una garantía que, en sí, consiste en la facultad de recibir información, conocer, estar enterado.

En esta segunda vertiente, hablamos de la protección a ese derecho que surge con la naturaleza humana que tiende a conocer y a investigar. Los seres humanos, en tanto que individuos tiene la tendencia de informarse, de conocer, tanto para sus propios quehaceres personales como para el desempeño de sus ocupaciones y labores profesionales.

Desde luego, que las empresas que los individuos constituyan estarán protegidas también por el derecho a obtener aquella información que les es relevante para el desempeño de su actividad.

Siguiendo con el esquema que se ha trazado en esta obra (individuo-empresa particular-Administración Pública) habrá de decirse que la Administración Pública tiene también un rol significativo. Por su función, ya se cita en otra parte de este trabajo, "la Administración y Procuración de Justicia tienen necesidad de conocer, de saber, no se puede "administrar" si no se conocen los recursos con que se cuentan, las necesidades que se tienen, mucho menos cuando se trata de administrar el querer y el hacer de una comunidad humana" (23).

En ambas vertientes además, la Administración Pública guarda una especial posición frente al gobernado, individuo o empresa. Efectivamente, además de que la administración pública es un agente y profesional de la información y requiere el recibir la información que le es relevante para su quehacer, se muestra como regulador y como autoridad en ambos campos. A la administración pública le compete otorgar autorizaciones, concesiones y otros actos administrativos en materia de medios de comunicación, le compete ejercer una vigilancia en el cumplimiento de las normas legales que rigen la actividad informática, le compete investigar los delitos que se cometen en tal terreno y le es arrogada la obligación de proporcionar información al ciudadano que la requiere.

La administración pública es pues, a la vez, sujeto activo y sujeto pasivo del Derecho de la Información, tanto en su vertiente de recabar

como de emitir, tanto en la información como desempeño profesional, como en la información, garantía fundamental del hombre.

Mi opinión personal, es que estamos frente a un mismo fenómeno con varias facetas y no ante dos derechos diversos, la información es actividad privada profesional, es garantía fundamental, es actividad pública, es actividad privada, es todo a la vez. Es el registro de un dato de conocimiento que es un "bien" en el sentido jurídico de la palabra, bien sobre el cual puede haber regulación constitucional, civil, penal, mercantil o administrativa.

Tradicionalmente se ha establecido que el Derecho de la información, ya sea que se le considere como uno sólo con dos facetas o como dos derechos diversos, cuenta con límites de discurso, de operación.

"Tales límites han sido establecidos por la diversas enunciaciones de derechos fundamentales del ser humano, por Constituciones, por Tratados Internacionales, por Leyes reglamentarias o secundarias en todo el mundo, de muy diversas maneras. Se citan el honor, los derechos del tercero, la paz pública, los derechos de la juventud y la infancia, la intimidad, la vida privada, etc" (24). En otra parte del trabajo se dan algunos datos al respecto, el punto aquí es cuestionar el carácter de límite.

Ciertamente es un "límite" aquel terreno en donde no se puede penetrar cuando se ejercita un derecho, así como es un "límite" los lugares que no pueden hollarse por constituir ello un acto ilícito. No es mas que el viejo principio general de Derecho que establece que el derecho de uno se extiende hasta donde se encuentra con la esfera del derecho del otro.

Desde ese punto de vista, el Derecho de la Información sí conoce de límites, así lo establece nuestra propia Constitución en sus artículos 6o. y 7o. en los que incluso se usa específicamente el término "límite" cuando habla de la vida privada, la moral, los derechos de tercero y la paz pública.

Sin embargo, es conveniente reflexionar que el uso de la información, tanto las normas de cómo usarla, como las de cómo no usarlas forman parte de un mismo fenómeno. Hay reglas de cómo recabarlas y de cómo no

recabarlas, de cómo guardarlas y de cómo no guardarlas, de cómo asociarlas con otras y cómo no asociarlas, de cómo usarla y de cómo no usarla, hay norma de cómo y cuándo no comunicarla y de cómo y cuándo se debe comunicarla.

Piénsese ahora, a la luz de este planteamiento del Derecho de la Información con dos sujetos, los diferentes planos en los que dichos dos sujetos pueden concurrir, la posición de un ciudadano frente a una gran empresa. Esta puede haber acumulado información que concierne a ese ciudadano, o puede estar pretendiendo obtenerla del individuo. La posición de una empresa así es sin duda mucho más fuerte que la del ciudadano, no concurren al fenómeno en plan de igualdad, usualmente hay un poderoso y un débil. El único camino para igualar las fuerzas es el derecho, de modo que uno y otra, ciudadano y empresa puedan, sin lastimarse, obtener y procesar la información que es necesaria.

El Derecho de la Información abarca tanto la actividad profesional del que se dedica al proceso de la información como el de derecho fundamental de acceder a la información que es relevante para quien la necesita.

La materia del Derecho de la Información: el dato o conocimiento, es un "bien" que puede ser objeto de regulación jurídica.

En el Derecho de la Información juegan dos sujetos: el que recaba, procesa, almacena y usa la información y el que puede ser afectado por la misma pues versa o se refiere a él o le incumbe a él.

La relación entre ambos es una relación más compleja que la simple bilateralidad sinalagmática y con facilidad puede presentar un aspecto de enorme desproporción de fuerzas o poder entre uno y otro. El Derecho es la única herramienta que puede permitir que la relación se de con justicia.

La Administración Pública puede ocupar los dos papeles de los sujetos de la relación jurídica-informática y en cada uno de los casos, su posición peculiar da nuevos enfoques al fenómeno jurídico. En contrapartida, el Derecho como ciencia eesta obligado dada su dinamicidad a adecuarse a los cambios que el avance tecnológico requiere.

#### 4. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA.

El contenido de los derechos fundamentales, recogidos por las Constituciones, reflejan la evolución y el desarrollo que las sociedades de hoy han tenido respecto de la satisfacción y protección efectiva de los valores básicos y necesidades democráticas. Esta protección de valores y de garantía permiten al hombre vivir dignamente y en libertad para desarrollar su personalidad.

La intimidad es uno de los valores fundamentales, que inclusive ya en algunas Constituciones está expresamente recogido. En otros Ordenamientos Constitucionales se prevé como valor fundamental, pero es necesario interpretarlo en la forma del Estado Democrático de Derecho que adopta.

Pero, previsto expresamente o no, "la intimidad es un valor fundamental que se ubica dentro de lo derechos de la personalidad y, como tal, debe ser protegido por el derecho eficazmente, con el fin de que el hombre pueda no sólo desarrollar digna y libremente su personalidad, sino que sienta que está eficazmente protegida por el Derecho" (25).

"La intimidad es un valor que se caracteriza por ser un atributo del propio sujeto titular del derecho a la personalidad; es una cualidad que toda persona física posee. Sin embargo, es también un valor *difuso*, demasiado amplio y que puede alcanzar magnitudes ilimitadas. Por ello se le debe preciar y limitar, solamente así podrá estar jurídicamente protegido eficazmente" (26).

El desarrollo industrial y tecnológico de los medios de comunicación y de vigilancia, ha puesto en evidencia que las violaciones a la intimidad ya no son solamente posibles de realizarse a través de intromisiones físicas, sino por el contrario, las amenazas de lesionar la intimidad se configuran en el desarrollo de instrumentos técnicos de control de sofisticada tecnología, como lo son los aparatos audiovisuales.

Ya no es posible seguir entendiendo la garantía de libertad personal bajo la idea obsoleta de libertad física; ya no es posible seguir

protegiendo la intimidad con las fórmulas tradicionales del delito contra el honor, o contra la correspondencia; la insuficiencia de la legislación en la protección de la intimidad como valor fundamental es manifiesta. Se deben de crear nuevas fórmulas jurídicas de protección, normas que satisfagan las necesidades y demandas que la sociedad exige al Estado, para que éste proteja de la manera más eficaz el desarrollo de la personalidad de sus miembros.

Hay dos elementos propios de la protección jurídica de los espacios y de los medios de comunicación.

1) La confianza que el sujeto tiene de que en determinados medios de comunicación podrá desarrollar su personalidad libremente, teniendo un control sobre sus datos y circunstancias personales, pues confía que no serán intervenidos por nadie. Esta confianza proviene por la creencia que tiene en el derecho, que como institución le protege su derecho a la intimidad al sancionar las conductas que transgredan su esfera íntima o privada, y

2) La posibilidad material y física (no sólo normatividad), de que el derecho como institución pueda proteger los espacios y los medios de comunicación en donde pueda desarrollar libremente su personalidad con carácter íntimo o privado.

En este orden de ideas, a continuación se analizará cuáles deben ser las conductas de penetración o de intromisión en el espacio y en los medios de comunicación que se deben prohibir. Para lograr ello, se deben definir los espacios y los medios de comunicación que serán protegidos por el Derecho.

“Con esto se afirma que la protección del Derecho al derecho fundamental de la intimidad se ejerce desde antes de ser lesionada la intimidad misma. Los espacios y los medios de comunicación previamente delimitados constituyen en sí mismo “las barreras de protección jurídica”, y su sola vulneración o penetración constituyen una puesta en peligro al Bien Jurídico de la Intimidad, independientemente de que éste haya quedado efectivamente lesionado o puesto en peligro” (27). Entre estas barreras ya descritas, es fácil que podamos encontrar:

a) Conductas prohibidas de la esfera íntima.

1.- Son muchas las conductas que pueden ser representativas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. El verbo "penetrar" significa en este contexto: "introducirse en el interior de un espacio". Resulta muy ilustrativo la clasificación que en su día hiciera Mantovani respecto de las formas de penetración que constituyen los medios de ataque a la esfera íntima, decía este autor que el ataque a la intimidad se podía realizar en cuatro modalidades diferentes:

I.- Por la penetración directa, es decir, la penetración física. Así por ejemplo el delito de allanamiento de morada.

II.- Por la penetración indirecta. Esta se realiza a distancia, valiéndose de medios técnicos; como por ejemplo, con el uso de teleobjetivos, micrófonos, magnetófonos, etcétera.

III.- Penetración en los medios de comunicación que son utilizados por el titular del derecho, ejemplos: violación a su correspondencia, penetración a sus comunicaciones telefónicas o telegráficas, o captación de las ondas de radio o del telefax.

IV.- Penetraciones por medio de investigaciones, por ejemplo, la utilización de la informática o las actividades de los agentes investigadores, o la obtención de datos que se encuentran fuera del control del sujeto (instituciones bancarias, hospitales, declaraciones fiscales, etc.) (28).

El problema que se presenta para los modernos medios de comunicación es mucho más complejo que los que se presentan para las comunicaciones epistolares. En efecto, la tecnología en los medios de comunicación se ha desarrollado tanto (y se sigue desarrollando cada vez más), que cada día se encuentran nuevas formas de comunicarse, lo cual conduce a que el Derecho tenga también que evolucionar para alcanzar la satisfacción de las demandas de protección que la sociedad le impone.

Existen medios técnicos de comunicación que operan con el envío de señales consistentes en ondas magnéticas. Representativos de estos medios técnicos son los aparatos telefónicos inalámbricos, o aquellas antenas que captan las señales enviadas por radio o por satélites; por el contrario, existen

medios de comunicación donde la misma se realiza a través de impulsos electromagnéticos producidos a lo largo de cables metálicos, como son nuestras actuales líneas telefónicas.

Esta diferenciación en la forma de operar de los modernos medios de comunicación supone una diferencia sustancial en cuanto a la conducta que el Derecho puede y debe prohibir. Así, en el caso de las ondas magnéticas enviadas de un aparato a otro, y en las que tales ondas abarcan un área muy amplia. Es sabido que sin que lo notemos ni suframos alteración alguna, constantemente pasan ondas de este tipo por nosotros en cualquier parte del mundo en que nos hallemos. Sólo con un aparato técnico especial puede uno captar y descifrar el mensaje que envía tal onda magnética. En este caso la conducta prohibida por el derecho sólo podrá ser la de "captar" a través de un aparato dichas ondas que transmiten el mensaje o la comunicación.

En el segundo caso, de los medios de comunicación realizados a través de aparatos con la utilización de cables metálicos, la conducta prohibida por el derecho sólo podrá ser en cambio, la de "penetrar" a dicho cable.

En el primer caso, la persona considerada como autor captará la señal porque esta (onda) le invade su área o espacio donde se encuentra. Este espacio puede ser en muchos casos aquel en donde el propio Derecho le está protegiendo su derecho a desarrollar su personalidad libremente, como sucede en el caso de su domicilio. No podría el derecho prohibirle que dejara de captar las ondas que invaden su propia esfera íntima, pues atentaría contra una garantía que el mismo derecho le concede y que es la permisión de desarrollar libremente su personalidad dentro de ciertos límites espaciales.

En el segundo caso, la conducta del autor supone un "penetrar" en un espacio ajeno (el cable metálico) para captar o interceptar el mensaje, lo que es evidente de una violación al medio de comunicación y la invasión a un espacio que no es el suyo, incluso cuando el cable pasara por su propio espacio.

Por lo anterior, es necesario el que se tenga que definir antes, con toda precisión, la forma de operar del medio de comunicación que se

quiera proteger jurídicamente, para saber si el Derecho está en posibilidades de protegerlo eficazmente sin tener que lesionar otras garantías individuales.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (18) Díaz Muller, Luis T. *"Derecho de la ciencia y la tecnología del desarrollo"* Editorial Porrúa. S.A. México. pág. 123
- (19) Idem. pág. 124
- (20) Maturana, Humberto. *"El árbol del conocimiento-las bases biológicas del entendimiento humano"* Editorial Universitaria, Santiago de Chile. 1984. pág. 14
- (21) Ibidem.
- (22) Díaz Muller, Luis T. Op. cit. pág. 192
- (23) Meján C., Luis Manuel. *"Derecho a la Intimidad e Informática"* Editorial Porrúa. México. pág. 5
- (24) Idem. pág. 8
- (25) Idem. pág. 25
- (26) Ibidem.
- (27) Pacheco Pulido, Guillermo. *"El secreto en la vida jurídica"*. Editorial Porrúa. México. 1995. pág. 4
- (28) *"La ley de Información Estadística y Geográfica"* Ediciones del Gobierno de la República. México. 1995. pág. 5

**SUMARIO:** 1. Prueba y medios de prueba. 2. Principios de la prueba. 3. Valoración de la prueba. 4. El espionaje telefónico como prueba.

## **1. PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA.**

La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.

"Pero es en las ciencias y actividades reconstructivas donde la noción de prueba adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en el Derecho. A este respecto dice Camelutti: el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia" (29).

En el derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a los otros, a los jueces, funcionarios de policía o administrativos, cuando se le aduce en un proceso o en ciertas diligencias, y también a particulares, como sucede en asuntos de estado civil o en titulación de bienes para su comercio, en las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios y de garantía, frente a los demás, de los propios derechos.

Por consiguiente, no puede afirmarse que la prueba en derecho tenga finalidad o naturaleza diferente de la que le corresponde en cualquier ciencia reconstructiva, y mucho menos que su función sea exclusivamente procesal, pues quizás tiene un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales.

Dellepiane explica admirablemente este aspecto de la ciencia probatoria, que forma parte, tanto de la metodología de las ciencias reconstructivas, como de la filosofía y de la lógica aplicada en especial, y de la

psicología, particularmente la judicial, agregamos nosotros, con estas palabras: "Crítica histórica, metodología de la historia, teoría de la prueba judicial, crítica del testimonio, prueba indiciaria, métodos comparativos o de las series en arqueología, en lingüística, etc., todo está destinado a fundirse y a buscar su verdadera colocación y lugar respectivo, su científica significación y valor, en una teoría más amplia, rigurosamente lógica y exacta: la que bajo el título de método reconstructivo o metodología de las ciencias reconstructivas, me propongo elaborar" (30).

Sin duda se trata de actividades análogas, que deben servirse de métodos similares, aunque no siempre iguales, como es obvio. En el mismo sentido advierte Lessona que estudiar la prueba en sí "es propio de la lógica, que es en derecho igual que en toda otra ciencia" (31).

El jurista reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador, el arqueólogo, el lingüista, etc., lo hacen no sólo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros.

La diferencia está, en realidad, en las consecuencias del resultado obtenido: las del juez o legislador son imperativas, vinculantes, en sus distintas condiciones de concretas o abstractas; las del historiador y de quienes adelantan actividades análogas (lingüística, paleontología, etc.), son informativas o polémicas, de libre aceptación. Pero aquéllos y éstos recurren a investigaciones similares y realizan análogas operaciones mentales para valorarlas y obtener conclusiones.

Las causas judiciales pertenecen, en definitiva, a la historia contemporánea, y el juez es, en cuanto a la parte investigativa, un historiador de casos concretos. Como observa Vishiki, las pruebas judiciales recaen sobre hechos ordinarios, sobre fenómenos que ocurren en la vida, sobre las mismas cosas, los mismos hombres y las acciones realizadas por éstos. Su distinta calidad depende del empleo que de ellas se haga: adquieren la categoría de *judiciales*, porque ingresan al proceso, o son simplemente histórica o arqueológicas o geológicas, etc., si permanecen en el respectivo campo de investigación extraprocesales.

La prueba procesal no es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico; otras, afectando el dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas.

La prueba, como se ha dicho acertadamente por cierto sector de la doctrina alemana, no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida.

Ahondando en el concepto, puede con absoluta propiedad el primer aspecto o significado, de los dos últimos, para distinguir la noción de *prueba*, en un sentido riguroso, de la noción de *medios de prueba*.

De esta manera se tiene que, en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende "*las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba)*" (32). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, por que de el no se obtiene ningún motivo de certeza. pero en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones y los motivos contenidos en ellos y el resultado de estos, como más adelante veremos.

La respuesta a la interrogante ¿cómo ha de probarse cierto objeto de prueba? nos sitúa en el tema de los *medios de prueba*.

El medio de prueba, decía Prieto-Castro, "es el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el juez la fuente de donde obtiene los motivos de su convicción" (33), es afirma Alsina "el instrumento cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción" (34).

Más claramente, al precisar la distinción entre objeto de prueba y medio de prueba, Sentís concibe a este último como "*las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso*" (35).

El medio probatorio es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso. Es, decimos nosotros, el método escogido para comprobar o rechazar una afirmación. En términos más sencillos, es la técnica especial escogida.

Prestemos atención para no confundir al *medio de prueba* con la fuente. La *fente* es un objeto ajurídico que existe independientemente del proceso y puede no haber sido descubierta. El medio es el mecanismo que incorpora la fuente de prueba al proceso.

Una fuente es lo que sabe el testigo, el imputado o el presunto ofendido (aún cuando no haya declarado).

El *medio* es la declaración. Una mancha, un letrero, un color, es una *fente*, mientras que el *reconocimiento o incorporación* que de tal fuente se hace, es el medio.

"Del pensamiento Carneluttiano -apunta Sentís- nos resulta plenamente que las *fuentes* son elementos que existen en la realidad, y los *medios* están constituidos por la autoridad para incorporarlos al proceso; no se trata de una operación mental, como quería Guasp, sino de una actividad física y material; la operación mental será, más adelante en el proceso probatorio, una actividad valorativa; pero la fuente tendrá este carácter, determine o no la convicción" (36).

Los medios probatorios o métodos probatorios y sus fuentes se han clasificado de diversa manera. Según viejas clasificaciones, que confundían a medios y fuentes, las categorías serían: a) legales; b) preconstituidos; c) reales o personales; d) nominados e innominados; e) históricos y críticos; f) directos e indirectos; g) admisibles e inadmisibles; h) procedentes e improcedentes; i) pertinentes e impertinentes; j) conducente e inconducentes.

En algunas codificaciones los medios de prueba se encuentran enumerados. Así ocurre en el código distrital, que cita como medios a la confesión judicial, los dictámenes de peritos, la declaración de testigos, etc. Al confundir *las fuentes con los medios* algunas leyes aluden a cintas magnetofónicas,

grabaciones, etc. mencionando a la vez como pruebas, lo que no es prueba, también se enumeran las presunciones legales.

Con frecuencia ocurre igualmente que se citan como pruebas lo que sólo son procedimientos probatorios; por ejemplo, la inspección o la reconstrucción de los hechos. Refiriéndose a los mecanismos para incorporar las fuentes de prueba, el Código Procesal local establece que "son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a derecho".

Normalmente en un enjuiciamiento penal concurren varios procedimientos probatorios; esto es, varios métodos o tácticas específicas tendientes a comprobar una afirmación. Cada operación estratégica depende del objeto de prueba; es decir, de lo que se quiere probar, sin olvidar los casos en que el Ministerio Público también está facultado en la averiguación previa.

Dijimos antes que desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran en favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción.

La prueba en sí misma y los medios de prueba o instrumentos que la suministran; aquélla la forman entonces "las razones o los motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos", y los medios de prueba son "los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos", por lo cual pueden aducirse medios de prueba que no sean pruebas de nada, cuando no contengan motivos o razones para la convicción del juez.

No debe limitarse la noción procesal de probar a los hechos controvertidos, sino a todos los que deben servir de fundamento de la decisión del juez, ni se le debe vincular al sistema de valoración ya sea libre o tasada que rija en el proceso. La prueba es una institución jurídica que tiene lugar en la mente del juzgador.

Utilizando ahora estas ideas, podemos formular las siguientes definiciones, desde un punto de vista rigurosamente procesal:

*"Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es de todos motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos " (37).*

Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece *"un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza " (38).*

El resultado de esa actividad de probar o de esas pruebas podrá variar, según que el juez deba conformarse con las razones de orden legal que esté obligado a deducir de una apreciación tasada de los medios aducidos, o que, por el contrario, pueda valorarlos con su propio criterio (en el primer caso existirá una fijación formal de los hechos y en el segundo una verificación real).

Los motivos de la convicción los tomará el juez de la ley o de su personal apreciación, pero en ambas hipótesis existirá prueba. Igualmente, el resultado podrá ser distinto si el juez debe limitarse a apreciar lo suministrado por las partes (con o sin libre criterio) y a recurrir a la carga de la prueba para suplir su falta o, en cambio, si puede producir de oficio otros que los aclaren y que den seguridad sobre la verdad discutida; pero en ambos casos la noción de prueba es una misma.

Por esos hablamos de los medios que la ley permite aducir y del sistema de apreciación que la ley autorice, para comprender así unos y otros. En suma, los medios de prueba son: la testimonial, la pericial, la inspección, los careos, etc., mientras que la prueba, siempre ha de tener lugar en la psique del juzgador.

## 2. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA.

La institución de la prueba judicial conserva su unidad en lo referente a los lineamientos y principios generales.

Sin que pretendamos agotar la lista, consideramos que no es posible desconocer los siguientes principios:

1° *Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.* Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.

Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.

2° *Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.* Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a la normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada.

No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.

3° *Principio de la unidad de la prueba.* Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios y documentos); a veces hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme.

4° *Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición.* Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, salvo que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa sanción de hecho.

Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada, pues sólo si se considerara patrimonio procesal del aportante o peticionario o para su sólo beneficio, podría aceptarse que la retirara o dejara sin efectos. Cuando el proceso está dominado por el principio inquisitivo, como sucede en lo penal o laboral y en muchos países, inclusive en lo civil.

5° *Principio del interés público de la función de la prueba.* Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción. Es decir, con la prueba sucede lo mismo que con la acción: primordialmente ambas protegen el interés público y general (interés del Estado) en la declaración o realización de los derechos o su satisfacción

coactiva por la vía jurisdiccional del proceso, y cuando existe litigio, en la debida y legal composición del mismo; sólo secundariamente o en forma mediata persiguen la protección del interés privado de la parte en obtener la declaración, la realización o la satisfacción coactiva de su derecho, es decir, el éxito de su pretensión o su excepción.

*6° Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.* Es consecuencia de los anteriores. Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez al engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez.

Florian dice al respecto que “la probidad procesal se impone por la lógica y el sentido común, y que es requisito intrínseco de la prueba que esté libre de dolo y violencia” (39).

*7° Principio de la contradicción de la prueba.* Es también consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como al civil y demás. Significa que la parte contra quien se pone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de comprobar, es decir, que todas las partes; se relacionan con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. Los autores exigen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad.

*8° Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.* Se relaciona íntimamente con el anterior, pero no se identifica con él. Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no, el contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, según el cual se exigen las mismas oportunidades para la

defensa y se rechazan los procedimientos privilegiados; es además, consecuencia del principio, también aplicable al proceso en general, que obliga a oír a la persona contra quien va a pedirse la decisión.

9° *Principio de la publicidad de la prueba.* Es consecuencia de su unidad y comunidad, de la lealtad, la contradicción y la igualdad de oportunidades que respecto a ella se exigen, significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo el "carácter social" de que habla Framarino del Malatesta. Se relaciona también este principio, por consiguiente, con el de la motivación de las sentencias, que no se excluye en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, y con el de la publicidad del proceso en general.

Tanto penalistas como civilistas exigen la publicidad de la prueba como un requisito fundamental para su valor y eficacia.

10° *Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.* No es incompatible con las formalidades procesales para la validez de las pruebas practicadas en el juicio, sino que, por el contrario, es preciso como garantía para la defensa del acusado en el proceso penal y para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso civil.

Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno.

11° *Principio de la legitimación para la prueba.* Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, el juez, cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales y secundarias, e inclusive transitorias o intervinientes incidentales; por último, respecto de la cuestión que motiva su intervención, requieren que el funcionario que la reciba o practique tenga facultad procesal para ello (jurisdicción y competencia).

### 3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

En el proceso penal el principio *iura novit curia*, ciertamente, hace mención a que el Juez, como órgano del Estado, tiene el deber de conocer la ley, con lo cual se trata de garantizar la correcta aplicación de ésta a los casos concretos.

Así pues, el Juez al sentenciar no solamente se encuentra frente a un problema de naturaleza únicamente jurídica, sino que también se enfrenta al que se deriva de establecer la certeza de los hechos.

El fallo final normalmente se halla subordinado a los resultados que se obtienen de vincular a la prueba con los citados sucesos fácticos.

"Una vez que el procedimiento probatorio ha quedado cumplimentado por haberse aportado y desahogado todos los medios de probar que legalmente se hubieran incorporado al proceso, el juez se enfrenta a todo este material probatorio para apreciarlo y sacar de él las consecuencias legales del caso; puede hacerlo analizando prueba por prueba y su relación con cada hecho o bien, como sucede más a menudo, apreciando globalmente las pruebas y hechos alegados por cada parte para sacar los puntos de coincidencia o contradicción que tuvieran y así, formarse una convicción lo más apegada a la realidad" (40).

Esta operación, conocida como valoración de la prueba es una actividad intelectual que corresponde efectuar en exclusiva al juez penal al juzgar; en ella el juez, con base en sus conocimientos de derecho, psicología, psociología, lógica, etc. y también con apoyo en las máximas de la experiencia, razona sobre las declaraciones, los hechos, las personas, las cosas, los documentos, las huellas, y además sobre todo aquello de reconstruir y representarse mentalmente la realidad de lo sucedido y así obtener la convicción que le permita sentenciar con justicia.

De esta manera pues, la valoración de la prueba no es otra cosa que la operación mental que realiza el juzgador con objeto de formarse una convicción sobre la eficacia que tengan los medios de prueba que se hubieran

llevado al proceso. Tal valoración tiende a verificar la concordancia entre el resultado del probar, y la hipótesis o hechos sometidos a demostración en la instancia. De acuerdo con esta actividad el órgano jurisdiccional, según se lo autorice la ley, otorga a lo probado las consecuencias y efectos que su entender y conciencia le dicten en relación con los hechos, condicionados por la prueba, para su aceptación en el fallo definitivo.

La valoración o apreciación de la prueba (especialmente de los datos recogidos) es el *proceso intelectual que consiste en una interpretación individual e integral de los resultados, que conduce a asignarles o rechazarles consecuencias jurídicas*. Es tal su importancia que por separado ha surgido una disciplina que se denomina *psicología de la aserción*. Decimos individual e integral por cuanto que han de amoldarse, tanto al *sistema unitario* como al *globalizador* de la apreciación de la prueba.

Es el *sistema unitario*, el tribunal interpreta y evalúa cada uno de los medios en particular, en tanto que en el *globalizador*, aprecia o interpreta los resultados en su conjunto, De este último recordamos la expresión *quæ singular non probant, colecta jvant* (las pruebas que en lo particular no prueban, juntas suelen hacerlo).

Pero, en suma, como lo sostenía Florián, "la apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez o debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de la pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno, de los elementos de prueba y su conjunto" (41).

Podría pensarse que la valoración únicamente es posible en la sentencia; sin embargo, no sólo son recomendables las valoraciones periódicas, sino que en cierta medida y existen a lo largo del procedimiento provisional o en el definitivo, al resolver sobre medidas cautelares; en los incidentes, en fase impugnativa, etc.

Los modos de evolución o sistemas de evolución de la prueba -como también los denomina Alcalá-Zamora se reducen básicamente a cuatro:

- a) ordálico o evolución divina,
- b) libre,
- c) tasado, legal o de tarifa, y
- d) de sana crítica o razonado.

En las *ordalias* (del germano *ordel*, y a su vez del alemán *urteil*, sentencia o juicio, que combinado con *gott* Dios, da *gotterurteile*, juicio de Dios), el hombre se considera incapaz de valorar y deja esa tarea a Dios. Así por ejemplo, en el Fuero de Cuenca (1189) otorgado por el rey Alfonso VIII (y que fue objeto de especial estudio por Alcalá-Zamora), cuando el marido acusaba a su mujer de que el hijo procreado no era de él, ella tenía que tomar con la mano un hierro candente. Si se quemaba (designio de Dios), no se le podía creer que el hijo fuera del marido, pero si sanaba, el hijo si se consideraba del padre.

En el *sistema libre* es el hombre el que evalúa. Aquí es el sentido común, no sujeto exclusivamente al razonamiento lógico, sino también al emotivo, el que asigna o no eficacia a los datos incorporados. El caso del jurado popular en México es buen ejemplo de evaluación libre, en la medida en que de acuerdo con el artículo 296 (CPP Gto.) no importan los medios a través de los cuales toma convicción, ni se establece regla alguna, a grado tal que nuestra Suprema Corte de Justicia (aun contra la obligación constitucional de fundar y motivar) ha sostenido esta absoluta libertad de valoración.

En el *sistema tasado o sistema de tarifa legal* el legislador, aún desde antes de ocurrir el evento objeto del proceso, establece una lista de medios probatorios con sus correspondientes valores; es decir, el legislador sustituye al tribunal en la valoración. Originalmente establecido por la influencia de las matemáticas, tiende a anular el arbitrio judicial, dato que hace patente la desconfianza del legislador hacia el juzgador. Nuestra ley procesal acoge en parte este sistema en la medida en que ciertas pruebas se consideran como "plenas" o "indiciarias".

Por lo que hace al *sistema razonado o de sana crítica*, la valoración no es meramente discrecional o arbitraria. La sana crítica -apunta Couture- "es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesiva abstracción de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman

de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento" (42).

Es tal vez este último sistema el que los procesalistas consideran más aceptable, donde el tribunal sin aplicar la arbitrariedad ni la operación matemática, evalúa los resultados en conjunto.

En realidad, este sistema supera los defectos del sistema libre, al tiempo que acoge lo que de favorable aporta el tasado. Este sistema de sana crítica es acogido en parte por nuestra ley procesal penal.

Así, en nuestro sistema probatorio, se establecen la *libertad de apreciación* probatoria, para los jurados, y tanto el *sistema de tarifa* como el de *sana crítica* para el tribunal ordinario.

#### **4. EL ESPIONAJE TELEFÓNICO COMO PRUEBA.**

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

Los métodos y técnicas que se utilizan en las formas modernas de delincuencia, así como su realización cada vez más violenta y su internacionalización, hace que la delincuencia organizada observe actualmente una mayor eficacia frente a los medios tradicionales de control estatal, por lo que estos también deben modernizarse para combatirla eficazmente.

Sin ello no ocurre, se debilita la capacidad efectiva del Estado para proteger los derechos fundamentales del ser humano. En ese sentido

el Organismo Legislativo Federal, a través de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, realizó una Consulta Nacional para el Combate al Narcotráfico en agosto de 1995.

En dicha consulta los legisladores expresaron su preocupación por la gravedad del fenómeno, que no sólo constituye un verdadero problema de carácter nacional, que atenta contra nuestras instituciones y altera en forma importante la convivencia social entre todos los mexicanos, sino que adquiere dimensiones internacionales, razón por la cual enfatizaron la necesidad de luchar contra él de manera más eficaz, desde una óptica multidisciplinaria y con la colaboración de todos los países, realizando las reformas legales conducentes, que regulen en forma clara como combatir al crimen organizado.

Se ha sugerido también, que en la legislación que sobre el particular se genere se establezcan "procedimientos exigentes para atacar a un grupo de delincuentes altamente sofisticados, que utilizan tecnología avanzada para la consecución de sus fines; por lo que, será necesario que la legislación que en su momento se proponga, dote de estos instrumentos de investigación a la Policía y al Ministerio Público correspondiente" señalándose como ejemplo de esos elementos de investigación, "la posibilidad de intervención de medios de comunicación, programa de protección a testigos, posibilidad de reducción de penas a quienes voluntariamente colaboren con la justicia y la legislación sobre agentes policiales encubiertos" entre otros.

Ahora bien, al plantearse la necesidad de legislar en materia de delincuencia organizada, ha surgido no solamente la posibilidad de dar origen a una legislación especial que se ocupe de ella, sino igualmente la conveniencia de sugerir reformas a la propia Constitución, con el propósito de prever en ésta, con mayor claridad, ciertas bases que permitan la adopción de algunas estrategias procedimentales frente al crimen organizado, que de alguna manera se ha puesto en entredicho su constitucionalidad, porque se ha considerado que podrían implicar vulneración de ciertos derechos fundamentales.

Entre las diversas estrategias que se consideran necesarias para poder actuar eficazmente frente a dicho fenómeno y que han dividido las opiniones en torno a su constitucionalidad, se encuentran, por una parte

*las intervenciones a los medios de comunicación privada*, como son las comunicaciones telefónicas y vigilancia electrónica con autorización judicial y por otra, la presunción como producto o beneficios del delito de los bienes de personas involucradas en la delincuencia organizada, así como de sumas de dinero, valores, y otros, que están siendo empleados para promover conductas relacionadas con la delincuencia organizada.

En efecto, al ponerse a consideración de la opinión pública este tipo de medidas, se ha observado reacciones diversas por parte de diferentes sectores sociales, encontrándose entre ellas un gran número de posiciones críticas; las que se han centrado, como se ha dicho, fundamentalmente en el aspecto constitucional de ciertas medidas.

No pueden soslayarse esos puntos de vista, sobre todo si vienen de especialistas en la materia. Ciertamente, en relación con determinadas medidas que se han venido planteando, existen diversos criterios sobre sus alcances; mientras que para algunos la adopción de ciertas medidas o estrategias se ajustan a las previsiones constitucionales, para otros las violentan y, por tanto, las consideran transgresiones a la Constitución.

Por ello, la búsqueda de mejores vías para investigar los delitos, cuyas formas de comisión presentan la mayor complejidad, debe elaborarse con creatividad, talento e inteligencia, de suerte que las herramientas de que se doten a las instituciones responsables estén plenamente legitimadas.

También partimos de la idea, de que el fortalecimiento de un Estado de Derecho no sólo requiere que la función pública sea desempeñada conforme al mandato de la norma, sino que además, demanda de la actualización constante de éstas; pues el derecho cambia en la medida en que la sociedad se transforma; el texto jurídico en este sentido, es fiel reflejo del proceso histórico continuo de transición social.

En este orden de ideas, la delincuencia que es precisamente una manifestación social, ciertamente negativa, también cambia. Algunos individuos y grupos dedicados al crimen se modernizan y perfeccionan su organización y formas de operación, mostrando con frecuencia una mayor eficacia

frente a los medios de control estatal en los diversos órdenes.

En consecuencia, los responsables de enfrentarlos, en el marco del derecho y sólo en él, deben igualmente actualizarse, agilizar sus procedimientos y mejorar su organización y capacidad de respuesta, para no quedarse rezagados y ser ineficaces frente al fenómeno delictivo. Es bajo esta perspectiva que debe enfocarse la respuesta que aquí presentamos.

Insistimos en que debe tenerse presente que la delincuencia organizada es uno de los problemas más graves por los que atraviesa no sólo nuestro país sino la comunidad mundial, que se trata de una delincuencia de carácter transnacional, que ha sido identificada en diversos foros como todo un sistema económico clandestino, con ingresos que sobrepasan el Producto Nacional Bruto de algunas naciones.

Se ha hecho la afirmación de que uno de sus componentes principales, el narcotráfico, arroja por sí mismo ganancias exorbitantes e implica, incluso, la evasión fiscal y las prácticas comerciales restrictivas para eliminar la competencia. Se ha resaltado, igualmente, que otras consecuencias de estas conductas ilegales son el comercio ilícito de armas, el uso de la fuerza física, la corrupción, la pérdida de la seguridad urbana y rural y aún la participación en conflictos políticos y étnicos, por lo que se plantea una amenaza directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados; en definitiva, debilita el Estado de Derecho y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para proteger los derechos fundamentales del ser humano.

Por tal razón, la lucha eficiente contra la delincuencia organizada es un presupuesto necesario para fortalecer al Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos en México.

En los últimos tiempos, el Ejecutivo Federal ha afirmado reiteradamente que México debe de ser un país de leyes, pues ese es el clamor de todos, en todas partes, por lo que no podemos fincar nuestras expectativas en la certidumbre de la ley y vivir en la incertidumbre de su cumplimiento. En efecto, "los mexicanos necesitamos, queremos y demandamos un sistema de justicia eficaz,

queremos que la ley sea la norma real de la convivencia" (44).

Por ello, se ha afirmado también que, para hacer frente a la extendida criminalidad, a la frecuente violación a garantías individuales y derechos humanos y a la grave inseguridad pública, habrá de emprender una honda y genuina reforma de las instituciones encargadas de la procuración de justicia, en la que se involucren, por una parte, las diversas dependencias del Ejecutivo Federal y por otra, se observe una mayor corresponsabilidad de Estados y Municipios, así como se cultiven nuevas formas de relación entre los Poderes de la Unión, a través de las cuales nos podamos acercar cada vez más, y con pleno respeto y en el marco de nuestras respectivas atribuciones, sumemos nuestra voluntad y creatividad en el construcción de un México mejor.

En este sentido, con esta fecha los juristas eruditos han presentado a la consideración del Congreso de la Unión la iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, y que una vez aprobada la presente reforma constitucional, desarrollará los cambios que aquí proponemos en el capítulo de conclusiones.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (29) Devis Echandia, Hemando. *"Teoría general de la prueba judicial"* Tomo I. 5a. Edición. Fidenter. Editor. Buenos Aires. Argentina. 1981. pág. 13
- (30) Idem. pág. 14
- (31) Ib. pág. 15
- (32) Martínez Pineda, Ángel. *"Filosofía jurídica de la prueba"*. Editorial Porrúa. S.A. México. 1995. pág. 24
- (33) Cit. por Martínez Pineda, Ángel. Op. cit. pág. 26
- (34) Cit. por Martínez Pineda, Ángel. Op. cit. pág. 27
- (35) Ib. Idem.
- (36) Carnelutti, Francesco. *"Lecciones preliminares de derecho civil y penal"*. Tomo. I Trad. Santiago Sentís Melendo. Orlando Cárdenas Editor. Irapuato, Gto. 1980. pág. 76.
- (37) Devis, Echandía, Hemando. Op. cit. pág. 123
- (38) Idem.
- (39) Florian, Eugenio. *"De las pruebas penales"*. Trad. Jorge Guerrero Tomo I 2a. Edición. Editorial Temis, Bogotá. 1976. pág. 261
- (40) Idem. pág. 268
- (41) Idem. pág. 271
- (42) Cit. por Silva Silva, Jorge Alberto. *"Derecho procesal penal"*. 2a. Edición. Harla Editores. México. 1995. pág. 543
- (43) Pacheco Pulido, Guillermo. Op. cit. pág. 17
- (44) Idem. pág. 18

**SUMARIO:** 1. Concepto y funciones del espionaje telefónico. 2. El espionaje telefónico frente al crimen organizado. 3. Necesidad de una regulación constitucional del espionaje telefónico. 4. Derechos humanos, leyes penales e investigación del delito.

## **1. CONCEPTOS Y FUNCIONES DEL ESPIONAJE TELEFONICO.**

"Espionaje" es la acción de informar sobre secretos que afecten la seguridad de un país y que pueden ser -en su uso- aprovechados en caso de guerra. El progreso creciente de los medios de comunicación y transmisión de noticias -aviación, radiotelefonía- así como la perfección de los métodos en la reproducción de objetos y sonidos -micrografía, telefotografía, dictáfonos ocultos, etc.- han dado lugar a la extrema sutileza de los servicios de información, o espionaje, cada vez más difíciles de descubrir. Los espías suelen obrar, más que por patriotismo, por los móviles de la ganancia y la aventura.

"El espionaje siempre ha existido; el problema es cómo controlarlo, para evitar que se violen las garantías individuales" (45), dice el defensor de los derechos humanos, Sergio Aguayo Quezada.

Lo preocupante es el marco jurídico e institucional en que está funcionando lo que ya existe sea espionaje telefónico o político. No hay duda que en este aspecto existe un vacío jurídico.

El Congreso de la Unión tiene una función central para imponer controles al Ejecutivo en áreas como la seguridad nacional.

Dentro de esos controles está la dimensión jurídica, un reajuste de las leyes existentes o la creación de un comité o comisión que regule cómo, cuándo y por qué se va a espiar. Y qué procedimiento debe seguirse para espiar el teléfono de alguien, porque en algunos casos podría ser un recurso, pero

hecho de manera legal.

El Centro de Investigación y Seguridad Nacional (Cisen) es el organismo del gobierno mexicano creado para desempeñar funciones de inteligencia, en un diagnóstico de circulación restringida, establece que sus prioridades sólo se identifican a partir de coyunturas sociopolíticas; que su práctica de investigación de forma primitiva, sin método científico de trabajo y con base en el conocimiento empírico del investigador, por lo que sus resultados son descriptivos, superficiales e insuficientes.

Por lo mismo, muchos de los informes de espionaje son poco confiables, debido también a otros factores como corrupción, simulación, ignorancia y/o ineptitud de los investigadores.

En tal sentido, las tareas de información, espionaje y contraespionaje, son las principales que deben realizar los hombres dedicados a misión tan difícil y peligrosa.

"La historia de los servicios secretos se remonta, como la de muchas otras instituciones políticas y sociales, a la antigüedad. Alejandro Magno tenía cuerpos de espías que le informaban sobre las fuerzas de sus enemigos potenciales y Julio César, creó un cuerpo de exploradores que se introducía subrepticamente en territorio enemigo para obtener informaciones estratégicas. Los *sbirri* de la república de Venecia tuvieron actuación importante en las intrigas políticas de la Edad Media, y el servicio secreto inglés disponía, en pleno siglo XVII, de agentes distribuidos en las principales capitales de Europa" (46).

"Los agentes del rey francés Luis XIV se hicieron famosos por su habilidad; uno de ellos logró penetrar en la cámara de la reina Ana de Inglaterra y apoderarse de correspondencia valiosa y comprometedora. Federico El Grande, monarca prusiano, y Napoleón Bonaparte llegaron a disponer de una red de informantes que les prestaron valiosos servicios. El servicio secreto en los Estados Unidos de América fue organizado por el detective Allan Pinkerton, durante la guerra de Secesión. El servicio secreto moderno, organizado en forma científica, apareció en la segunda mitad del siglo XIX, Guillermo Stieber, el genial espía de Bismarck, supo crear una red de informantes que actuó en todos los rincones del

territorio francés en la época que culminó en la guerra franco-prusiana de 1870" (47).

Los servicios secretos realizaban diversas tareas, entre las que se cuentan la obtención de informes militares tanto en épocas de paz como en tiempos de guerra y de informes de carácter político y económico. En los países totalitarios, el servicio secreto se convierte en poderosa arma del partido gobernante. Uno de los problemas más arduos que debe enfrentar todo servicio secreto es el envío de informaciones. Los métodos más comunes son la entrega del material a viajeros aparentemente inofensivos, la transmisión radiofónica clandestina y el envío de mensajes cifrados o escritos con tinta invisible.

Aún y cuando el propio Jiménez de Asúa esbozó una crítica valorativa sobre el proceso de definición, al considerarlo un problema que se termina resolviendo tautológicamente, la metodología del derecho exige un encuadre del tema a partir de establecer los conceptos invocados como tema de estudio.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos proporciona los siguiente significados:

**"Comunicación:** unión que se establece entre ciertas cosas, tales como mares, pueblos casas o habitaciones mediante pasos, crujiás, escaleras, vías canales, cables y otros recursos.

**Privado:** que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna. Particular y personal de cada uno" (48).

Es indiscutible que la protección del derecho sólo tiene lugar para los valores fundamentales de la sociedad. El propio maestro García Maynez escribió: *"Cuando se asevera que el derecho ha sido instruido para el logro de valores, con ello se indica -en lo que al mismo atañe- un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento como los demás que señala la definición propuesta en la sección I del capítulo primero, pertenece a la esencia de lo jurídico, ya que no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia los valores como la justicia, la seguridad y el bien común, para no mencionar ahora sino los fundamentales"* (49).

Lo que en este punto interesa en primera instancia, es conocer que debe entenderse por valor jurídico, para estar en condiciones de concluir si las comunicaciones y lo privado, pueden ostentar ese rango.

Sobre el concepto de valor, recuérdese el interesante diálogo sostenido entre Sócrates, Nicías y Laques sobre el tema y en el cual, se pudo establecer la distancia entre la concepción del valor como aptitud humana para la guerra y el valor como virtud general.

Sin embargo, a efecto de establecer un concepto accesible, recurro a la calificada opinión del Dr. Abelardo Rojas Roldán, quien considera a los valores jurídicos como *"entes ideales, en la medida que a ellos mismos no se les identifica como objetos concretos observables en la realidad, porque no son conductas ni objetos físicos; sin embargo tiene una existencia objetiva innegable como cualidades que presentan algunas conductas y algunos objetos. Son el calificativo positivo que atribuimos a determinadas situaciones. Son objetos ideales que tienen como principio, medio y fin nuestro espíritu. Los valores son criterios mediante los cuales distinguimos entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre la paz y la violencia, entre el orden y el desorden. Son una forma de manifestarse las cosas y las conductas por virtud de la cual decidimos si algo es más o menos valioso o bien si es antivalorativo, para los efectos de una vida íntima y social, armoniosa y equilibrada"* (50).

De lo anterior, es fácil advertir que las comunicaciones privadas, no constituyen por sí, valores jurídicos, pero forman parte de las cosas que deben tener justicia y esta última, sí constituye un valor jurídico.

## **2. EL ESPIONAJE TELEFÓNICO FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO.**

En México existen 120 centros de espionaje telefónico, instalados en las principales ciudades del país, a cargo de la Procuraduría General de la República (PGR), en complicidad con Teléfonos de México y Telégrafos Nacionales. Lo mismo en las zonas fronterizas que en el centro del país, decenas

de operadores "ganas", así llamados entre ellos, y "tecolotes" o "gaviotas" en el argot policiaco se encargan de estar al tanto de las voces que van y vienen por las líneas telefónicas.

Entre otras ciudades escogidas para instalar centros de espionaje telefónico se encuentran Tijuana, Mexicali, La Paz, Culiacán, Matamoros, Miguel Alemán, Reynosa, Ciudad Victoria, Guadalajara, Nogales, Hermosillo, Ciudad Obregon, Piedras Negras, Ciudad Juárez, Chihuahua, Torreón, Saltillo, Durango, Guanajuato, San Luis Potosí, Uruapan, Querétaro, Veracruz, Acapulco, Oaxaca, Villahermosa, Mérida, Cancún, Campeche, San Cristobal de las Casas, Tuxtla Gutiérrez y el Distrito Federal.

Esta práctica era realizada, hasta fines de los años 70, por la Dirección de Seguridad y la Dirección de Investigaciones Políticas y Sociales, ambas de la Secretaría de Gobernación, y el Servicio de Inteligencia Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, así como la CIA; en la actualidad, la llevan a cabo, además de la PGR, los Servicios de Inteligencia de Gobernación y de la Sedena, e incluso la DEA.

El centro de espionaje en la ciudad de México "alambrea" unos 290 teléfonos en el país, incluidos los del Palacio de Gobierno, alcaldías, partidos de oposición, periódicos, organizaciones estudiantiles, sindicatos, empresas, defensorías de derechos humanos, aeropuertos, líneas de aviación, cuerpos policiacos y domicilios particulares se encuentran intervenidos ilícitamente.

La extensa red de espionaje llega también a los aparatos telefónicos de algunos agentes y comandantes de la Policía Judicial Federal que, a juicio de sus jefes, son considerados como "chivatones".

Al frente de la llamada "Operación Tecolote" a nivel nacional, está (o, quizás estaba) el ing. Pedro Peregrino de la Fuente, Director de Telecomunicaciones de la PGR, con oficina central en el hangar de esa dependencia en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, según lo indican algunas publicaciones nacionales que a ello se atreven y, se escucha, además, en los corrillos de la propia Procuraduría de la República. Es sin duda ya, un secreto a voces.

Desde ahí, se supervisa, controla, sugiere, explica, manda y reciben órdenes. Se contrata el arrendamiento de las oficinas que convierte en centros de espionaje. Seleccionan al personal de Telégrafos de México que luego son comisionados como "tecolotes" en todo el país. Concertan con los jefes de seguridad de Teléfonos de México, en las distintas plazas, para que, con absoluta discreción, instalen las redes de "alambreo". Adquieren el equipo de monitoreo y grabado, que incluye sistemas receptores de Ultra Alta Frecuencia (UHF, por sus siglas en inglés), para interceptar llamadas de telefonía celular. Y es el enlace principal entre la PGR y los altos mandos del gobierno.

No hay motivo para que el espionaje se interrumpa: los operadores están atentos día y noche, todos los días del año, pues nunca se sabe el día ni la hora en que el espionado dirá lo que al "tecolote" le interesa.

La intervención de las líneas telefónicas se puede hacer de la forma más sencilla: conectando una grabadora a la caja secundaria, a la que llegan directamente las líneas del teléfono que se espía. Actualmente existen formas más modernas, con el apoyo de un conmutador electrónico-multiplexor, que permite intervenir automáticamente cualquier línea telefónica.

El enlace de interceptación se produce al conectar al conmutador en forma paralela a la línea que se busca intervenir, como quien conecta una extensión telefónica adicional. Al conmutador llegan los cables de todos los teléfonos que se espía; este aparato, a su vez, está conectado a una serie de grabadoras activadas automáticamente; pero pueden ser desconectadas manualmente por el operador de guardia, que por medio de unos audífonos escucha si una de las dos voces al teléfono interesan o no.

Las líneas "colgadas" están conectadas con la red general de telefonía citadina a través de la Central Telefónica Local de cada ciudad (CTL) que, asimismo, se enlaza con todas las cajas secundarias que existen en cada sector. De esta manera, personal especializado en "alambreo", a recomendación de los espías, puede hacer cambios de línea para ir -si el conmutador está saturado- desconectando a los que ya no interesa espionar o conectando nuevos "abonados". Una vez ya grabados los mensajes, son transcritos a máquina o en computadora y se anexan a los casetes para ser enviados

dírectamente al ingeniero Pedro Peregrino quien por disposición de la PGR es el encargado de esta "delicada misión".

"El espionaje telefónico es una práctica que fue denunciada en múltiples ocasiones, involucrando al gobierno mexicano y Teléfonos de México, cuando esta empresa era estatal. Hoy continúa, con la diferencia de que Telmex es una empresa privada cuyo director, Carlos Slim, fue uno de los principales beneficiarios de la política neoliberal económica de la administración Salinista y considerado como uno de los 24 mexicanos más ricos, según la revista *Forbes*" (51).

Con motivo del movimiento estudiantil de 1968, en el gobierno de Gustavo Díaz Ordaz fue creado el Servicio de Inteligencia Militar como una de las formas más agresivas de espionaje político.

A mediados de 1977 Heberto Castillo relató que "un día, ya como procurador de la República, me llamó Pedro Ojeda Paullada. Me dijo: necesito platicarle algo, pero tengo que hacerlo personalmente... porque su teléfono, ingeniero, está intervenido" (52).

Aunque eran ya muchas las denuncias de políticos, grupos empresariales y sindicatos en contra del espionaje telefónico, fue hasta noviembre de 1979 cuando la Cámara de Diputados creó una Comisión Investigadora para este caso. Sin embargo, tras de cuatro meses de investigación, los diputados comisionados llegaron a la conclusión de la que partieron: no sabían nada, porque desconocían en dónde y cómo se operaba.

Dos años después se denunció la creación de un grupo denominado "Servicios Especiales" en Teléfonos de México, dedicado a desempeñar trabajos de espionaje, vigilancia constante y agitación dentro del sindicato, entre otras actividades.

Si anteriormente uno de los organismos encargados del espionaje telefónico con fines políticos era la CIA, con otros nacionales, ahora lo es también la DEA, así como el Centro de Planeación Contra las Drogas (Cendro) de la PGR, para el caso del narcotráfico. Un ejemplo de este rastreo, es el caso TD-

87-0007 de la DEA, en el que aparecen las fichas de varios miembros del Cártel del Golfo.

En el aspecto legal, el artículo 551 de la Ley de Vías Generales de Comunicación establece que se castigará con las penas que señala el Código Penal para el delito de revelación de secretos "al que indebidamente y en perjuicio de otros, intercepte, divulgue, revele, aproveche sus mensajes, noticias o información que escuche y que no estén destinados a él o al público en general" (53).

Los concesionarios o permisionarios de comunicaciones eléctricas que infrinjan lo dispuesto en el artículo 384 de esta ley, referente a la privacidad, serán castigados de 15 días a un año de cárcel y multa de diez a mil nuevos pesos. Por su parte, el artículo 247 del Código Penal en el Estado dice que "se aplicará prisión de 6 meses a 4 años y de 3 días a 10 días multa ... al que sin causa justa causa, en perjuicio de otro, revelare algún secreto o comunicación reservada que haya conocido con motivo de su profesión, cargo, empleo u oficio, o de su relación con el agraviado o sus familiares" (54).

Desde el año de 1992 se había forjado la idea de dar legitimidad al problema del espionaje telefónico, sobre todo como un medio de dar lucha frontal al crimen organizado, particularmente en relación al problema de las drogas. Ello es así, por que el problema de la droga se agudiza, los indicadores apuntan hacia una cada vez mayor complejidad, que a la postre les permitía evadir a las autoridades.

Entonces, como una manera de enfrentar a los grandes cárteles de la droga, se vio la necesidad de permitir dentro de las facultades del Ministerio Público, la facultad de "investigación" a través del espionaje telefónico, cuestión a la que se le vio con escepticismo, debido a que se le estimó más como una "facultad opresiva y represiva", que sumada al monopolio del ejercicio de la acción penal, habría de convertir a los Fiscales en detentadores de un poder extremadamente supremo.

El caso es que la idea fructificó y encontró el eco debido en los órganos legislativos, lo que ahora se discute, no solo es el hecho de espiar

sino el ¿que hacer, con la información derivada del espiar?. Pero lo cierto es que, la idea fue bastante original.

### **3. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESPIONAJE TELEFÓNICO.**

La protección jurídica de las comunicaciones y el problema de su intervención, no es nuevo. Así lo demuestra una de las ordenanzas del entonces Rey Don Carlos IV, por virtud de la cual, el Superintendente General de Correos de España, podría ordenar la apertura de cartas en los casos que hubiere alguna sospecha fundada. En el derecho patrio, podemos hallar como antecedentes de protección de las comunicaciones, los siguientes:

El proyecto de reforma de 30 de junio de 1840, contiene en la fracción XIII, del artículo 9, el derecho del mexicano de no ser cateado en su casa ni sus papeles, sino en los casos y con los requisitos prevenidos literalmente en las leyes. Si se atiende a la fecha del proyecto, resulta fácil concluir que la comunicación por excelencia de la época, era el correo y utilizando una interpretación extensiva, que en el caso de derechos es permisible, considero que tal proyecto y disposición en especial, brindaba protección a las comunicaciones privadas.

El artículo 9 del proyecto de la Constitución federal Mexicana de 1857, permitía la detención de la circulación de la correspondencia privada y los demás papeles que circulaban por las estafetas por grave interés de la causa pública. Lo subjetivo de esta determinación, fue la condena de su fracaso, toda vez que no era posible dejar a la apreciación de una autoridad de correo, cuando una circulación era de grave interés para la causa pública; lo que motivó a que tan sólo se recogiera en esa Carta Federal, la protección de la correspondencia que bajo cubierta, circulaba por las estafetas, en su artículo 25.

El Código Postal de los estados Unidos Mexicanos vigente desde el 1o. de Enero de 1884, en su capítulo VI, denominado "Inviolabilidad de correspondencia", recogía la garantía del secreto de la

correspondencia y el artículo 248 del citado Código, nos da muestra de ello al disponer: "El respeto a la inviolabilidad de la correspondencia, es el primero y más sagrado de los deberes de todo empleado de correos en el desempeño de su cargo". Se penaba la acción del empleado postal que abriera una comunicación, así como la del encargado de la administración que omitiera tomar las precauciones necesarias para hacer efectiva la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia.

El artículo 25 de la Constitución del '57, sobrevivió de manera independiente en la Constitución de 1917, para posteriormente pasar a formar parte del actual artículo 16 de la Constitución vigente. La garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones, pertenece al grupo de las garantías de libertad.

En el ámbito penal, la tutela de las comunicaciones presenta problemas de concurrencia de normas, por la vaguedad e indefinición de algunos conceptos, aunado al avance tecnológico que dejó atrás a la dinámica legislativa. Por ejemplo, el artículo 210 del Código Penal Federal, establece la penalidad y el tipo básico del delito de revelación de secretos, el cual dispone: "Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pudiere resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto" (55).

Por su parte, la Ley de Vías Generales de Comunicación de 30 de diciembre de 1939, castiga en su artículo 571, con las mismas penas para el delito de revelación de secretos, "al que indebidamente y en perjuicio de otro, intercepte, divulgue, revele o aproveche los mensajes, noticias o informaciones que escuche y que no estén destinados a él o al público en general" (56).

El artículo 576, establece una penalidad de un mes a un año, al que indebidamente abra, destruya o substraiga alguna pieza de correspondencia cerrada, confiada al correo. Por último, el artículo 578, prevé que a los empleados de comunicaciones eléctricas y postales que indebidamente proporcionen informes acerca de las personas que sostengan relaciones por esos medios de comunicación, se le aplicarán de diez días a tres meses de prisión y quedarán, además destituidos de su cargo.

Es hasta el año de 1981, cuando en el Código Penal Federal, se establece una penalidad para aquéllos que dolosa e indebidamente intervengan la comunicación telefónica de terceras personas, al adicionar al artículo 167, la fracción IX.

Esto nos lleva a señalar entonces, que la persona por razón constitucional debe estar protegida en sus atributos; protegida en todos los derechos que se derivan de su esencia y naturaleza humana; protegida en todos los derechos que se derivan de su nombre, su domicilio, su patrimonio, que son elementos además que encuadran a su vez en la propia naturaleza de sus garantías individuales.

De ahí entonces, que puedo deducir y afirmar que todos esos derechos de la personalidad están encuadrados dentro de la gama de garantías individuales que enumera la Constitución General de la República, si bien esto no es expreso, afirmamos que de acuerdo con la evolución histórica de nuestro Derecho Constitucional, las garantías individuales protegen toda la estructura y naturaleza de la persona. La interpretación más simple nos debe llevar a este razonamiento.

Por ello, la persona deber ser respetada en la intimidad de su patrimonio, en la intimidad de su dignidad, en la intimidad de sus estructura moral, en su privacidad.

"Cabe señalar que el Código Civil del Estado de Puebla incluye expresamente en su legislación a través de "los derechos de la personalidad" la protección a la vida jurídica del "secreto" .

"Artículo 76.- Toda persona debe tener derecho a que se respete:

El secreto epistolar, telefónico, profesional, testamentario y de su vida privada.

Artículo 77.- Sin consentimiento no pueden revelarse los secretos de ésta, a menos que la revelación deba realizarse por un interés legítimo de quien la haga o en cumplimiento de un deber legal" (57).

México está, por razones económicas, dentro de un tratado trilateral de libre comercio, y ha suscrito otra serie de tratados comerciales; esto ha generado una mayor legislación, o más legislación; es incuestionable que a mayor legislación hay mayor intervención de la autoridad en la vida de relación de las personas, se genera mayor información privada en manos de terceros y de las autoridades, esto hizo que recientemente se creara una Comisión Nacional de Derechos Humanos a fin de proteger los derechos de las personas frente a la intervención estatal por el surgimiento de demasiadas normas jurídicas.

Ahora bien, hay mayor información privada en manos de terceros y de autoridad por el desenvolvimiento comercial mundial, por la interdependencia económica en que está imbuido nuestro país, lo que genera el manejo de información financiera, contable, de invención, e inversión etc., por entidades públicas y privadas, lo que implica que debe fortalecerse a las instituciones jurídicas que protegen los derechos de la personalidad, aclarar puntos de derecho constitucional al respecto, así como a las normas que tutelan los derechos de la personalidad, en especial los derivados de los "secretos" en todos sus órdenes jurídicos. Esto es, el secreto debe siempre permanecer siéndolo, o sea, debe seguir siendo, eso, un secreto.

Se deberá establecer que dichos derechos son inalienables e imprescriptibles, lo que les da mayor solidez y protección, se estableció el secreto epistolar, telefónico, profesional, testamentario y de la vida privada. Quien viole esos derechos queda sujeto a responsabilidades civiles, penales, administrativas, y sobre todo, la responsabilidad y su consecuente pago de daños y perjuicios.

Entonces afirmaré que sí está protegido el secreto con bases en el Derecho Constitucional, y que nadie puede interferir en asuntos que protejan los derechos a la intimidad.

Debe partirse del presupuesto, al tocar este tema, de que los derechos de la personalidad integran o representan en sí mismos, la propia dignidad de la persona, y como señalara el jurista licenciado Miguel González Avelar "...que creía por sobre todas las cosas en la dignidad de cada individuo y que en el respeto de ella estaba la felicidad social..." (58); afirmamos con él, pues, que

buscamos el bienestar de la sociedad fortaleciendo la dignidad humana a través de mejores normas de derechos.

Sí sería muy importante que se plantearan las reformas constitucionales para que en forma precisa, clara, indubitable, se especificara que el secreto en todos sus aspectos forma parte de las garantías individuales y que está integrado a la naturaleza de la persona misma. Debe el "secreto" considerarse como un derecho humano.

Este tipo de derechos surgen por la propia naturaleza humana. Se discute mucho aún sobre esta normatividad y sus fundamentos, sin embargo sí se reconoce la existencia de valores que conforman la personalidad, y que se han de robustecer y proteger como tales valores.

Los derechos al secreto, al honor, a la imagen, a la libertad, a la forma de pensar, entre otros, conforman los derechos de la personalidad, mismos que la legislación civil federal contempla aisladamente, como ya veremos; derechos de la personalidad que son producto de una batalla jurídica por incorporarlos totalmente a la legislación general de los Estados de la República y al propio Código Civil Federal.

Es importante, como lo voy estar señalando, que casi todos los derechos de la personalidad, están protegidos por la confidenciabilidad, se protege el honor, la reputación, el afecto que se le tenga a la persona, sus documentos, sus circunstancias privadas, los hechos íntimos que conforman su vida y su imagen.

Su vida comercial cae también en sus derechos privados y se protegen a través de otorgarle la categoría de confidenciabilidad.

Los derechos de la personalidad son oponibles a particulares y a las autoridades, no quiere decir ello, que los derechos de la personalidad sean intocables, lo que debemos entender, es que dichos derechos sólo pueden ser afectados si se ajustan las autoridades a los mandatos y procedimientos legales, si fundan y motivan sus resoluciones, siempre y no atenten contra la moral y las buenas costumbres.

Por otro lado, los derechos de la personalidad quedan sujetos igualmente al mundo del Derecho, y en su caso, a las mismas limitaciones que establecen las leyes frente a los derechos de la colectividad.

Los particulares, igualmente, están obligados a respetar los derechos de la personalidad.

Debe, sin embargo, legislarse aún mucho más sobre los derechos de la personalidad, sobre su intimidad, frente a un mundo velozmente cambiante, transformador y absorbente de los derechos privados por el manejo indiscriminado de datos e información que corresponde sólo a los particulares.

Hoy se cree que nada hay privado; que todo el mundo "tiene derecho" a conocer las intimidades de los demás y a publicarlas.

Y en México, como antes dije, ese derecho no está ni de manera clara definido, ni eficazmente tutelado. Los artículos 6o. y 7o. constitucionales consagran el derecho a la manifestación de las ideas, oralmente o por escrito, y aunque fijan como límites la moral, los derechos de terceros, la vida privada, el orden y la paz pública, como estos conceptos no están bien precitados, la limitación es muy relativa, pues los titulares de derechos conculcados dependerían de la interpretación de la ley por los tribunales, que suele ser más restrictiva que audaz.

Cierto que los conceptos enumerados son de difícil definición, como se pone de manifiesto cuando los estudiosos tratan de hacerlo, pero deben definirse del mejor modo posible a reserva de ir precisando el concepto a tono con la experiencia y con la jurisprudencia. Lo peor es abandonar tan importante sector de la vida humana a la voracidad de los desvergonzados.

De la anterior descripción y de la doctrina existente al caso se deriva la multitud de derechos que abarca el valor "intimidad" como derecho de la personalidad, y que de una u otra forma quedan protegidos por la confidencialidad.

Empero, acaso la más importante inquietud sobre esta

reforma, es la relativa al Control Constitucional. Sabemos de la existencia de un medio previsto por la Constitución para evitar que las autoridades violen su contenido y que conocemos como juicio de amparo. La primer interrogante es ¿Procede el amparo contra la intervención de una comunicación privada?

Es evidente que para la procedencia del amparo, debemos analizar primero la existencia de un acto de autoridad y posteriormente, la oportunidad procesal de su presentación. En el caso que nos ocupa, se trataría de una intervención autorizada por un Juez Federal y ejecutada por una autoridad investigadora, quienes tendrían el carácter de autoridades ordenadora y ejecutora respectivamente.

El acto reclamado, lo constituiría precisamente la intervención de la comunicación privada. La garantía violada sería el propio artículo 16 Constitucional y los conceptos de violación, se encaminarían a atacar la ausencia de alguno de los requisitos establecidos por la propia reforma.

Pero no podremos reclamar los vicios en que hubiese incurrido la autoridad investigadora al solicitar la autorización, sino el razonamiento expuesto por la autoridad judicial federal para concederla. Aunque aquí resulta otro problema: Dada la naturaleza del acto, el quejoso no tendrá oportunidad de conocerla y en consecuencia, no podrá rebatirla jurídicamente.

Tendrá conocimiento de la intervención, ya por indiscreción de un servidor público, por la audacia de su representante o por la colocación de "scanners" en sus sistemas telefónicos. Como se trata de materia penal, pero no es un acto que ataque la libertad personal, para el término de su intervención deberá estarse a la regla general del artículo 21 de la Ley de Amparo y que es de 15 días. Ahora, si la intervención dura tan sólo un mes, el amparo no habrá sido resuelto para entonces y quedará sin materia. La única oportunidad de volver a combatir esa intervención, será cuando se promueva el amparo contra la orden de aprehensión, la formal prisión o la sentencia definitiva. Pero para entonces, el daño estará consumado.

Ahora, la suspensión del acto reclamado, reviste otro tema de discusión. Una intervención, que se da con el tiempo, es un acto de tracto

sucesivo, que naturalmente es suspendible, pero legalmente no lo es.

Lo anterior, porque los Jueces de Control Constitucional, seguramente negarán esta medida cautelar, apoyándose en la fracción II, del artículo 124, de la Ley de Amparo, al aducir que de concederse la suspensión, se estarán contraviniendo disposiciones de orden público y se afectaría al interés social, toda vez que la sociedad está interesada en que se combata al delito. ¿Y si la persona es inocente? ¿Que pasará con su privacidad? ¿Quedará como rehén de una autoridad ineficaz?

#### **4. DERECHOS HUMANOS, LEYES PENALES E INVESTIGACIÓN DEL DELITO.**

Es evidente la derrota que el Estado mexicano ha sufrido en la guerra contra la delincuencia. Por ello, ha buscado implementar mecanismos de control que le permitan mejores condiciones para combatirla, ante lo caduco de los mecanismos sociales, la adversidad económica y la ineficacia en la conducción política.

La reforma constitucional del artículo 16 del 3 de julio de 1996, contiene un estudio generalizado sobre las comunicaciones privadas, su importancia y protección jurídicas, así como diversos planteamientos en su aplicación.

En materia política y criminal, la intervención de la comunicaciones privadas es tan habitual, que los actores de cada campo, buscan la manera de evitar las escuchas, en tanto que el materialismo tecnológico ofrece a unos y otros, los mayores adelantos para intervenir y para evitar intervenciones. Ello ante el avance de la delincuencia organizada que utiliza diversos sistemas de comunicación para coordinar sus operaciones.

En esta perspectiva, se consideró necesario reformar la Constitución para autorizar la intervención de las comunicaciones privadas, pero sólo mediante la autorización judicial.

“Cuando se eleva a rango constitucional este “permiso”, hubo quienes indicaron que la propia Carta Magna autorizaba actos de molestia en la persona y en el domicilio, pero, mediante escrito fundado y motivado, consecuentemente la intervención de las comunicaciones privadas podría realizarse apegándose a este mandato federal” (59).

Por otro lado, una segunda posición nos alertó sobre la necesidad de autorizar de manera expresa, esta facultad a fin de evitar interpretaciones equívocas, de tal suerte que entonces, el problema de la intervención telefónica se vio cristalizado en la reciente reforma.

Así entonces, con esta reforma, la comunicación privada en general, y ya no sólo la del correo, alcanzan el grado de garantía individual, al establecer que aquélla es inviolable.

“La intervención de las comunicaciones privadas exige como requisitos constitucionales los siguientes:

1. Que se formule por escrito.
2. Que funde y motiven las causas legales de la solicitud.
3. Que se exprese el tipo de intervención.
4. Los sujetos de la misma.
5. Su duración” (60).

Respecto de los dos primeros requisitos, ha de notarse que el proceso penal nuestro es casi siempre escrito y excepcionalmente oral; además que, el legislador impone también la obligación de la autoridad para fundar y motivar su acto de autoridad, no obstante que ya el propio artículo 16 constitucional lo menciona.

El tercer requisito tiene por objeto destacar el tipo de intervención, lo que desde luego, implica que la autoridad deberá mediante una proposición concreta indicarle al órgano jurisdiccional el objeto a intervenir, llámese teléfono, fax, radio localizador, correspondencia o cualquier otro.

Un cuarto requisito, es decir, el que se refiere a los

sujetos materia de la intervención, es de suyo discutible, sobre todo cuando la autoridad investigadora desconozca los nombres de las personas cuya comunicación desee intervenir.

El último requisito, relativo al tiempo de duración, queda como un delicado encargo para la labor de los legisladores locales, habida cuenta que la Constitución no establece ni limita su duración, el tiempo entonces será el que el estime prudente para el desarrollo de esa investigación, por otro lado, no han de permitirse intervenciones perennes que dejen al ciudadano en un estado de incertidumbre.

Esta intervención tiene excepciones en la materia electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral, administrativo y las comunicaciones del detenido con su defensor. Quiere decir esto que las intervenciones sólo han de realizarse en la materia penal, para cualquier delito sea del orden común o federal.

Finalmente, una de las aristas más complicadas del problema se refieren a que, tratándose de la intervención telefónica, ¿qué tipo de prueba constituye en el proceso penal?, acaso es un documento, un testimonio, una confesión calificada y, en el caso de ser transcrita y que se ofreciera como un documento, ¿cómo se perfeccionaría?, acaso también lo sería a través de una pericial en fonometría y, ¿si el probable responsable, llegara a resistirse, se le obligaría a hablar para la toma de la prueba?. Ello representa una serie de interrogantes muy interesantes.

En estas cuestiones, desde luego, habrán de ser las autoridades investigadoras, como la judicial, siempre respetuosas del marco de los derechos humanos de aquel a quien se escuchan sus llamadas telefónicas.

En efecto, es necesario reconocer que la proliferación de la tecnología informática y el surgimiento de una sociedad informatizada que provoca cambios fundamentales en todos los aspectos de la vida cotidiana, es el reto para el campo del Derecho. Es precisamente necesario, que el Derecho no se quede a la zaga de los avances en materia de tecnología.

Debemos tomar en cuenta que una serie de actividades

antisociales están corrompiendo la tecnología informática en perjuicio de las personas y todos los sectores de la sociedad. Esto, ha provocado que el abuso de la tecnología informática se convierta en una preocupación tanto a nivel nacional como internacional.

Consiente que la rápida expansión de la interconexión de la tecnología informática en el ámbito mundial trasciende a las fronteras nacionales tradicionales, involucrando tanto a los países en desarrollo como a los plenamente desarrollados. De tal modo, que el jurista en la actualidad ha de mirar a la manera e instrumentación de un mecanismo que regule el uso y la obtención del producto derivado de la intervención de las comunicaciones privadas.

A mi juicio, sería conveniente el implementar una serie de medidas preventivas de delitos informáticos, recordemos que, más importante es la prevención que la represión.

Existe un creciente reconocimiento de que han aumentado las opciones no penales para prevenir el delito informático. Estas medidas, conjuntamente con enfoques creativos debe estimularse en los niveles nacional, supranacional e internacional, para permanecer constantemente actualizados con las innovaciones tecnológicas.

Como dije a mi parecer esas medidas serían las siguientes:

1.- La implementación voluntaria de medidas de seguridad, por parte de los usuarios de la informática.

2.- La imposición de medidas de seguridad obligatorias en ciertos sectores sensibles.

3.- La elaboración e implantación de leyes políticas y orientaciones sobre la seguridad en la informática, por los gobiernos nacionales.

4.- El compromiso en pro de la seguridad y la prevención del delito, por parte de las autoridades encargadas de la procuración y la

administración de justicia, incluyendo a la ciudadanía en general.

5.- La incorporación, explicación y promoción de medidas de seguridad por la industria de la tecnología informática.

6.- El desarrollo, fomento y práctica de ética informática por todos los sectores de la sociedad, especialmente los institutos de la educación, asociaciones profesionales y público en general.

7.- La práctica de patrones profesionales en la industria de proceso de datos, inclusive la posibilidad de utilizar medidas disciplinarias.

8.- Promover la cooperación entre las víctimas, notificando sobre el delito informático.

9.- Entrenamiento y educación personal en los sistemas de investigación, prosecución y judiciales.

También debemos reconocer que el abuso de la tecnología informática afecta tanto los intereses de carácter económico relacionados a la informática, cuanto a los orientados a la intimidad, abarcando situaciones en que el proceso y sus componentes sólo se utilizan como herramientas para infringir los valores tradicionales, así como cuando son objeto directo de una conducta delictiva.

Por otra parte, el desarrollo de la tecnología informática exterioriza la emergencia de nuevos tipos de intereses que requieren protección legal, especialmente la integridad de los sistemas informáticos.

En resumen, también es necesario establecer un límite a la necesidad de saber por parte del Estado para no vulnerar la intimidad del escuchado y, hasta donde éste último tiene derecho a ocultar la información que el clasifica como personalísima y que en nada atañe al interés social.

Esta última reflexión seguramente encuentra respuesta en el capítulo propositivo de este trabajo.

Tomando en consideración los avances alcanzados por la tecnología informática, el aumento de la criminalidad conexas y el considerable valor intangible en la era de la información, es importante buscar la conveniencia de promover una investigación profunda en concordancia con las tradiciones legales y culturales.

En el área de la intimidad, las disposiciones penales deben utilizarse particularmente:

a) En casos graves, especialmente aquellos que involucran datos altamente confidenciales o sensibles tradicionalmente protegida por la ley.

b) Deben encontrarse definidas clara y precisamente, y no a través del uso de cláusulas vagas o generales, las leyes sustantivas que tiendan a proteger la intimidad.

c) Es necesario establecer la diferencia entre los niveles de gravedad de las infracciones y respetar las exigencias de la culpabilidad.

d) La penalidad debe restringirse primordialmente a actos intencionales y

e) Se debe permitir que las autoridades de enjuiciamiento tomen en cuenta, en lo que atañe a algunos tipos de delitos, la voluntad de la víctima en cuanto al ejercicio de la acción penal.

Las comunidades académicas y científicas, conjuntamente con los gobiernos deben empezar a comprometerse al análisis profundo sobre los delitos de tecnología informática.

A los jóvenes importa el tema y despierta inquietudes, lo anterior es apenas una llamada de atención a un problema que debe preocuparnos, pero más aún, empecemos a buscar soluciones.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (45) Díaz Torres, Carlos. *"El espionaje telefónico en México"*. Revista Proceso No. 987 del 28 de junio de 1997. pág. 14
- (46) Andrade Sánchez, Eduardo. *"Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado"*. Ediciones UNAM. México. 1996. pág. 57
- (47) Idem. pág. 58
- (48) Diccionario Enciclopédico Hispano Americano. México. 1984. pág. 376
- (49) García Maynez, Eduardo. *"Introducción al estudio del derecho"*. 8a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1981. pág. 76
- (50) Cit. por Regino, Gabriel. *"La intervención de las comunicaciones privadas"*. Revista Criminalia. Año LXII. No.2. México. Mayo-Agosto. 1996. pág. 27
- (51) Andrade Sánchez, Eduardo. Op. cit. pág. 63
- (52) Idem. pág. 66
- (53) *"Ley General de Vías de Comunicación"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1997. pág. 45
- (54) *"Código Penal para el Estado de Guanajuato"*. Orlando Cardenas Editores. Irapuato, Gto., 1997. pág. 118
- (55) *"Código Penal Federal"*. Cuadernos. No. 4a. Morelia. Mich. 1997. pág. 27
- (56) *"Ley General de Vías..."*. pág. 63
- (57) *"Código Civil para el Estado de Puebla"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996. pág. 223
- (58) Andrade Sánchez, Eduardo. Op. cit. pág. 91
- (59) Regino, Gabriel. Op. cit. pág. 33
- (60) Idem. pág. 34

## CONCLUSIONES

Es evidente la derrota que el Estado Mexicano ha sufrido en su lucha frente a la delincuencia. Debido a ello, ha buscado implementar mecanismos de control que le brinden mejores condiciones para combatirla, habida cuenta que ya las ideas como la educación, la crisis económica, laboral, social y política han pasado a segundo término.

No se trata de hallar soluciones mediante la elaboración indiscriminada de leyes penales tanto sustantivas como adjetivas, al contrario, lo urgente radica en vigorizar un sistema penal corrompido y corroído a modo de lograr concretizar la pretensión punitiva del aparato estatal. Labor para la cual las garantías individuales se convierten en un dique.

Precisamente por eso, los beneficios deducidos de las garantías individuales reducen la actuación del aparato estatal. Y es en las últimas reformas, donde se advierte la intención de los legisladores de plasmar en el proceso penal mexicano, un sistema que se aparte de lo difuso y contradictorio que es el drama penal.

En el naciente siglo XXI, cuando las sociedades internacionales pretenden avanzar hacia una globalización en todos los aspectos, México se ha ido convirtiendo paulatinamente en un rehén de la delincuencia, organizada, eventual y hasta terrorista, que se escuda en la nula efectividad de nuestra policía y en la falta de valor cívico de las víctimas para denunciar los hechos, solo que últimamente ha incrementado su presencia a través de la ley y mediante la profesionalización de los cuerpos policiales.

A partir del mes de julio de 1996 se presentó una reforma al texto del artículo 16 Constitucional, donde se abre la posibilidad de *intervenir las comunicaciones privadas* asemejando este instituto a la diligencia de *cateo* que se conoce en materia penal. Tan esa fue la intención del legislador que la

plasma en la actual Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

A modo de ser tradicionalista enunciaré los conceptos en que se centran mis conclusiones, a saber:

1.- Por principio de cuentas, es indiscutible que el legislador penal ha actuado y obedecido para transformar la ley -sea sustantiva o adjetiva- siempre a la moda. Esto es, en nuestra cultura penal carecemos de una sistemática adecuada para contar con una sana y recta "Política Penal Legislativa" donde efectivamente el legislador refleje el sentir de la sociedad, pero, se necesita, también, que el legislador conozca el campo sobre el que realiza su función. Que no se convierta en un simple legislador de escritorio.

La protección del derecho sólo tiene lugar para los valores fundamentales de la sociedad, como la justicia, la seguridad y el bien común, que son fundamentales, apartándose de aquellos que solo tienen relevancia en una época cierta, pero que superado el trance se olvidan. El legislador penal ha de considerar que los "valores jurídicos" no son objetos concretos observables en la realidad; sin embargo, tienen una existencia objetiva innegable como cualidades que presentan algunas conductas y algunos objetos. Son el calificativo que atribuimos a determinadas situaciones, son objetos ideales.

Los valores deben ser criterios mediante los cuales distinguimos entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre la paz y la violencia, entre el orden y el desorden. Es una forma de manifestarse la conducta por virtud de la cual decidimos algo más o menos valioso, para los efectos de una vida social armoniosa y equilibrada.

En suma, el legislador penal debe atender al hecho de que cuando se pretenda una reforma legal debe tener en cuenta la justicia, porque ésta última sí constituye un valor jurídico.

Las circunstancias en que se ha desarrollado la historia contemporánea de México, pueden considerarse como difíciles, debido principalmente a la ya perenne crisis económica. En materia política y criminal, la

intervención de las comunicaciones privadas es tan habitual, que los actores de cada campo, buscan la manera de evitar las "escuchas", en tanto que el materialismo tecnológico ofrece a unos y a otros, los mayores adelantos para intervenir y para evitar intervenciones.

Considerando que la llamada "delincuencia organizada" ha utilizado diversos sistemas de comunicación para coordinar sus operaciones, el Ejecutivo consideró necesario reformar la Constitución, para autorizar la intervención de las comunicaciones privadas.

El término tan amplio, se decidió para abarcar todo el género que sobre la materia se puede presentar (telefonía celular, convencional, radio, mensajería, tele, fax, correo, paquetería, correo electrónico, etc.). La iniciativa enviada a la Cámara de Diputados por el Presidente de la República, Ernesto Zedillo, pretendía que dicha intervención sólo se autorizará en tratándose de delitos graves y de delincuencia organizada.

Se pretendió incluso, que se permitiera la colocación de aparatos de registro ambiental, como son los micrófonos. Esta intención representa una serie de dificultades, como el hecho de que la autoridad que los colocara, debería hacerlo en la clandestinidad y de manera furtiva para evitar que los sujetos de la intervención, no lo supieran; pero para el caso de acceder a una oficina, establecimiento u hogar, deberían contar con autorización judicial.

Incluso cuando se discutió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se establecieron dos posiciones:

a) Sostenía que no era necesaria una reforma constitucional al artículo 16, sobre todo cuando se atendía al primer párrafo del citado precepto que dispone "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". Según esta postura, la autorización de los "actos de molestia" equivale a la autorización de la intervención de las comunicaciones privadas, siempre que se realicen apegándose a un mandato federal.

b) Otros sostienen y alertan a la necesidad de autorizar de manera expresa esta facultad a fin de evitar interpretaciones equívocas, aún cuando no se obtiene la finalidad propuesta ni se evitan las distorsiones elementales.

2.- La *comunicación privada* en general, y ya no solo la del correo, alcanza el grado de garantía individual, al establecer que aquella es inviolable.

Aquí surge una inquietud, del porqué el legislador tan sólo permitió que la autoridad judicial federal, sea la que conozca de las peticiones para intervenir una comunicación privada, ¿Es acaso que en México existen diversos tipos de justicia?, ¿El propio Estado desconfía de la capacidad y aptitud de los jueces de primera instancia y por ello solo prefiere a las autoridades jurisdiccionales y de procuración de justicia en materia federal?.

Lo anterior cobra relevancia si atendemos a que son solamente dos tipos de autoridades las que pueden solicitar la autorización para la intervención de las comunicaciones privadas:

- a) Cualquier autoridad federal, que determine la ley, y
- b) El titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente.

Así entonces, respecto del primero pensaríamos en el Procurador General de la República, necesariamente, pero es bien posible que la ley secundaria autorice a un agente del Ministerio Público Federal. Y para el segundo caso, se autoriza a que sea el Procurador General de Justicia del Estado.

Ahora bien, aunque se hablo en un principio que la intervención de las comunicaciones privadas solo se harían en el caso de los delitos graves, después, el texto de la actual Ley Federal contra la Delincuencia Organizada omitió esa precisión, luego entonces, la intervención de las comunicaciones privadas, también pueda darse en tratándose de los delitos del orden común.

3.- Los requisitos constitucionales, para que opere la petición de la intervención de las comunicaciones privadas, son fundamentalmente los siguientes:

- a) Que se formule por escrito.
- b) Que se funde y motive las causas legales de la solicitud.
- c) Que se exprese el tipo de intervención.
- d) Los sujetos de la misma, y
- e) Su duración.

Respecto de los dos primeros requisitos, debe decirse que nuestro proceso penal es por regla general, escrito, además que, el legislador, impone por tres veces en un mismo artículo, una obligación a la autoridad, la de fundar y motivar su actuación. En lo particular creo que no habría ninguna duda respecto de poder fundar la intervención telefónica, pero el problema sí sería el tratar de motivarla. En el punto diremos: ¿Bastará una mera denuncia para solicitarla y concederla?, ¿Bastará una simple sospecha?, ¿Un simple informe policial será suficiente para dar lugar a una intervención telefónica?

En cuanto al tercer requisito, consistente en manifestar el tipo de intervención que habrá de realizarse, implica que la autoridad deberá precisar el objeto a intervenir: el teléfono, el fax, el radiolocalizador, etc., y el cuarto requisito, se refiere a precisar los sujetos materia de la intervención, lo que dará lugar a serias discusiones, sobre todo cuando la autoridad desconozca el nombre de las personas cuya comunicación desee intervenir.

El quinto requisito es el manifestar el tiempo de duración, por que la Constitución no establece ni pone límite alguno, ello será labor del legislador secundario, quien antes que nada, deberá ponderar el tiempo que sea prudente para la investigación, y por otro lado, no se deben permitir intervenciones perennes que dejen al ciudadano en un estado de incertidumbre.

4.- Son excepciones en materia de intervención de las comunicaciones privadas:

- a) La materia electoral.
- b) La materia fiscal.
- c) La materia mercantil
- d) La materia civil.
- e) La materia laboral.
- f) La materia administrativa y
- g) Las comunicaciones del detenido con su defensor.

Por lo tanto es claro que las intervenciones de las comunicaciones privadas sólo se realizarán en la *materia penal*. Aquí existe una grave omisión, habida cuenta que en principio se pensó en la intervención de las comunicaciones privadas solo para el caso de la delincuencia organizada, pero al no haber quedado así en la reforma ni en la legislación secundaria, se deduce, que en cualquier delito, en cualquier caso, la autoridad podrá pedir la intervención de la comunicación.

**5.-** Respecto al valor probatorio que debe darse al producto obtenido de las escuchas valen los comentarios siguientes:

Cuando se trata de objetos fácticos como los documentos o la paquetería, no hay problema alguno, por la propia naturaleza del objeto. Pero el problema surge, tratándose de las intervenciones telefónicas; ¿Que tipo de prueba constituyen?. ¿Será acaso, una confesional calificada y divisible, o una testimonial?, el punto ni siquiera fue tratado en la reforma.

A mi juicio, será más conveniente determinar que, en atención al principio de documentación, el órgano jurisdiccional para asumir el medio probatorio deducido del producto de las intervenciones telefónicas debe ser transcrito, o sea, plasmado en un documento, que las partes puedan conocer y en su caso, llegar a controvertir.

Ahora bien, no desconozco que el perfeccionar la prueba es otra cuestión que despejar, en este punto, la solución más viable será, a través de una pericial en fonometría. Solo que el problema habría de surgir cuando el indiciado se negara a hablar o participar para esa prueba, a mi juicio, estimo que

no podría obligarse a que hablara, pero sí, dificulta la apreciación de la prueba entonces, en ese caso, el juzgador tendría que adminicular el material derivado de la intervención de la comunicación con las demás piezas de prueba.

6.- Debe reconocerse que, en la contantemente mutante era de la informática, es importante proteger los intereses de la intimidad contra los nuevos cambios que provoca la tecnología informática. Sin embargo, también deben respetarse los intereses legítimos de libre circulación de informaciones dentro de la sociedad. Los intereses de la intimidad incluyen el derecho de los ciudadanos a accesar, a través de dichos medio legales consecuentes con los derechos humanos internacionales, informaciones sobre sí mismos en poder de otros.

La investigación del delito informático, así como de otro delitos más tradicionales dentro del ámbito de la tecnología informática, exigen, en el interés de una defensa social eficaz, la asignación de poderes coercitivos adecuados a las autoridades de investigación y prosecución, que también deben brindar la equilibrada y apropiada protección a los derechos humanos y los intereses de la intimidad.

Con el propósito de evitar el abuso de los poderes oficiales, cualquier restricción a lo derechos personales requerida para la investigación de estos delitos, debe efectuarse conforme a la ley y de acuerdo a las normas del debido proceso.

7.- El abuso de la tecnología informática afecta tanto a los intereses de carácter económico relacionados a la informática, cuanto a los orientados hacia la intimidad, abarcando situaciones en que el proceso y sus componentes sólo se utilizan como herramientas para infringir los valores tradicionales, así como cuando son objeto directo de una conducta delictiva.

En la medida en que se infringen o colocan en peligro los valores tradicionales debido al uso incorrecto del proceso de datos, el nuevo modus operandi puede revelar cláusulas de escape en el derecho penal tradicional, por eso la necesidad de su regulación.

Por otra parte, el desarrollo de la tecnología informática exterioriza la emergencia de nuevos tipos de intereses que requieren protección legal, especialmente en la integridad de los sistemas informáticos y datos incidentes, así como la disponibilidad y exclusividad de ciertos datos (seguridad de datos y protección de datos). En la medida en que el Derecho Penal es insuficiente, y en el caso que otras medidas también lo sean, debe respaldarse la modificación de la legislación existente o la definición de nuevos delitos.

8.- Para evitar la excesiva criminalización, debe considerarse el alcance que el Derecho Penal ejerce en otras áreas afines. Las extrapolaciones de estos límites exigen un cuidadoso examen y justificación, por consiguiente: un importante criterio al definir o restringir la responsabilidad penal, se basa, en que los delitos cometidos en esta área -de las intervenciones de comunicaciones privadas- sean siempre de comisión dolosa.

9.- Dentro del concepto "intervención de las comunicaciones privadas", se debe extender al estudio y análisis de las conductas que enseguida se enumeran, a saber:

- a) Fraude en el campo de la informática.
- b) Falsificación en materia de informática.
- c) Daños causados a datos computarizados o programas informáticos.
- d) Sabotaje informático.
- e) Acceso no autorizado.
- f) Intercepción sin autorización.
- g) Reproducción no autorizada de un programa informático protegido.
- h) Alteración de datos computarizados.
- i) Espionaje informático.
- j) Uso no autorizado de un programa informático.

10.- No basta una mera reforma para agotar el tema, deben, por el contrario, emprenderse estudios posteriores para definir la lista de actos que deben ser criminalizados adecuadamente y, por consiguiente, abrir en el

Código Penal un capítulo exclusivo de "Delitos en materia de informática".

Y, por otra parte, reformar urgentemente el capítulo de la valoración de pruebas, para incluir en ellas el resultado de las escuchas.

Empezamos a formar una nueva cultura en materia penal, que tenga un orientación hacia los nuevos avances de la moderna teconología, de tal suerte; que el Derecho se vaya ajustando a esos nuevos devenires de la historia.

Esta es una rama que aún no se explora con la profundidad debida, queda aquí, un esfuerzo.

Espero mis inquietudes sean compartidas con mis sinodales, de quienes espero su sana crítica y su orientación.

## PROPUESTA

En materia de "espionaje telefónico" nuestro país apenas si se asoma: por eso debemos reconocer que la proliferación de la tecnología informática y el surgimiento de una sociedad informatizada ha provocado cambios fundamentales en todos los aspectos de la vida cotidiana.

Debemos tomar en cuenta que una serie de actividades están corrompiendo la tecnología informática en perjuicio de las personas y todos los sectores de la sociedad.

Conscientes estamos de que la rápida expansión de la interconexión de la tecnología informática en el ámbito mundial trasciende las fronteras nacionales tradicionales, involucrando tanto a los países subdesarrollados como a los que están en pleno desarrollo.

Preocupación que se centra en el abuso de la tecnología informática que se está verificando a nivel nacional e internacional en la constantemente mutante era de la informática, es importante proteger los intereses de la intimidad contra los nuevos cambios que provoca la tecnología informática.

Debiéndose respetar también los intereses legítimos de libre circulación de informaciones dentro de la sociedad. Los intereses de la intimidad incluyen el derecho de los ciudadanos a acceder, a través de medios legales consecuentes con los derechos humanos internacionales, informaciones sobre sí mismos en poder de otros.

Durante la discusión, quedó demostrado que existen significativas diferencias de opinión respecto, tanto a los medios mediante los cuales, así como al grado en que el derecho administrativo, civil, regulatorio y penal deben suplir esta protección. También existen graves desavenencias sobre hasta qué punto el Derecho Penal debe involucrarse en la protección de la intimidad, más aún si la "intimidad" es un bien jurídicamente posible de tutelar.

La investigación del probable delito de espionaje telefónico, así como de otros delitos más tradicionales dentro del ámbito de la tecnología informática, exigen, en el interés de una defensa social eficaz, la asignación de poderes coercitivos adecuados a las autoridades de investigación y prosecución, que también deben brindar la apropiada y equilibrada protección a los derechos humanos y a los intereses de la intimidad.

Con el propósito de evitar el abuso de los poderes oficiales, y cualquier restricción a los derechos personales requerida para la investigación de estos delitos, debe efectuarse -la intervención de las comunicaciones telefónicas- conforme a la ley y de acuerdo a la normas del debido proceso. La violación de los derechos humanos por las agencias gubernamentales, puede ocasionar la responsabilidad criminal del agente que infringió la ley.

Debemos tomar en cuenta las prevenciones siguientes:

a) Los poderes para efectuar un allanamiento en un ambiente de tecnología informática e intervención telefónica, especialmente en cuanto a la obtención de datos que hagan fundadamente probable la existencia de un delito.

b) El deber de establecer una cooperación activa entre la víctima, testigos, técnicos usuarios de la tecnología informática, con excepción del sospechoso-especialmente para colocar en disponibilidad la información, de forma tal, que pueda ser utilizada para propósitos judiciales- y

c) Poderes para permitir la interceptación de las comunicaciones en o entre sistemas informáticos, y utilizar la pruebas obtenidas durante el proceso.

Debido a la multitud y variedad de datos que pueden existir dentro de los sistemas de proceso de datos, deben ejercerse poderes coercitivos en forma proporcional a la gravedad del delito cometido, que interrumpen o afecten lo menos posible las actividades lícitas de la persona. Además de los tradicionales montos monetarios, el umbral para iniciar las investigaciones debe tomar en consideración los distintos valores patrimoniales

existentes en el ambiente de la tecnología informática. tales como la oportunidad económica, espionaje, violación de los intereses de la intimidad, pérdida o riesgo de privación económica, y el costo inherente a la recuperación de la integridad de los datos.

La existencia de normas sobre la admisibilidad y confiabilidad de la prueba puede crear problemas, cuando aplicada a la consideración y evaluación de registros derivados de las "escuchas" durante los procesos. Deben realizarse -en materia procesal- los cambios apropiados cuando son necesarios e indispensables.

A mi juicio la redacción del artículo 16 Constitucional en el apartado correspondiente quedaría mejor si lo redactáramos del modo que sigue:

**Artículo 16.- "Nadie.....**

Las comunicaciones privadas son inviolables....

***"Cuando durante la investigación del delito, el Ministerio Público Federal considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, ya sea telefónicas, radiotelefónicas, o sistemas informativos, computacionales o similares; la colocación secreta de aparatos tecnológicos, de registro de sonido, voz e imagen, datos, etc., en algún lugar privado, lo solicitará por escrito a la autoridad jurisdiccional federal, la que deberá resolverlo en los términos de la ley dentro de un plazo de las seis horas siguientes a que fuera recibida la solicitud."***

Las intervenciones autorizadas se ajustarán...."

Creo de ese modo los resultados serían mucho mejores y más eficaces.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Andrade Sánchez, Eduardo. "Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado". Ediciones UNAM, México. 1996.
- 2.- Argibay Molina, José F. "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Ediciones Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1972.
- 3.- Baratta, Alesandro. "Lineamientos para una teoría del bien jurídico", Ediciones PGR Revista Mexicana de Justicia Jul-Sept. México, D.F. 1990.
- 4.- Bustos Ramírez, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", Revista Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España, 1988.
- 5.- Camelutti, Francesco. "Lecciones preliminares de derecho civil y penal". Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Orlando Cárdenas Editor. Irapuato. Gto. 1980.
- 6.- Devis Echandía, Hernando. "Teoría general de la prueba judicial", Tomo I, 5ª Edición, Fidenter, Editor, Buenos Aires, Argentina. 1981.
- 7.- Díaz Muller, Luis T. "Derecho de la ciencia y tecnología del desarrollo", Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.
- 8.- Díaz Torres, Carlos. "El espionaje telefónico en México", Revista Proceso, junio de 1997.
- 9.- Florián, Eugenio. "De las pruebas penales". Trad. Jorge Guerrero. Tomo I, 2ª Edición, Editorial Temis. Bogotá. 1976.
- 10.- García Maynes, Eduardo. "Introducción al estudio del derecho", 8ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
- 11.- González Salas Campos, Raúl. "La teoría del bien jurídico en el derecho penal". Pérez Nieto Editores, México. 1995.
- 12.- Jescheck, Hans Heinrich. "Derecho penal", Trad. Dr. Conrado A. Frinzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1972.
- 13.- Maturana, Humberto. "El árbol del conocimiento-las bases biológicas del entendimiento humano", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1984.
- 14.- Martínez Pineda, Angel. "Filosofía jurídica de la prueba", Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.
- 15.- Meján C., Luis Manuel. "Derecho a la intimidad e informática", Editorial Porrúa, México, 1995.
- 16.- Muñoz Conde, Francisco. "Introducción al derecho penal", 2ª Bosch Editora, Barcelona, España, 1975.
- 17.- Pacheco Pulido, Guillermo. "El secreto en la vida jurídica". Editorial Porrúa, México, 1995.

- 18.- Regino, Gabriel. "La intervención de las comunicaciones privadas", Revista Criminalia, año LXII, No. 2 México, Mayo-Agosto, 1996.
- 19.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de derecho penal". Vol. III. Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

### **LEYES Y CODIGOS.**

- 1.- "Código Civil para el Estado de Puebla", Editorial Porrúa, S.A. México, 1996.
- 2.- "Código Penal para el Estado de Guanajuato". Orlando Cárdenas, Editores. Irapuato, Gto.,1997.
- 3.- "Código Penal Federal", Cuadernos no. 4 Morelia, Mich. 1997.
- 4.-Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano. México.1984.
- 5.- "Ley General de Vías de la Comunicación", Editorial Porrúa, S. A. México,1997
- 6.- "Ley de Información, Estadística, Geografía e Informática", Ediciones del Gobierno de la República, México, 1995.

### **OTRAS FUENTES**

- 1.- Revista Proceso. Junio 1997.