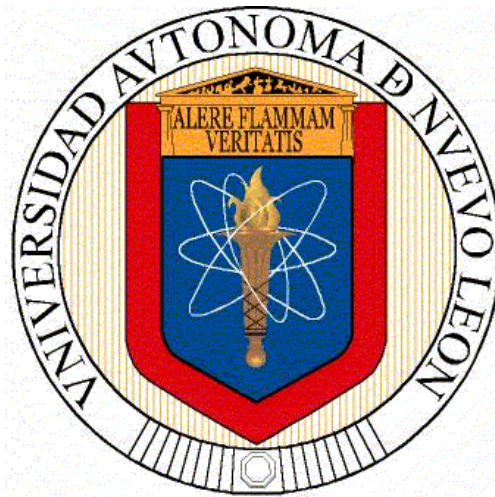


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**LÍMITES DE LA PRUEBA PROHIBIDA A PARTIR DEL NUEVO
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO**

POR

HUGO ALEJANDRO CAMPOS CANTÚ

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

FEBRERO, 2016



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



TESIS DOCTORAL

**LÍMITES DE LA PRUEBA PROHIBIDA A PARTIR DEL NUEVO
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO**

POR

HUGO ALEJANDRO CAMPOS CANTÚ

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

DIRECTOR DE TESIS

DR. JOSÉ LUIS PRADO MAILLARD

San Nicolás de los Garza, Nuevo León,

Febrero, 2016

DEDICATORIA

A mis hijas, con todo mi amor, quienes nutren el presente y alientan el futuro.

A mi esposa, gracias por su amor, fortaleza y apoyo incondicional a través del tiempo.

A mi madre, pilar y ejemplo en mi vida.

A la memoria de mi Padre

Agradecimientos

Al Dr. José Luis Prado Maillard, por su gran apoyo, dedicación y motivación en la elaboración y culminación de mi tesis.

A mis maestros y compañeros del programa doctoral.

A la Universidad Autónoma de Nuevo León y a la Facultad de Derecho y Criminología.

PRESENTACIÓN

Se presenta a la comunidad jurídica la Tesis: “LÍMITES DE LA PRUEBA PROHIBIDA A PARTIR DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO”, siendo el esfuerzo de estudios realizados dentro del programa de Doctorado en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

La presente investigación, se ha realizado dentro de los lineamientos de un Estado Constitucional de derecho. Siendo un tema que dentro de la doctrina no ha tenido consenso, es necesario que seamos rigurosos en cuanto a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) y las normas secundarias.

La función que la CPEUM le ha sido encomendada a jueces y magistrados denota un elemento esencial para la consolidación del Estado democrático y constitucional de Derecho; es innegable que el ejercicio de la función jurisdiccional condiciona, en gran medida, la realización de los valores y principios sobre los que se apoya la organización social, máxime cuando corresponde al poder judicial erigirse en garante de los derechos y libertades fundamentales.

En tal sentido, junto a la importancia que revela la función de juzgar, cabe aludir también a su innegable complejidad, por cuanto el juez habrá de posicionarse como tercero imparcial para decidir, de forma objetiva e independiente, la situación litigiosa sometida a su conocimiento, aplicando el Derecho y proveyendo una solución justa a la controversia.

Conforme a lo expuesto, dentro de las cuestiones a las que habrá de enfrentarse el juzgador, se encuentra la constatación de las proposiciones de hecho afirmadas o negadas por las partes como fundamento de sus pretensiones, lo cual conlleva una ardua labor que, indudablemente, representa múltiples dificultades y complicaciones, obstáculos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado librar desde la perspectiva de la actividad probatoria desplegada en el proceso.

Así, en el ámbito de esa concreta actividad tiene el juez un amplio catálogo de ocupaciones que van desde la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, hasta la apreciación de los datos aportados por éstos, pasando por su práctica y diligenciamiento, debiendo verificar, si se ha logrado convencer acerca de la exactitud o no de los supuestos de hecho introducidos a la causa.

Por su parte, en el caso específico del proceso penal, en el que prevalece como principio esencial de toda su configuración el derecho a la presunción de inocencia, el juez no ha de dejar de lado que la prueba íntegra los elementos que conforman el hecho punible y de la participación del acusado en su consumación corresponde a quien acusa, no pudiendo dictar un fallo condenatorio sino en virtud de una actividad probatoria constitucionalmente válida, en cuya práctica se asegure el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales, y de la que logre constatar la culpabilidad del procesado, concluyendo, sin margen de duda razonable, que aquella presunción de inocencia ha quedado plenamente desvirtuada.

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	10
I. CONTEXTO DEL PROBLEMA A INVESTIGAR	12
CAPITULO I	
LA PRUEBA	
1.1. HECHOS Y DERECHOS EN EL PROCESO.....	20
1.2. LA PRUEBA EN EL PROCESO.....	21
1.3. CONCEPTO DE PRUEBA.....	25
1.4. FINALIDAD DE LA PRUEBA.....	45
1.5. EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	52
CAPITULO II	
LA PRUEBA PROHIBIDA	
2.1 GENERALIDADES.....	55
2.2 ANTECEDENTES.....	57
2.3 BASES JURÍDICAS.....	61
2.4 EL VALOR PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	62
2.5 POSTURAS SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA.....	64
• POSTURA A FAVOR DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	65
• POSTURAS EN CONTRA DE LA ADMISIBILIDAD Y APRECIABILIDAD.....	66
• POSTURAS INTERMEDIAS.....	67
CAPITULO III	
CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS, PRINCIPIOS, VENTAJAS Y BENEFICIOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA	
3.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	69
3.2.1 LA PRUEBA PROHIBIDA.....	69
3.2.2 LA PRUEBA ILÍCITA.....	69
3.2.3 PRUEBA IRREGULAR.....	70
3.2.4 LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA.....	71
3.3. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD PROBATORÍA.....	75
• PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	75

• PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	76
• EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN	76
3.4 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PROHIBIDA:	77
3.5 VENTAJAS Y BENEFICIOS	78

CAPITULO IV

LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA

4.1. INTRODUCCIÓN	80
4.2. FUENTE INDEPENDIENTE.....	81
4.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.....	84
4.4. EXCEPCION DE LA EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA POR BUENA FE	87
4.5. LA PRUEBA ILÍCITA PROCEDENTES DE SU EFICACIA INDIRECTA, DERIVADA O REFLEJA: EXCEPCION A SU EXCLUSIÓN.....	91
4.6. EXCEPCIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILICITA POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	100
4.7. LA DOCTRINA DEL NEXO CAUSAL ATENUADO.....	108
4.8. LA DESTRUCCIÓN DE LA MENTIRA DEL IMPUTADO	118
4.9. LA TEORÍA DEL RIESGO	119
4.10. LA EXCEPCIÓN DE LA FUENTE INDEPENDIENTE	124
4.11. EXCEPCION DE ANTIJURICIDAD: TESIS ESPAÑOLA.....	138
a) perspectiva interna.....	139
b) Perspectiva externa.....	140

CAPITULO V

SISTEMA DE REGULACION DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSION

5.1. SISTEMA REGLADO.....	149
5.2. SISTEMA JURISPRUDENCIAL	150
5.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.....	153

CAPITULO VI

LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES ...

CAPITULO VII

LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL DERECHO COMPARADO

7.1. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN CHILE.....	159
7.2. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN COLOMBIA	160

7.3. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN ESTADOS UNIDOS.....	163
CONCLUSIONES.....	167
BIBIOGRAFÍA.....	169

INTRODUCCION

Las pruebas en el derecho penal en el ámbito de un órgano constitucional protector y respetuoso de los derechos fundamentales, deben ser obtenidas cumpliendo con lo que establece la CPEUM, es decir que las pruebas, deben estar acordes a los lineamientos jurídicos, respetando los derechos fundamentales.

El artículo 20 apartado A, fracción IX, de la CPEUM, cuyo texto fue introducido con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, bajo la siguiente premisa: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”, que emana como un principio general del procedimiento penal, de observancia oficiosa por parte de las autoridades jurisdiccionales y como parte integral del debido proceso de acuerdo con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde el 23 de junio de 1981, cuya fuerza imperativa se desprende de los numerales 1 y 133 de la Carta Magna; el precepto constitucional aludido contiene dos principios: el Principio de Exclusión de Prueba Ilícita y el de Legalidad de la Prueba (a contrario sensu).

El principio de legalidad de la prueba descansa en la necesidad de que toda actividad probatoria, implica el sometimiento a un orden jurídico condicionado a un bloque de constitucionalidad, cuya integración se perfecciona con la propia Constitución, los Tratados Internacionales y la leyes

secundarias, por lo que en todo procedimiento el juzgador sólo deberá admitir como medios de prueba (incluyendo la prueba anticipada y el peritaje irreproducible) los que sean obtenidos e introducidos de conformidad a las exigencias de la ley.

En tal sentido lo señala el artículo 263 (Licitud probatoria), del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), señala: “Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.”, en contrario al artículo 264 de la citada normatividad (Nulidad de la prueba), que establece: “Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el Juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.”

Es en lo anterior donde subyace la controversia en la presente investigación, ya que la figura contemplada en estos artículos son las llamadas “pruebas ilícitas” o “pruebas prohibidas”, (no vamos entrar al conflicto de su definición porque ambos términos se tomaran como uno solo), por lo que nos avocaremos a la investigación de las excepciones a estas pruebas obtenidas ilícitamente, enriqueciéndonos de las diferentes doctrinas que existen como excepciones a las pruebas prohibidas, así como las nuevas tendencias de las mismas. También estudiaremos la jurisprudencia tanto nacional como

internacional con respecto a la prueba prohibida y el desarrollo de en sistemas Jurídicos

I. CONTEXTO DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

Para referirnos al propósito en la presente investigación, considero necesario resaltar algunos puntos para ampliar la visión con respecto al problema que nos avoca.

El principio de legalidad¹, como límite a la restricción de derechos, es la delimitación de las atribuciones de cada uno de las instituciones u organismos

¹ No cabe duda que el principio de legalidad, tal como actualmente se concibe; tiene su origen en la obra del pensamiento ilustrado y liberal en su lucha contra los abusos y arbitrariedades del poder. Su consagración definitiva se inicia en las Constituciones Ya en la edad contemporánea con la consumación del Estado de Derecho y de la democracia, es cuando se acepta su rango constitucional y se admite que su fin fundamental es proteger al sujeto de derecho dentro de un proceso penal con la presunción de inocencia mientras no sea condenado. Este principio dio origen a cuatro prohibiciones fundamentales: la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); la aplicación de normas que no sean las escritas (*lex scripta*); la conocida prohibición de aplicación de la analogía en materia penal (*lex stricta*) y la aplicación de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). La exclusión de Derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía se dirigen al juez, mientras que las prohibiciones de la retroactividad y de la indeterminación de las leyes penales se orientan hacia el legislador. Vid., SILVA FORNÉ, Diego; La Codificación Penal y el Surgimiento del Estado Liberal en España, en

públicos; por lo tanto, en el derecho procesal penal, es la garantía en la incorporación de pruebas que permite la vigencia del estado de derecho, limitando el control punitivo del Estado.

La aplicación de la legalidad es absolutamente necesaria en el proceso penal, sin ella, se produciría una serie de arbitrariedades, frente a aquellas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que limitan la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtención por autoridades o funcione públicas, pero no cuando se trata de particulares, establece que su tratamiento debe ser el mismo con independencia de quien o quienes llevan a cabo esta labor de búsqueda u obtención, así lo reconoce por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español².

El principio de la ineficacia de la prueba ilícita tiene su base en el principio de legalidad que rige a toda la actividad procesal. Es por ello, que la actividad procesal como tal, debe regirse por la legalidad. Cabe resaltar, que en un principio todos los medios de prueba son admisibles en todos los procesos. Pero se dan situaciones, en las que se debe hacer cierta discriminación de los elementos de prueba, teniendo en cuenta la naturaleza del caso. Es allí donde por el principio de legalidad, debe establecer la prohibición de incorporar al procedimiento probatorio, las probanzas

"Revista de Derecho Penal y Criminología", 2º época, Nº 7, enero 2001, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, Pág. 12

² MIRANDA ESTRAMPES, M. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1997, Pág. 109.

que no sean viables por el caso. El fin de toda actividad probatoria es llegar a la certeza de los hechos, para ellos, se deben utilizar los medios adecuados, de la manera correcta.

Existen pruebas que si bien, son admitidas por el derecho positivo, no gozarían de validez, ya que su vicio radicaría en la manera en que las mismas fueran obtenidas o producidas. Cada uno de los medios ofrecidos deben practicarse con sujeción a la ley, cuando esta actividad es realizada contraviniendo a las normas que la regulan, podríamos estar dentro de ilicitud de la obtención de la prueba.

MONTERO AROCA, sostiene que la licitud de la prueba se refiere a la manera en que las partes han obtenido las fuentes de pruebas, que posteriormente serán introducidas al proceso a través de medio de prueba más idónea. Es ese mecanismo de obtención lo que determinará su utilización o no dentro del proceso penal³.

La demostración de los hechos objeto del proceso, debe darse siempre atendiendo a las leyes reguladoras, no cabe admitir pruebas adquiridas en forma irregular y sin limitación alguna pues se estaría fomentando actividades que podrían implicar la violación de derechos ajenos. Así por ejemplo, sería ineficaz la confesión, declaración o testimonio obtenido mediante tormentos, lo cual resulta obvio, pues de

³³ MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO, Derecho Jurisdiccional.

Tomo III. Proceso Penal, Valencia, última edición.

lo contrario se estaría promoviendo la tortura, acto que es contrario al ordenamiento Jurídico por la constitución nacional y las legislaciones modernas⁴.

⁴ Debido a que estamos en el sistema de libre valoración de la prueba, el cual surge históricamente como reacción frente al sistema de la prueba legal o tasada característico del conocido como Antiguo Régimen (Ancien Régimen). En esta época histórica el proceso penal se basaba en el sistema o modelo inquisitivo, en el cual la oralidad estaba excluida, predominando el principio de escritura y en donde, además, el mérito o valor probatorio de la prueba penal venía prefijado en la ley. El juez debía limitarse a atribuir al medio de prueba el valor predeterminado, de forma general y abstracta, en la norma jurídica y tales reglas tenían carácter vinculante. A diferencia de lo que pudiera inicialmente pensarse, este sistema de valoración no obedecía necesariamente a un paradigma irracionalista, pues lo que se pretendía era que el legislador plasmara en la norma jurídica máximas o reglas de la experiencia comúnmente aceptadas sin que los jueces pudieran prescindir de las mismas en su tarea valorativa, tratando de evitar todo atisbo de arbitrariedad. Además en su origen supuso un avance importante frente al modelo de las Ordalías o Juicios de Dios, sistema basado en la superstición religiosa de que todo dependía de la voluntad divina y en donde, se decía, la inocencia del acusado se dejaba en manos exclusivas de la divinidad (por ejemplo, mediante la denominada prueba del fuego o del hierro candente, que constituyen una manifestación evidente de irracionalidad probatoria). Aunque desde nuestra actual mentalidad postmoderna pueda resultar paradójico, el sistema de prueba legal obedecía, por tanto, al paradigma racional existente en la época de su aplicación, fruto de una determinada concepción filosofía, cultural, religiosa y política. Con dicho sistema se pretendía además acotar o limitar el autoritarismo judicial de la época. No obstante, es preciso reconocer, como denuncia la doctrina, que dicho sistema estuvo sometido a múltiples degeneraciones y distorsiones.

La prueba ilícita o prohibida carece de eficacia dentro del proceso; debe ser rechazada por el juez o de lo contrario no debe ser tomada en cuenta en el momento de valorarla y construir una decisión. La importancia en lo que a la licitud de la prueba se refiere radica en la protección y garantía que se brinda a los ciudadanos. La ineficacia de las probanzas se da, no por el solo hecho de contravenir preceptos normativos, o por evadir mecanismos de carácter puramente formal, en cuanto a la obtención de las mismas que refieren; el fin primordial buscado al otorgar estos efectos a los medios de prueba, es cautelar los derechos protegidos en diversas normas y en especial en la CPEUM. Pero sería justo pensar en otorgar validez aquellas pruebas prohibidas, que si bien es cierto transgreden normas que vician su licitud, se pueden usar por fines supremos de justicia y llegar a la verdad del caso en concreto, lo cual no conlleva al no respeto por la normatividad de proceso penal.

La prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo, es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado en el transcurso de las etapas procesales, obtención, incorporación, admisión, actuación y valoración. Es en este contexto que la prueba ilícita o prohibida se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal⁵.

GARCÍA RAMÍREZ, S. "Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal", en AA.VV., XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, Pág. 359.

⁵ Cabe mencionar que la problemática e importancia de la prueba prohibida excede el ámbito de lo penal, siendo tan relevante en el proceso civil, administrativo, etc.

En ésta institución se observa claramente la confrontación entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica. Cuando la prueba prohibida se obtiene de una manera no acorde con las normas procesales y fundamentales del derecho, deviene su ilicitud.

La cuestión de la prueba prohibida, como enfatiza PELLEGRINI GRINOVER⁶, se ubica, desde la perspectiva jurídica, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio; y desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que puedan verse afectados por esta investigación. Ambos intereses, como recuerda ASECIO MELLADO, son públicos, de suerte que cuando se defiende la necesidad de rechazar la prueba prohibida no se hace en defensa de un interés privado, sino en una actitud que debe inscribirse dentro del más sublime resguardo de la personalidad humana⁷.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. Pág. 67.

⁷ ARMENTA DEU, Teresa. "Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América", en Revista de Derecho Procesal Penal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, Pág. 85.

Como un dato, ahora singularmente cuestionable, MUÑOZ SABATE, decía que la prueba en si misma considerada tiene un fondo marcadamente metajurídico; que es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad; pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito; que querer exigir algo mas es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso⁸.

Una respuesta inmediata a esto último es la proporcionada por DIAZ CABIALE, quien sostiene que “la necesidad de impedir que las pruebas que se obtuvieron mediante la vulneración de un derecho fundamental no se puede plantear como una opción política, sino como una exigencia constitucional, manifestación a su vez del derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque su formulación se parezca más a la de una garantía objetiva que a la de un derecho subjetivo”⁹.

Es de configuración legal aunque constitucionalizado e íntimamente ligado con el derecho de defensa que las pruebas pertinentes deben ser admitidas y practicadas por órgano jurisdiccional, y entre sus límites está, no sólo que el medio probatorio debe ser pertinente, que tenga relación con el objeto del proceso, y ejercitado dentro del tiempo y bajo la forma legalmente previsto, sino que además la

⁸ Citado por ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando: “Prueba Ilícita Penal”, segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2004, Pág. 482.

⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Editorial Comares, Granada, 1996.

prueba debe ser lícita, es decir, obtenida sin infringir los derechos fundamentales, pues de lo contrario carecerá de efectos probatorios y no podrá ser subsanada. La idea de limitación preside esta discusión y, por tanto, es del caso, en todo momento, identificar las normas jurídicas que contienen una limitación en la obtención y en la práctica de prueba.

Bajo la premisa antes mencionada, se puede advertir que para obtener una prueba en un proceso penal, debe respetar garantías del debido proceso respetando los derechos fundamentales de las personas, de lo contrario podemos advertir que la obtención de la prueba nos podría causar un estado de indefensión o una mala teoría del caso¹⁰.

¹⁰ Estas son algunas sentencias internacionales: sentencia del 18 de agosto del 2004, expediente N° 1058-2007-AA/TC, caso: Rafael Francisco García Mendoza, (fundamento 21) el Tribunal Constitucional sostuvo que se debe de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permiten desnaturalizar que los derechos de las personas ni, mucho menos y como es evidente, generar efectos en su perjuicio. En la sentencia del 2012 de agosto del 2004, expediente N° 2333-2001-HC/TC, caso Natalia Foronda Crespo y otros (fundamento 2.5) se afirmó que, a la luz de la doctrina de los derechos fundamentales....se hace necesario establecer la inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida ilícitamente (v.g. mediante violencia psíquica, física o moral). Es en la STC del 15 de setiembre del 2003, expediente N2053-2003-HC/TC, caso: Edmi Lastra Quiñonez, que el Tribunal Constitucional define la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad

CAPITULO I

LA PRUEBA

Para referirnos a la prueba ilícita y sus vertientes, tanto legales como doctrinales es necesario, hacer un estudio sobre la prueba en sentido general.

1.1. HECHOS Y DERECHOS EN EL PROCESO

El proceso, como fórmula heterocompositiva para la solución de conflictos, se caracteriza por la intervención de un tercero (juez o tribunal) a cuya decisión se someten las partes con el objeto de poner fin a la controversia existente entre ambas. El proceso, por tanto, es el instrumento del que se vale la jurisdicción para actuar, dando solución al conflicto planteado, en el que las pretensiones de quienes requieren la decisión judicial se fundan en determinadas cuestiones fácticas que, según aducen, encuentran reconocimiento en el Derecho, y cuya tutela por parte del órgano jurisdiccional persiguen¹¹.

procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable. Sentencias Emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano.

¹¹ Ello, sin perjuicio de aquellas pretensiones que se funden en meras cuestiones de derecho, exigiendo del tribunal un pronunciamiento eminentemente jurídico. Tal es el caso, por ejemplo, del planteamiento directo de inconstitucionalidad, en el que el órgano competente, la Corte Suprema, realiza un análisis en abstracto de la norma que se denuncia contraria a la Constitución; a ese respecto, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, que dicho planteamiento se origina “no en función de un conflicto de intereses concretos, para solucionar el cual sea menester dilucidar previamente la norma de decisión, sino

Las partes intervinientes en el proceso formulan ante el órgano jurisdiccional sus respectivas proposiciones de hecho y de derecho, es decir que exponen su propia versión de lo acontecido y, a partir de ésta, invocan la calificación jurídica que a su parecer debe otorgarse, sosteniendo una pretensión específica. Los hechos constituyen un elemento primordial en el proceso, por cuanto será sobre éstos que recaerá la aplicación de la norma jurídica para concluir en la consecuencia que ésta prevé y dar solución a la controversia. Para tales efectos, el tribunal habrá no sólo de verificar que esos hechos coinciden con el supuesto fáctico que la norma contempla en forma abstracta, sino, y en primer lugar, determinar si esos hechos han acontecido en la realidad¹².

1.2. LA PRUEBA EN EL PROCESO

Las partes, además de formular al órgano jurisdiccional sus proposiciones sobre los hechos en que se funda el conflicto, ofrecen también los medios con los

simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una Ley singular”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1985, Pág. 137.

¹² Es por ello, que, salvo que la controversia verse únicamente sobre cuestiones jurídicas, se entiende que en todo proceso se lleva a cabo tanto un juicio de hecho, mediante la constatación sobre la veracidad de las proposiciones fácticas que las partes formulan, como un juicio de derecho, en el que se subsumen los hechos fijados en el supuesto abstracto contenido en la norma jurídica, dando lugar a la decisión judicial que resolverá el conflicto.

cuales pretenden su constatación, de forma que sea dable al juzgador formar su convicción y emitir una decisión que satisfaga las pretensiones deducidas.

Se evidencia así la importancia que tiene la prueba en el proceso, pues es ésta, o su conjunto, el instrumento que permite al juez verificar que el supuesto fáctico alegado como fundamento del conflicto y recogido en la norma jurídica como presupuesto de la consecuencia prevista, efectivamente ha acontecido. Por ello ha afirmado BENTHAM, manifiesta, que “el arte del proceso no es, esencialmente, otra cosa que el arte de administrar las pruebas”. La prueba hace posible que el juez se cerciore acerca de lo que ha ocurrido en el caso, y será a partir de esa constatación, al apreciar el elemento fáctico que ha dado origen al conflicto, que se encontrará en condiciones de determinar cuál es la norma de Derecho que deberá aplicar para resolverlo apropiadamente¹³.

En tal sentido, como quedó apuntado, resulta evidente la importancia que para el proceso reviste la prueba, importancia que ha sido puesta de relieve reiteradamente por la doctrina. Como ejemplo de ello, cabe citar a DEVIS ECHANDÍA, quien afirma que “la administración de justicia sería imposible sin la prueba”, pues si se careciera de ella, los derechos subjetivos de una persona serían simples apariencias, sin solidez y sin eficacia diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás; entonces, el

¹³ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales, traducción de Manuel OSSORIO FLORIT, Librería El Foro, Buenos Aires, 2003, Pág. 14.

Derecho se encontraría expuesto a su irreparable violación y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para asegurar la armonía social¹⁴.

PRIETO-CASTRO, por su parte, considera que la prueba es un elemento fundamental en el proceso, pues se hace necesario que consten al juez, a fin de poder pronunciar su resolución, los hechos a los cuales la ley asocia las consecuencias jurídicas perseguidas por el demandante o evitadas por el demandado¹⁵. La prueba, según DE PINA, es el “punto fundamental de la teoría del proceso”, a lo que añade que “quien tiene un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los Tribunales, en caso necesario, no tiene más que la sombra de un derecho”¹⁶. DE LA PLAZA, en igual sentido, advierte que “si la prueba es una condición esencial para que un derecho pueda tener plena eficacia, gozar de él y no disponer de los medios de demostrarlo, lo constituye en prácticamente inoperante”¹⁷.

Asimismo, MUÑOZ SABATÉ afirma, “[...] de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento

¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo I, Temis, Bogotá, 2002, Pág. 4 y 5.

¹⁵ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. Tratado de Derecho procesal civil: proceso declarativo, proceso de ejecución, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1985, Pág. 617.

¹⁶ DE PINA, Rafael. Tratado de las pruebas civiles, Editorial Porrúa, México, 1942, Págs. 36, 37.

¹⁷ DE LA PLAZA, Manuel: Derecho procesal civil español, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, Pág. 510.

procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho¹⁸.”

Por último, es interesante la visión que expresa FLORIÁN, en cuanto a la prueba, al señalar: “Como fácilmente puede apreciarse, esta materia es de suma importancia por constituir una parte importantísima del proceso, si no se quiere decir la esencial, la vital y la más apasionante”¹⁹.

Con las citas anteriores se destaca la trascendencia de la prueba como elemento imprescindible para asegurar el ejercicio de los derechos, especialmente en aquellos casos en los que existe duda sobre su titularidad y cuando el otorgamiento de la protección jurisdiccional depende de la constatación previa de una determinada situación fáctica. Con ello, se denota la importante función que la prueba cumple en el proceso, referida a formar la convicción del juez respecto de las afirmaciones y negaciones que las partes formulan.

En concordancia con lo anterior, y partiendo de las ideas expuestas por la doctrina, se intentará determinar tres cuestiones concretas con relación a la prueba: su concepto, su objeto y su finalidad, con la pretensión de encontrar, en un inicio,

¹⁸ MUÑOZ SABATÉ, Luis: Técnica probatoria. estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Editorial Praxis, Barcelona, 1993, Pág. 30.

¹⁹ Cfr. FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho procesal penal, traducción de Leonardo PRIETO-CASTRO, Bosch, Barcelona, 1934, Pág. 306.

elementos comunes a los distintos tipos de proceso, es decir, abordando el estudio de la prueba procesal con una “visión unitarista”, al estilo de SENTÍS MELENDO²⁰, o de “unidad general de la institución”, como lo expresa DEVIS ECHANDÍA²¹, debiendo tomar en cuenta, claro está, los principios que informan a las diversas clases de proceso, en orden al derecho material que persiguen hacer efectivo, así como el diverso tratamiento que las normas procesales otorgan a la actividad probatoria.

1.3. CONCEPTO DE PRUEBA

Probar es una actividad que se desarrolla no sólo en el contexto de un proceso judicial. En efecto, en el día a día los seres humanos se ven ante la necesidad de probar sus afirmaciones o negaciones. Es así como la palabra “prueba” es utilizada no sólo en el campo jurídico, sino en diversos aspectos de la vida cotidiana.

²⁰ SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba..., Cit., Pág. 10. Afirma el autor: “El estudio de la prueba hay que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es civil o penal, porque creo que se incurre en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la justicia civil que en la justicia penal, en la del trabajo que en la administrativa; y hasta puede decirse que es la misma en la actividad judicial que fuera de ella.”

²¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general..., Cit., Pág. 8. A ese respecto, indica el tratadista: “Creemos, sin embargo, con Valentín SILVA MELERO, PLANIOL y RIPERT y otros, que nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distinguan aquellos puntos que por política legislativa, ya que no por razones de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso. Existe pues una unidad general de la institución de la prueba.”

Es un concepto que trasciende del Derecho, pues, como indica SERRA DOMÍNGUEZ, la imperfección y limitaciones del ser humano hacen necesaria continua comprobación de las distintas afirmaciones que son sometidas a consideración del propio hombre²². En cuanto al uso del término en el lenguaje común (refiriéndose al que excede del campo jurídico), es CARNELUTTI quien señala que “probar” significa demostrar la verdad de una proposición afirmada, y que “prueba” se usa como comprobación de la verdad de esa proposición²³.

En lo que respecta al ámbito jurídico, ha quedado previamente establecida la importancia que la prueba tiene en el proceso. A partir de ello, resulta pertinente referirse al carácter eminentemente procesal del Derecho probatorio, entendido como el conjunto de principios y normas jurídicas que se ocupan de la prueba como actividad inmersa en la dinámica del proceso, siendo precisamente en éste, y no fuera de él, que aquella actividad cumple su finalidad²⁴.

²² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “De la prueba de las obligaciones”, en ALBALADEJO, Manuel (dir.): Comentarios al Código civil y compilaciones forales, tomo XVI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, Pág. 8

²³ CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil, traducción de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Buenos Aires, 1982, Págs. 38, 43.

²⁴ En lo que al Derecho probatorio se refiere, es menester no concebirlo como el conjunto de preceptos que dan forma, menos aún, que tienden a limitar la actividad probatoria; en cambio, se ocupan de ella como institución enmarcada en el proceso, reconociendo, en primer término, el derecho fundamental a la prueba y el principio de libertad de la prueba, los que serán abordados oportunamente. SENTÍS MELENDO, Santiago: La prueba...,

En tal sentido, explica RAMOS MÉNDEZ, que el legislador de finales del siglo XIX trató de distinguir las reglas del procedimiento probatorio, comprendidas en la ley procesal, de las reglas de valoración de la prueba, contenidas en leyes sustantivas; sin embargo, éstas últimas sólo tenían razón de ser en un juicio Lo lógico, por ende, era unificar el tratamiento de la prueba en el campo donde cobran su verdadera razón de ser: el de los juicios, debiendo recogerse su regulación, en concordancia

Cit., Págs. 336, 337. consciente de ello afirma: “El derecho probatorio parecería ser la rama que se ocupa de las pruebas jurídicamente contempladas. Pero acaso esta expresión debiéramos considerarla una incongruencia. Derecho y probatorio, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en caricatura, en algo que ya no es prueba. [...] Naturalmente, hay que moverse dentro del derecho procesal, porque se trata de utilizar la prueba en el proceso. Pero lo que yo escribo sobre prueba no tiene, como acabo de decir, otra finalidad que defender la prueba de los ataques y de la absorción del procedimiento. Así, más que estudiar prueba, estoy tratando de defenderla de lo que, en el proceso, es procedimiento. Inevitablemente, en el proceso no puede faltar el procedimiento; trato de que éste no mate a aquél, y ambos a la prueba; de que el procedimiento que es forma, no domine a la prueba, que es sustancia [...]” A ese respecto, anota FERRER I BELTRÁN, Jordi: “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en: GASCÓN ABELLÁN, Marina, et al.: Proceso, prueba y estándar, Ara Editores, Lima, 2009, Págs. 66, 67. que no es casualidad que en el seno de la tradición racionalista muchos autores, entre quienes están BENTHAM y SENTÍS MELENDO, se hayan mostrado adversarios del Derecho probatorio, propugnando por impedir que la actividad probatoria se vea sometida a límites que la desnaturalicen.

con su naturaleza, en normas procesales, como hasta el momento se ha intentado hacer²⁵.

Aun en aquellas legislaciones en las que determinados cuerpos normativos de carácter sustantivo (leyes civiles o mercantiles, por ejemplo) regulan las formas como pueden probarse los actos y contratos, estas normas no pierden su carácter procesal, pues están dirigidas al juez que se encuentre en la situación de tener que resolver si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características. Asimismo, si son las partes quienes optan por actuar de acuerdo a lo que indica la norma, con el objeto de evitar el litigio, lo hacen previendo que el juez exigirá su cumplimiento, en caso de tener que acudir al proceso²⁶.

²⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, tomo I, Atelier, Barcelona, 2008, Pág. 588. En concordancia con lo expuesto, resalta SANJURJO RÍOS, Eva Isabel: El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal (adaptado a la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), Reus, Madrid, 2010, Pág. 24. que la prueba judicial, ante todo, es una institución al servicio del proceso.

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando Teoría general..., Cit., Pág. 43, 45. Aclara este autor que en aquellas legislaciones en las que se regulan formalidades documentales ab substantiam actus, es decir, imprescindibles para la existencia o validez de los actos o contratos (la escritura pública cuyo otorgamiento se exige para ciertos contratos, por ejemplo), el documento no sólo es prueba, sino, como se indica, requisito de su existencia o validez. Tales normas, entonces, perteneciendo al derecho probatorio, y con claro matiz

Ahora bien, con el fin de establecer un concepto de prueba en su aspecto jurídico, es decir, un concepto de prueba procesal o judicial, los autores han relacionado ésta, entre otras cuestiones, con la actividad dirigida a proporcionar al juez los datos necesarios para constatar la veracidad de las afirmaciones de las partes, con los datos e informaciones que se le proporcionan o con el resultado de aquella actividad. DEVIS ECHANDÍA presenta una amplia exposición de los distintos puntos de vista que se han formulado para elaborar el concepto, siguiéndose aquí, a grandes rasgos, el resultado de su obra.

En primer lugar, basándose en un criterio objetivo, ciertos autores han restringido la noción de prueba a los hechos que sirven de prueba a otros hechos. BENTHAM, por ejemplo, señala: “¿qué es una prueba? En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro hecho. Por lo tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Toda decisión fundada sobre una prueba actúa, por tanto, por vía de conclusión: Dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro.”²⁷

procesal, forman parte también del derecho material, en cuanto regulan cuestiones sustanciales del contrato de que se trate.

²⁷ BENTHAM, Jeremías: Tratado de las pruebas judiciales, Cit., Pág. 23.

En palabras de DEVIS ECHANDÍA, la noción hace referencia a lo que sucede en el contexto de la prueba indiciaria o, según su parecer, a aquellos objetos que sirven de prueba, como ocurre con el documento²⁸. Así las cosas, el concepto que propone BENTHAM, sin demeritar la importancia que sus ideas tienen para la investigación, se restringe a una de las vías mediante las cuales puede tenerse por corroborado un hecho en el proceso, centrándose en la denominada “prueba indirecta”, que permite establecer la constatación de un hecho desconocido en virtud del nexo lógico, preciso y directo que le une con un hecho conocido, a partir del cual se logra concluir en su acaecimiento.

De lo anterior se desprende que el concepto expuesto es limitado y no abarca la labor de verificación originada a raíz de los datos resultantes de la práctica de las llamadas “pruebas directas”, cuya valoración, a cargo del juez, le permite concluir en la acreditación o no de las proposiciones fácticas formuladas por las partes, y sin que exista un hecho previamente probado a partir del cual sea dable establecer la existencia de otro.

Un segundo punto de vista, más general, pero también objetivo, ha sido el que entiende por prueba todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, todo medio útil para formar la certeza judicial, incluidos hechos, objetos y actividades²⁹. DEL GIUDICE, en primer término, entiende que la prueba compone los medios que el legislador, fundado en la lógica y en la experiencia, considera propios y adecuados

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 13.

²⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 14. En cuanto a las actividades, el autor hace alusión expresa al reconocimiento judicial.

para el esclarecimiento de la verdad de los hechos³⁰. En su sentido objetivo, indica FENECH, las pruebas se conciben como aquellos elementos o medios utilizados para reconstruir la realidad pasada, igual que el historiador construyen la historia mediante los vestigios que ha dejado la acción del hombre³¹. ROSENBERG señala que la palabra “prueba” no significa únicamente la actividad probatoria, sino también el medio de prueba, entre otras acepciones³². Al respecto, las posturas limitan el concepto a la noción de medios de prueba, un componente básico de la prueba, pero no el único³³.

³⁰ DEL GIUDICE, Pasquale: Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras, traducción de Álvaro LÓPEZ ORRIOLS, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885, pág. 302.

³¹ FENECH, Miguel: El proceso penal, AGESA, Madrid, 1982, Pág. 88.

³² ROSENBERG, Leo: Tratado de Derecho procesal civil, tomo II, traducción de Ángela ROMERA VERA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, Pág. 200.

³³ Por “medio de prueba” se entiende la actividad enteramente procesal, regulada legalmente, por la que se introduce al proceso la “fuente de prueba”, es decir, parafraseando a SENTÍS MELENDO, Santiago: La prueba..., Cit., Págs. 150, 156. la realidad anterior al proceso e independiente de él, a partir de la cual el juez verifica las afirmaciones de las partes. Para el efecto, explica el autor que “la fuente será lo sustantivo y material, el medio será lo adjetivo y formal”, y como ejemplos apunta que fuentes de prueba son el testigo y su conocimiento de los hechos y el documento, que son previos y extraños al proceso, fuera del cual su existencia carece de repercusiones jurídicas; mientras que los medios de prueba son, respectivamente, el testimonio o la declaración que el testigo preste en el proceso y la actividad para incorporar el documento a éste, ya

Con ello, se fijan tan sólo en el aspecto objetivo o formal, sin atender al aspecto subjetivo, referido al resultado buscado u obtenido mediante éstos en la persona del juzgador y a qué es lo que los medios de prueba aportan al proceso para lograr dicho resultado. De acuerdo a un tercer punto de vista, se ha pretendido equiparar la prueba, basándose en un criterio eminentemente subjetivo, al resultado que con ella se obtiene, es decir, a la convicción que se produce en la mente del juzgador sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el litigio³⁴.

ALSINA indica que, en ocasiones, la palabra “prueba” designa el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados³⁵. En igual sentido, señala PRIETO-CASTRO que con el término “prueba” se indica, además de otras acepciones, el resultado de la actividad probatoria³⁶. Por su parte, DE PINA afirma que por prueba se expresa, entre otros significados, el grado de certidumbre que operen en el entendimiento del juez los elementos de convicción³⁷. Según DEVIS ECHANDÍA, tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo son imprescindibles en el lenguaje jurídico procesal, pues no es posible desligar la noción de prueba de los

sea acompañándolo a la demanda, proponiéndolo en el período probatorio o siguiendo el procedimiento que disponga la ley procesal.

³⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 14

³⁵ ALSINA, Hugo: Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1961, Pág. 224.

³⁶ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: Tratado de Derecho procesal civil..., Cit., Pág. 617.

³⁷ DE PINA, Rafael: Tratado de las pruebas civiles, Cit., Pág. 36.

medios utilizados para suministrarla ni tampoco de la finalidad o resultado perseguido con ella³⁸.

La tercera noción citada omite ese aspecto objetivo, cuya inclusión se requiere para la formulación de un concepto que permita apreciar, a cabalidad, qué es prueba y qué se entiende comprendido en ella. Surge así un cuarto punto de vista, como síntesis de las anteriores ideas, en el que se combina el concepto objetivo de medios de prueba, tomados en su conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que se obtiene en la mente del juzgador. Así las cosas, entre otros autores que acogen este punto de vista, para GUASP, la prueba es “el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”³⁹.

Del concepto que ofrece el procesalista español se aprecian los aspectos objetivo y subjetivo de la prueba; el primero, referido a esos actos procesales mediante los cuales se incorporan las fuentes de prueba al proceso, y el segundo, comprendido en la obtención del convencimiento, en la mente del juzgador, acerca de la veracidad de una afirmación o de una negación.

A decir de DEVIS ECHANDÍA, es este punto de vista mixto el que goza de mayor número de partidarios y el único que presenta una noción integral de la prueba. No obstante, añade que existen dos puntos de vista más, los que de antemano califica de “jurídicamente inapropiados” y que se explican de la manera

³⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 16.

³⁹ GUASP, Jaime: Derecho procesal civil, tomo I, Civitas, Madrid, 1998, Pág. 301.

siguiente: a) el primero, basado en el aspecto objetivo, pero no apreciando al medio de prueba o al hecho que sirve para probar, sino identificando la prueba con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba; y b) el otro, que refiere por prueba la actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba, confundiéndola con la manera de producirla y apreciarla en el proceso⁴⁰.

En cuanto a ese segundo punto de vista, explica el tratadista que “se dice que las partes” hacen o producen la prueba “o que el juez” ordena, practica y aprecia o valora la prueba”, para referirse, no a los medios llevados al proceso o valorados por el juez, sino a la actividad de producción o apreciación, es decir, prueba será la producción o la valoración de los medios de prueba, no esos medios propiamente dichos ni el resultado que con esas actividades se obtengan; sin embargo, bien pueden entenderse estas frases, con mejor técnica, aplicándolas a los medios o motivos de prueba aportados al proceso para obtener el convencimiento del juez sobre los hechos y a la valoración de aquéllos para adoptar la decisión”⁴¹.

Como corolario, el autor cuya obra se ha citado en este apartado, apoyándose en las ideas de FLORIÁN⁴², señala que son tres los aspectos que componen la noción de prueba: a) su manifestación formal, traducida en los medios

⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 20.

⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Págs. 18 y 19.

⁴² Señala FLORIÁN, Eugenio: Delle prove penali, Instituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1961, Págs. 6, 7. que la prueba se entiende “quanto al suo contenuto sostanziale, quanto alla sua manifestazione formale, quanto al risultato che ne sboccia”.

que permiten llevar al juez el conocimiento de los hechos; b) su contenido sustancial, es decir, las razones, motivos o justificaciones que se deduzcan de los medios, las afirmaciones instrumentales, como son definidas en ocasiones, para constatar la veracidad o no de la afirmaciones iniciales de las partes; y c) su resultado subjetivo, que es el convencimiento que se pretende u obtiene en la mente del juzgador.

Cabe señalar que el primer aspecto es perfectamente separable de los otros dos, para distinguir así lo que se entiende por medio de prueba propiamente dicho. DEVIS ECHANDÍA, haciendo tal distinción, explica: “De esta manera se tiene que, en sentido estricto, por pruebas judiciales se entienden las razones o motivos que sirven para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos; y por medio de prueba, los elementos o instrumentos (testimonio, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza”⁴³.

Concluye indicando el tratadista que por prueba judicial, en sentido general, se entiende tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; en consecuencia, añade, una definición que pretenda dar un concepto amplio de la

⁴³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 19, 20. Recalca el autor que de esta forma se consigue una visión general de la prueba, comprendiendo los tres aspectos de la noción, es decir, el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial, que comprende las razones o motivos que en esos medios se encuentran, y el de resultado o efecto que se obtiene en la mente del juzgador.

prueba debe incluir ambos puntos de vista⁴⁴. El planteamiento reitera los distintos aspectos que deben estar incluidos en el concepto de prueba, en congruencia con lo que sostiene la doctrina mayoritaria en la actualidad. MONTERO AROCA, por ejemplo, conceptualiza la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”⁴⁵.

Sin coincidir en las palabras, el concepto alude a las tres nociones fundamentales de que se ha hablado: a) la manifestación formal de la prueba: la actividad procesal, traducida en los procedimientos empleados para aportar al juez los elementos útiles para formar su convicción; b) su resultado subjetivo: la certeza del juzgador, es decir, su convencimiento acerca de la constatación o no del enunciado fáctico en que se funda el proceso; y c) su contenido sustancial: los motivos o razones que resulten de aquella actividad procesal, los que si bien no se encuentran expresamente incluidos en el concepto, será precisamente a partir de ellos que el juez formará su convicción.

Es obvio que la idea del autor se refiere a la prueba en el proceso civil, como lo evidencia el título de la obra de la que fue extraída; sin embargo, respecto del proceso penal, para la validez del concepto bastaría sólo con omitir la alusión a la posibilidad de que la certeza del juzgador provenga de lo establecido en las normas

⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., Pág. 20, 25.

⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan: La prueba en el proceso civil, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, Pág. 60.

legales, por cuanto en éste no rige, a diferencia de aquél, el sistema de valoración de la prueba legal o tasada.

MAIER, refiriéndose al proceso penal, señala que la prueba es un concepto que es la síntesis de varios aspectos, el que en términos generales se entiende como “todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto”⁴⁶.

GIMENO SENDRA, por su parte, se refiere a actos de prueba, los que, a su parecer, constituyen “la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba”⁴⁷. Para construir el concepto, el autor aprecia no sólo la actividad de las partes, sino también la intervención del órgano jurisdiccional dirigido a asegurar la observancia de los principios rectores del proceso y, particularmente, de la actividad probatoria.

⁴⁶ MAIER, Julio B. J: Derecho procesal penal argentino, 1b, Hammurabbi, Buenos Aires, 1989, Pág. 579.

⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente: Derecho procesal penal, Colex, Madrid, 2007, Pág. 671.

Para GÓMEZ DE LIAÑO, la prueba, en el contexto del proceso penal, es “aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el Tribunal al objeto de desvirtuar la presunción de inocencia”⁴⁸. TOMÉ GARCÍA explica que la prueba es “la actividad procesal, de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de éste último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral”⁴⁹. Asimismo, según ARMENTA DEU, la prueba en el proceso penal es “aquella actividad encaminada a procurar la convicción del juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones”⁵⁰.

A partir de las ideas anteriores se vislumbran, desde ya, ciertas características propias del proceso penal, como los principios que lo informan o la exclusividad de la etapa de juicio oral para la práctica de la prueba. Más aun, en su planteamiento, GÓMEZ DE LIAÑO se refiere a la presunción de inocencia, agregando, además, que ésta última es punto de partida ineludible para cualquier consideración en torno a la prueba en el proceso penal, el que inicia siempre con la verdad interina o provisional de que el inculpado o denunciado es inocente⁵¹.

⁴⁸ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: El proceso penal: tratamiento jurisprudencial, Editorial Forum, Oviedo, 2004, Pág. 323.

⁴⁹ TOMÉ GARCÍA, José Antonio: Derecho procesal penal (con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, et al.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, Pág. 475.

⁵⁰ ARMENTA DEU, Teresa: Lecciones de Derecho procesal penal, Marcial Pons, Madrid, 2003, Pág. 253.

⁵¹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: El proceso penal..., Cit., Pág. 323.

Los conceptos expuestos hacen evidente que la prueba es, en una primera apreciación, verdadera actividad⁵². RAMOS MÉNDEZ es claro al explicar que el punto en que coinciden los autores en torno al concepto de prueba es, precisamente, que se trata de una actividad incardinada en un litigio⁵³. Pero esa actividad no se limita a la noción de mero acto procesal sin más, sino que se trata de una actividad con un fin específico: lograr la convicción del juez respecto de las afirmaciones o negaciones, en su caso, formuladas por las partes.

De ahí que, de antemano, se excluyan conceptos que pretendan incluir como finalidad de ésta la búsqueda de la verdad, como se tendrá oportunidad de profundizar al tratar el tema. En tal sentido, y sin dejar de lado las nociones antes señaladas, existen dos elementos que sirven de punto de partida para elaborar un concepto de prueba judicial: a) la actividad procesal (el aspecto objetivo, es decir, su manifestación formal) con un fin; y b) la finalidad que se persigue, que no es otra que lograr la convicción judicial (su resultado subjetivo) acerca de la veracidad de las afirmaciones o negaciones propuestas por las partes, sobre la base de los motivos o

⁵² Para GARBERÍ LLOBREGAT, José: y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Pág. 28. La acepción de prueba como actividad procesal tendente a lograr la convicción judicial reviste el sentido jurídico técnicamente más preciso de aquélla, siendo el que mejor responde al concepto que se tiene en el Derecho procesal.

⁵³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: Enjuiciamiento civil..., Cit., Pág. 590.

razones (su contenido sustancial) que se desprendan de los medios de prueba practicados⁵⁴.

Ahora bien, cuando se habla de actividad procesal cabe indagar si se trata de actos de parte, del órgano jurisdiccional o de ambos. Así, en lo que atañe a los sujetos inmersos en el conflicto, no existe mayor controversia al respecto, pues es obvio que la actividad probatoria es, fundamentalmente, un acto de parte⁵⁵.

Frente a tales consideraciones, y tomando como base los postulados del modelo acusatorio de proceso penal⁵⁶, cabe señalar, en principio, que la función del juez ha de dirigirse, primordialmente, a ejercer la potestad jurisdiccional, es decir, a juzgar, decidiendo si se ha logrado constatar el supuesto fáctico incluido en la norma jurídica y determinando así la consecuencia sobreviniente, para lo cual deberá

⁵⁴ BUJOSA VADELL, Lorenzo: Derecho procesal penal (con Isabel HUERTAS MARTÍN, et al.), CISE Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, Pág. 252. Advierte que la actividad procesal, del juez y de las partes, y la finalidad perseguida son dos elementos importantes en el concepto de prueba procesal.

⁵⁵ BARONA VILAR, Silvia: Derecho jurisdiccional III: proceso penal (con Juan MONTERO AROCA, et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Pág. 296.

⁵⁶ Para DÍAZ CABIALE, José Antonio: La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, Págs. 34, 35. La prueba en el sistema acusatorio se define como la actividad de las partes encaminada a buscar la demostración de ciertos hechos o el convencimiento psicológico del juez sobre los mismos, a través del juego de los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

basarse en los enunciados de hecho⁵⁷ y en los medios de prueba propuestos por las partes⁵⁸. Con todo, es preciso advertir que la legislación procesal penal de distintos países (así sucede en España, Portugal, Francia, Italia y Alemania, entre otros) contempla determinadas facultades en materia probatoria que los órganos jurisdiccionales pueden ejercer oficiosamente.

En tal sentido, en lo que concierne a las facultades del juzgador para incorporar elementos probatorios distintos a los que las partes han introducido a la

⁵⁷ Tan sólo la imposibilidad del juzgador de introducir hechos distintos a los propuestos por las partes encuentra acuerdo en la doctrina, pues de permitirlo, como afirma PARDO IRANZO, Virginia. La prueba documental en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Pág. 26, el tribunal acabaría convirtiéndose en acusador. A ese respecto, acota VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, en: Revista Jurídica de Catalunya, nº 2 (1984), Págs. 410, 411. Que el principio de “inmutabilidad de la imputación” se combina con las garantías de la defensa, a fin de que el inculpado no afronte un juicio por un hecho por el que no ha sido previamente acusado; lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de variación en la calificación jurídica del hecho, lo que habría de acarrear, únicamente, nuevo debate con suspensión del juicio, en caso de ser necesario.

⁵⁸ Afirma SENTÍS MELENDO, Santiago: La prueba..., Cit., Págs. 11, 12. “La parte –siempre la parte; no el juez– formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas, sino su seguridad –real o ficticia– sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad. Cuando el juez cumple una misión diferente de la de verificar, entonces es que no está juzgando.”

causa, es menester que aquél observe los límites concretos establecidos por las disposiciones constitucionales y por la ley procesal⁵⁹, en aras de no afectar la posición estrictamente imparcial que debe caracterizarle y de garantizar los derechos fundamentales de los intervinientes. De ahí que el concepto de prueba, conforme a la normativa vigente, no resulte erróneo al incluir dichas facultades del juzgador.

Sin embargo, se reitera que estas facultades habrán de ser utilizadas con suma cautela y mesura, es decir, con el único fin de aclarar determinado aspecto puntual que se estime necesario y siempre que con ello no se afecten los derechos reconocidos a las partes; en otras palabras: “siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación”, evitando que éste emprenda, con iniciativas probatorias, “una actividad inquisitiva encubierta”. Por otro lado, fuera de estas facultades, es evidente

⁵⁹ Señala ARAZI, Roland. “Los principios procesales y la prueba”, en: MORELLO, Augusto M. (coord.): La prueba: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo, Librería Editorial Platense, La Plata (Argentina), 1996, Pág. 28: “En un proceso judicial, el juez podrá tener o no facultades para investigar, iniciativa probatoria y mayores o menores poderes, pero deberá respetar los principios que garantizan el debido proceso (igualdad, bilateralidad y congruencia).” Asimismo, según PICÓ I JUNOY, Joan: El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, Pág. 155. una iniciativa probatoria ilimitada del juez penal, además de vulnerar el principio acusatorio, incluida la debida imparcialidad de aquél, puede conculcar derechos fundamentales de las partes, como el derecho de defensa.

que el órgano jurisdiccional desarrolla una importante función en la actividad procesal referida a la prueba.

Así, además de ser el controlador de la actividad de las partes, decidiendo sobre la admisibilidad o no de la prueba, participa también en su práctica dirigiendo la diligencia (en congruencia con el principio de inmediación), situación que se aprecia en su máxima expresión en el reconocimiento judicial, como medio de prueba en el que el juez percibe directamente, sin intermediarios, los elementos útiles para formar su convicción que puedan surgir de los lugares, objetos o personas sometidos a reconocimiento.

Aunado a lo anterior, será el juez, como sujeto al que se dirige la prueba, el que verificará si las afirmaciones de las partes coinciden con la realidad, comparando las afirmaciones instrumentales resultantes de los medios de prueba con aquellas propuestas inicialmente en la causa⁶⁰. La descrita es una actividad a cargo exclusivamente del juez, de crucial importancia para la prueba, pero no la única como para limitar a ésta el concepto pretendido⁶¹.

⁶⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, José María Bosch, Barcelona, 1997, Pág. 102.

⁶¹ SENTÍS MELENDO, al formular el concepto de prueba, parte de la actividad de verificación que corresponde al juzgador, motivo por el cual DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Teoría general..., Cit., pág. 16, lo ubica dentro de los autores que defienden un concepto de prueba que se limita al aspecto subjetivo. Ahora bien, fuera de ese punto de partida, el planteamiento general de SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba..., Cit., Pág. 22. Permite apreciar incluida la actividad procesal que incumbe a las partes y al juez. De esa

En el concepto de prueba, por ende, habrán de entenderse comprendidas, por un lado, la actividad de las partes, traducida en la aportación al proceso de las fuentes de prueba por vía de los distintos medios de prueba y, por el otro, las actividades que quedan a cargo del juez, sea en su función controladora del quehacer de aquéllas, sea en su labor, propia y exclusiva, tanto de valoración de los datos que dichos medios arrojan, como de determinación de las conclusiones que, sobre la base de éstos, le llevan a formar su convicción.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de las facultades que el orden legal confiera a los órganos jurisdiccionales para disponer de oficio la práctica de medios de prueba, debiendo proceder, como en todas sus actuaciones, con absoluto respeto a los principios y garantías inherentes al debido proceso.

En consecuencia, es dable formular un concepto de prueba en los términos siguientes: actividad procesal desarrollada por las partes y por el juzgador, dirigida a lograr la convicción en la mente de éste último respecto de la veracidad de las proposiciones fácticas formuladas por aquéllas, convencimiento que se alcanzará a partir de los datos y motivos que se deriven de los distintos medios de prueba practicados.

cuenta, el autor explica: “[...] la prueba es verificación de afirmaciones utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios, aportadas aquéllas por los litigantes y dispuestos éstos por el juez, con las garantías jurídicas establecidas, ajustándose al procedimiento legal, adquiridas para el proceso y valoradas de acuerdo a normas de sana crítica, para llegar el juez a una convicción libre.”

1.4. FINALIDAD DE LA PRUEBA

Se hace preciso ahondar un poco más a efecto de identificar la finalidad que persigue la prueba procesal, es decir, determinar para qué se prueba en el proceso. En ese sentido, cabe anotar que han sido varias las teorías que han pretendido explicar esa finalidad, las que se intenta resumir a continuación. Así, en un primer escenario, algunos autores consideran que la finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad de un hecho. Para RICCI, por ejemplo, la prueba no es un fin en sí mismo, sino un medio dirigido al descubrimiento de la verdad⁶².

FRAMARINO DEI MALATESTA, al respecto, explica: “Así como las facultades de la percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, así las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva que es la verdad. La prueba es, pues, en este respecto, el medio objetivo por el cual la verdad llega al espíritu; [...] la prueba, pues, en general, es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano en sus especiales determinaciones de credibilidad, de probabilidad y de certeza⁶³.” CLARIÁ OLMEDO, por su parte, señala que el proceso “tiende a la adquisición de la verdad para aceptar o rechazar las afirmaciones fácticas en cuanto coincidentes o no con la realidad histórica, y ese descubrimiento de la verdad se obtiene mediante la prueba de los hechos

⁶² RICCI, Francisco. Tratado de las pruebas, tomo I, traducción de Adolfo BUYLLA y Adolfo POSADA, Editorial La España Moderna, Madrid, 1880. Pág. 23.

⁶³ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. Lógica de las pruebas en materia criminal, tomo I, Editorial La España Moderna, Madrid, [1930?], Pág. 101, 102.

introducidos como inciertos al proceso para integrar el aspecto material de la imputación o de la resistencia a ella”⁶⁴. Asimismo, para MARTÍNEZ SILVA probar es “establecer la existencia de la verdad”, definiendo las pruebas como “los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad”⁶⁵. Es lógico que una teoría de tal naturaleza traslade los problemas inmersos en la filosofía, relativos a las teorías sobre la verdad, al ámbito del Derecho procesal.

La búsqueda de la verdad ha sido calificada como fin inalcanzable, y así lo reconoce cierta parte de la doctrina. GUASP, por ejemplo, señala que la orientación que define la prueba como aquella actividad que propone demostrar la verdad o falsedad de una afirmación, si bien arranca de un punto de vista sólido, ofrece el inconveniente de su imposibilidad práctica, puesto que la real obtención de una demostración de este tipo es teórica y prácticamente imposible⁶⁶. Asimismo, MONTERO AROCA indica que la aspiración por descubrir la verdad se aprecia, en la actualidad, como demasiado ambiciosa, no sólo por las limitaciones con que se encuentra el hombre para alcanzar verdades que puedan calificarse de absolutas, sino porque también debe asumirse que el proceso responde a toda una serie de principios tan importantes como el de la búsqueda de la verdad,

⁶⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho procesal penal, tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1966, Pág. 5.

⁶⁵ MARTÍNEZ SILVA, Carlos. Tratado de pruebas judiciales, Atalaya, Buenos Aires, 1947, Pág. 21.

⁶⁶ GUASP, Jaime. Derecho procesal civil....Cit., Pág. 300.

entre los que menciona la condición de tercero del juez, la contradicción, el derecho de defensa y la igualdad de las partes⁶⁷.

Para COUTURE, en su sentido procesal, la prueba es un “medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”, y desde el punto de vista de las partes es, además, una forma de crear la convicción del magistrado, cuyo convencimiento depende, de manera muy especial, de la actividad probatoria de aquéllas⁶⁸. Así, afirma DÍAZ CABIALE que con la llegada

⁶⁷ MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil.....Cit., Pág. 44

⁶⁸ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos..., Cit., Pág. 217, 219. En igual sentido se expresan, entre otros, GOLDSCHMIDT, James: Principios generales del proceso I: teoría general del proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, Pág. 143. Al señalar que las aportaciones de prueba son los “actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho”; GORPHE, François: Las resoluciones judiciales: estudio psicológico y forense, traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, Pág. 112. quien expone que las pruebas son “procedimientos admitidos para convencer al juez de la verdad de los hechos alegados”; ARAGONESES ALONSO, Pedro. Curso de Derecho procesal penal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, Pág. 271, quien indica que la prueba es la “actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez”; y ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho procesal civil, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, Pág. 345. que conceptualiza la prueba como “actividad para convencer al juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes”. Por su parte, refiere también PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Teoría de la prueba y Derecho penal, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, Pág. 13. Citando a ENGISCH, que los

del racionalismo cartesiano y los movimientos empiristas a la filosofía, se puso en duda que el conocimiento humano llegara a conocer la realidad fuera del error; tales ideas influyeron también en el concepto procesal de prueba, el que ha ido prescindiendo del término “verdad”, sustituyéndolo por otros como “probabilidad” o “convencimiento psicológico”⁶⁹.

La convicción judicial es la finalidad que persigue la prueba en cualquier clase de proceso, aunque en el proceso penal aquélla surja siempre del convencimiento psicológico del juez, debido al sistema de libre valoración de la prueba que en él impera, mientras que en el proceso civil, tomando en cuenta el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, esa convicción puede surgir ya sea del convencimiento psicológico del juzgador o de las normas legales que previamente fijan cuándo es que existe tal convencimiento.

Según MIRANDA ESTRAMPRES, la idea de la convicción judicial como finalidad de la prueba es el criterio que la doctrina mayoritaria acepta en la actualidad; asimismo, añade que el término “verdad”, como noción objetiva y ontológica, se sustituye por el de “certeza”, como noción subjetiva. La verdad, por

juristas, por lo general, hablan de prueba “cuando se persigue el objetivo de proporcionar al juez la convicción en relación con unos hechos determinados”. Por último, señala ilustrativamente BELLOCH JULBE, Juan Alberto. “La prueba indiciaria”, en: MIR PUIG, Santiago. La sentencia penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, Pág. 90. “La prueba no es, en el fondo, otra cosa que el mecanismo para la búsqueda de la “certeza jurídica”, sabiendo que la convicción del Juez al respecto no es más que, en el mejor de los casos, “una firme y formada persuasión, y nada más”.

⁶⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio. La admisión y práctica de la prueba..., Cit., Pág. 35.

un lado, es identidad entre el conocimiento o la idea con la cosa o el hecho: conformidad de la idea y el objeto; la certeza, por su parte, es la manifestación subjetiva de la verdad: creer que lo que se afirma es verdad⁷⁰, arribar al convencimiento psicológico de que así es.

En conclusión, es la teoría que asigna a la prueba la finalidad de obtener el convencimiento del juzgador, la que mejor responde a la naturaleza y a la realidad de la prueba judicial. Como afirma GORPHE, “si la verdad tuviese siempre un carácter diferente del error, que no es más que su contrario, distinguirla de él sería un simple juego”⁷¹. Pero la realidad es otra, la distinción entre verdad y error puede llegar a ser imperceptible, y en un proceso judicial, en el que quien decide ha de corroborar la exactitud de unas afirmaciones previamente conocidas y formuladas por otros, la situación puede tornarse aún más compleja.

En efecto, puede el juez, sobre la base de las pruebas aportadas a la causa, decidir que una u otra afirmación es exacta, o que ninguna lo es, pero la posibilidad del error subsiste, al punto que el fallo a que se arribe puede no ser congruente con la realidad⁷². De esta forma, se considera inapropiado hablar de

⁷⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria...Cit., Págs. 45, 77.

⁷¹GORPHE, François. La crítica del testimonio, traducción de Mariano RUIZ-FUNES, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, Pág. 50.

⁷² El Derecho reconoce la posibilidad del error judicial; ante ello, ha creado instituciones dirigidas a subsanarlo, como se evidencia con la acción o proceso de revisión. A ese respecto, expone MARTÍN PALLÍN, José Antonio. “La revisión de los errores judiciales”, en: MAZA MARTÍN, José Manuel. Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de

“verdad” en términos de la prueba procesal. En todo caso, el fin que se persigue con la prueba en el proceso se cumplirá cuando el juez esté convencido de que una u otra afirmación coincide con lo que realmente aconteció, o que ninguna lo hace.

Conforme a lo expuesto, es la convicción judicial, es decir, la certeza en la mente del juez⁷³ de que una determinada situación se produjo o no en la realidad, la finalidad a que tiende la prueba, persistiendo siempre la posibilidad de error en la decisión⁷⁴, pero no por ello sobreviene duda, pues si ésta existe no habrá

instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y revisión, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009 Pág. 336. “El desacierto y la equivocación tienen carta de naturaleza en cualquier acto jurídico o resolución judicial y el propio sistema reconoce sus efectos perjudiciales, disponiendo los remedios necesarios para corregir el yerro y reparar sus consecuencias.”

⁷³ Esto es aplicable en toda su plenitud al proceso penal, por cuanto rige el sistema de valoración de la prueba de libre convicción o sana crítica; en cambio, en el proceso civil, con el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, la convicción puede proceder, ya sea de la aplicación de las normas de estimativa probatoria o, propiamente, del convencimiento psicológico del juez.

⁷⁴ Según MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria..., Cit., Págs. 62,64, al hablar de error, cuya posibilidad nunca se excluye, encuentran acuerdo las teorías que hablan del juicio de certeza, por un lado, y del juicio de probabilidad o verosimilitud, por el otro; en ambas teorías la prueba persigue la convicción judicial, la que se adquiere cuando el juez logra eliminar toda duda razonable o relevante que se le plantee durante la práctica de la actividad probatoria.

convencimiento y el resultado de la prueba no corresponderá a su fin⁷⁵, debiendo el tribunal resolver la situación teniendo por no probada la afirmación o la negación de que se trate, con aplicación de las consecuencias que devienen de la institución de la carga de la prueba⁷⁶.

Por consiguiente, cabe indicar, desde ya, que en lo que concierne al proceso penal, ese estado de convicción judicial perseguido mediante la prueba será alcanzado en tanto el juzgador, logrando determinar que se ha desvirtuado

⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general..., Cit., Pág. 239. Según la idea del autor, puede existir un medio de prueba que no contenga prueba alguna, pues de él no se obtiene razón o motivo que contribuya a obtener la certeza pretendida.

⁷⁶ En el proceso civil, la carga de la prueba determina que quien afirma o niega un hecho debe probarlo, recayendo sobre él las consecuencias negativas que se deriven de no haber probado los enunciados que sustentan su pretensión. Apunta MONTERO AROCA, Juan: "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)", en: MONTERO AROCA, Juan. La prueba, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Pág. 35. "La finalidad del principio [de la carga de la prueba] no es determinar quién debe probar, sino únicamente establecer las consecuencias de no haberse probado". Como corolario, es dable considerar que la institución de la carga de la prueba impide que un caso quede irresuelto (prohibición del non liquet), para lo cual se establece la forma como el juez procederá ante situaciones en que no se haya logrado demostrar un enunciado determinado. En el proceso penal, el in dubio pro reo –como manifestación particular de la institución de la carga de la prueba que indica al juez cómo debe resolver en caso de duda– obliga a emitir un fallo absolutorio, derivado de que, siempre, la duda favorece al acusado.

la presunción de inocencia del acusado, descarte de sus conclusiones cualquier duda razonable⁷⁷.

1.5. EL OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba, indica DEVIS ECHANDÍA, tiene relación con aquello que puede ser probado en general, noción abstracta y objetiva, sin limitarse a los problemas concretos de cada proceso. El tema o necesidad de la prueba, por el contrario, es eso que en la causa específica requiere ser probado, ese elemento fáctico en particular que constituye el presupuesto de la vida real concebido en la norma, sin cuya constatación el juez no puede resolver en congruencia con ésta. También es, según el autor, una noción objetiva, pues no configura en sí el sujeto que debe suministrar la prueba, pero es concreta, al recaer sobre unos determinados enunciados de hecho⁷⁸.

Ahora bien, señala CARNELUTTI, puntualmente, que el objeto de la prueba no son los hechos, propiamente dichos, sino las afirmaciones, “las que no se conocen, pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, pero se conocen”⁷⁹. Los hechos, como fenómenos exteriores al hombre, según aclara

⁷⁷ Señala TARUFFO, Michele. La prueba...Cit., Pág. 274. en alusión específica al proceso penal: “Con independencia de cómo sea definido, por tanto, el estándar de la prueba „más allá de toda duda razonable expresa la exigencia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza”

⁷⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general..., Cit., Pág. 135.

⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil... Cit., Pág. 40.

SERRA DOMÍNGUEZ, son de una forma solamente y, como tales, no requieren prueba; “lo que requiere ser probado son las afirmaciones relacionadas con esos hechos”⁸⁰. Un hecho existe o no, ha ocurrido o no, pero no es verdadero ni falso, no es exacto ni inexacto, y una vez sucedido no puede probarse, pues resulta imposible, al ser parte del pasado, reproducirlo, pudiendo tan sólo reconstruirlo mentalmente a partir de la prueba incorporada al proceso. De lo que cabe hablar, en todo caso, en términos de prueba, es de los enunciados, es decir, de la afirmación o la negación del hecho⁸¹.

Sobre estas ideas, la explicación que presenta SENTÍS MELENDO resulta esclarecedora, al señalar: “[...] no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No. Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos”⁸². Así, para CLIMENT DURÁN, la valoración probatoria consiste en la comparación entre las afirmaciones básicas o iniciales, formuladas por las partes, y las afirmaciones

⁸⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Contribución al estudio...” Cit., Pág. 359.

⁸¹ Este criterio es igualmente compartido por quienes consideran que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad. Así, se habla de la “verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”. TARUFFO, Michele. La prueba... Cit., Pág. 19. de la “prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho”, GASCÓN ABELLÁN, Marina: Los hechos en el derecho..., cit., Pág. 83. O de la “verdad o falsedad de los enunciados sobre el hecho”, GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, Pág. 18.

⁸² SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba..., Cit., Pág. 12

instrumentales obtenidas de los medios de prueba; el análisis permitirá al juez comprobar si las últimas corroboran o no las primeras⁸³.

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ con suma claridad explica que corresponde a las partes proporcionar al juez esas afirmaciones instrumentales, empleando los distintos medios de prueba, sobre los hechos que fundan el conflicto, es decir, sobre las afirmaciones (o enunciados) iniciales. El juzgador procede entonces a depurar las afirmaciones instrumentales, que la mayoría de las veces adolecen de parcialidad, las valora críticamente y fija sobre ellas sus propias afirmaciones. Se realiza así la labor de comparación entre las afirmaciones iniciales y las instrumentales, de manera que en los puntos en que coincidan admitirá las primeras, con el objeto de fijar el supuesto de hecho del fallo, la premisa menor en la teoría del silogismo; y en caso de no coincidir, por tener las afirmaciones instrumentales signo contrario a las iniciales, rechazará éstas últimas⁸⁴. En definitiva, objeto de la prueba son las afirmaciones o negaciones sobre los hechos, los enunciados sobre éstos, los que el juzgador habrá de comparar con esas otras afirmaciones proporcionadas mediante la actividad probatoria practicada, para así formar su convicción respecto de aquéllas, concluyendo si acaecieron o no en la realidad.

⁸³ CLIMENT DURÁN, Carlos: La prueba penal, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Pág. 45.

⁸⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Contribución al estudio...”, Cit., Págs. 360-365.

CAPITULO II

LA PRUEBA PROHIBIDA

2.1 GENERALIDADES

El problema de la prueba prohibida está estrechamente relacionada con la que concierne a los derechos fundamentales, esto tiene que ver con el hecho de que lo que determina la ilicitud de la prueba es precisamente la vulneración de derechos fundamentales en su obtención. La primacía de la Constitución, en la que generalmente se reconocen los derechos fundamentales, es algo que actualmente casi no se discute.

En tal sentido, algunos prefieren seguir refiriéndose a la existencia de un efecto irradiante de las normas constitucionales hacia el resto del ordenamiento jurídico. En cambio, otros como ZARGREBELSKI, sostiene que ya no puede pensarse en la Constitucionalidad como centro del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger⁸⁵.

De cualquier modo, la referencia a la Constitución es obligatoria cuando se trata de la prueba ilícita. La primacía de los derechos fundamentales da origen a la prohibición de valoración probatoria de prueba ilícita, en tal sentido, debe entenderse

⁸⁵ Citado por ARMENTA DEU, Teresa. "Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América"....Op., Cit., Pág. 384.

que aquella deriva de la vigencia de la Constitución, concretamente de la regulación de los derechos fundamentales⁸⁶.

Así como hemos reiterado, el vínculo innegable, entre Constitución y derechos fundamentales, por un lado, y prueba ilícita, por otro lado, también no podemos dejar de referirnos a la realidad social en cuyo marco se aplican las normas constitucionales y las relativas a la prueba ilícita. En esta línea de ideas, suscribo lo afirmado por GOSSEL en el sentido en que "...la problemática de la prohibición de la prueba no es un mero problema jurídico procesal-penal, sino que antes bien constituye una cuestión que responde a la comprensión general de las relaciones entre el Estado y el ciudadano"⁸⁷.

En este marco, como perspicazmente lo ha señalado MARTÍNEZ GARCÍA, los derechos fundamentales que nacieron como derechos de alcance universal, pasan a ser catalogados como derechos de ciudadanía, pasando ésta a convertirse en presupuesto de los mismos derechos fundamentales⁸⁸.

⁸⁶ WELZEL, Hans: Derecho penal alemán, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

⁸⁷ GOSSEL, KARL-HEINZ, "Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales", en el proceso penal ante el estado de derecho. Estudio sobre el Ministerio Público y la prueba pena, Grijley, Lima, 2004, Pag.63.

⁸⁸ Vid., MASCARELL NAVARRO, María. "La carga de la prueba y la presunción de inocencia", en: Justicia, n° 3, 1987.

En cuanto a la multiplicidad de denominaciones utilizadas para referirse a la prueba ilícita, se coincide en señalar que no existe unidad terminológica ni consenso. Para la misma institución se suele utilizar las denominaciones de prueba prohibida, prueba ilícita, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilegal, prueba inconstitucional, etc.

2.2 ANTECEDENTES

En antecedentes tendremos que apreciar los primeros intentos por definir la prueba prohibida en el ámbito jurídico nacional para poder así advertir las instituciones y conceptos de la prueba prohibida o ilícita y enfocarnos a nuestro propósito.

Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸⁹ ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la prueba prohibida, o prueba ilícita. Autores

⁸⁹ “PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo,

como SILVA MELERO⁹⁰, que asumen un criterio amplio sobre la noción de la prueba ilícita, consideran que es aquélla que atenta contra la dignidad humana. Por tanto, prueba ilícita es la contraria a una norma de derecho, es decir la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas. Todas las normas relativas a las pruebas penales son reglas de garantías del acusado, toda infracción de las normas relativas a la obtención o práctica de la prueba debe estimarse ilícita, por cuanto implicaría una vulneración del derecho a un debido proceso.

SAN MARTÍN CASTRO se adscribe a un criterio restrictivo cuando estipula que para que pueda hablarse de “prohibición probatoria”, la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado

la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial. Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 226, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Materia Constitucional, Novena Época.

⁹⁰ SILVA MELERO, Valentín. La prueba procesal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental⁹¹.

Agrega dicho autor, aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles –mediante su lesión- de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y el secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática. En tanto que tratándose de derechos fundamentales de naturaleza procesal, en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional⁹².

Según SAN MARTIN CASTRO “prueba prohibida” se incardina en una institución mayor que es el derecho a la prueba. Este derecho, es de configuración legal aunque constitucionalizado e íntimamente ligado con el

⁹¹ ARMENTA DEU, Teresa. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”....Op., Cit., Pág. 382.

⁹² “La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal, MANUEL DE DERECHO PROBATORIO Y DE LA VALORRIZACION DE AS PRUEBAS EN EL PROCESO ENAL COMUN” Pablo Talavera, Academia de la Magistratura, Primeria Edición – Marzo 2009.

derecho de defensa, consiste en aquellas pruebas pertinentes deben ser admitidas y practicadas por el órgano jurisdiccional, y entre sus límites está no sólo que el medio probatorio debe ser pertinente, que tenga relación con el objeto del proceso, y ejercitado dentro del tiempo y bajo la forma legalmente previstos, sino que además la pruebas debe ser lícita, es decir, obtenida sin infringir los derechos fundamentales, pues de lo contrario carecerá de efectos probatorios y no podrá ser subsanada. La idea de limitación preside esta discusión y, por tanto, es del caso, en todo momento- identificar las normas jurídicas que contiene una limitación en la obtención y en la práctica de pruebas⁹³.

Cabe señalar, finalmente, que si la Constitución consagra como eje de su estructura institucional la noción del estado, al que le corresponde como un deber primordial garantizar plenamente los derechos humanos, sin perjuicio de la defensa de la seguridad ciudadana y la promoción de la justicia, es obvio concluir que está absolutamente prohibido vulnerarlos. Se está, entonces, ante una garantía jurídica; esto es, como nota JAÉN VALLEJO, un conjunto de prevenciones o cautelas, constitucionalizadas bajo la forma límites al derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad o menos que se den algunas circunstancias predeterminadas por la ley; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la Constitución y la ley lo habiliten para penetrar en

⁹³ Vid SAN MARTÍN CASTRO, C., Derecho Procesal Penal...Op., Cit., Pág. 56.

ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas⁹⁴.

2.3 BASES JURÍDICAS

La CPEUM y El CNPP, han sido enfáticos al desarrollar la ilicitud de las pruebas obtenidas vulnerando los derechos fundamentales de la persona. Es por ello que, la regulación de las prohibiciones probatorias nace de la propia doctrina y jurisprudencia comparada, las cuales con el tiempo han sido asumidas y desarrolladas con mayor incidencia a nivel jurisprudencial y doctrinaria, pero sin tener de manera directa una regulación expresa en el ordenamiento jurídico.

No obstante, conforme ha ido evolucionando la doctrina y la jurisprudencia comparada también nacional, han empezado indirectamente los legisladores a observar ciertos aspectos que busquen de alguna manera una regulación no expresa, pero si tácita en cuanto a las prohibiciones probatorias y su aplicación en el proceso penal. En el proceso penal, si bien no se tiene una regulación expresa con reglas y pautas bien marcadas que expresen cómo debe ser la transmisión y valoración de los medios probatorios obtenidos de manera ilícita, en el cual incluimos a las pruebas irregulares, si ha pautado una regla general, que debe quedar a criterio del juzgador al momento de acuerdo con el caso concreto.

⁹⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel. La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional, Akal, Madrid, 1987.

De la interpretación de los artículos relativos a la prueba puedo afirmar: que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido he incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

En base a lo expresado, en primer término vamos a referirnos a la prueba ilícitamente obtenida. En ese sentido, habíamos mencionado líneas atrás que, así como existía un acuerdo casi unánime en cuanto a la regla de prohibición a la prueba ilícita, también lo era que, se aceptaban, aunque minoritariamente, ciertas excepciones a la mencionada regla, ya que por regla general las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos fundamentales no deberían ser admitida sin valoradas.

Sin embargo, la misma doctrina y jurisprudencia comparada, ha establecido posibles excepciones a la regla de prohibición probatoria. Así dentro de la exclusión probatoria, cuando de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales se traten, se permiten como reglas de excepción, a las que se obtienen cuando se está ante un peligro inminente o delito flagrante.

2. 4 EL VALOR PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El fundamento de la exclusión de las pruebas prohibidas, situado en un conflicto de dos derechos de relevancia constitucional, el descubrimiento de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no descansa, como dice la jurisprudencia estadounidense, en el efecto disuasor o profiláctico de las conductas ilegales de los agentes policiales; quien transgreda los derechos fundamentales en

búsqueda de prueba verá sus esfuerzos investigadores condenados al fracaso, sin perjuicio de ser castigado, que por lo demás es una opción de política legislativa y, por tanto, sujeta a una intensa modulación por presiones sociales.

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos acepta la doctrina “deterrence effect”. Así se observa con toda nitidez en el asunto “*JANIS vs US*” (1976), cuando acota: “el principal propósito de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas”. Como tal, si bien tiene refrendo constitucional, empero, su ubicación constitucional es instrumental o subordinada, de suerte que es una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policiales contrarios a los derechos fundamentales. Es de precisar que algunos otros fallos han reconocido que no existe constatación empírica de este efecto disuasorio.

En el modelo euro continental el fundamento de la exclusión probatoria radica en la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico, el valor supremo que la Constitución les concede. Por tanto si los derechos fundamentales, dada la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico son inviolables, el interés en alcanzar la verdad procesal debe necesariamente ceder, como regla general, ante las superiores exigencias que derivan de la efectiva tutela de aquellos. La denominada “función disciplinaria” de la prueba prohibida, propia del modelo estadounidense que, al decir VILLEGAS RODRÍGUEZ, tiene como base una lógica de prevención general y exige una lesión culpable a una norma probatoria, no es de recibido en el proceso penal euro

continental en tanto que conduce a una limitación del ámbito de aplicación de las prohibiciones de valoración carente de sentido⁹⁵.

La necesidad de la regla de exclusión al prohibir la búsqueda de la verdad a cualquier precio fue magistralmente expuesta, como recuerda WACH, en un fallo inglés en 1846, en el asunto “*PEARSE vs PEARSE*” al decir; “la admisión obligada de todas las pruebas pertinentes y útiles al margen de cómo fueron obtenidas, quizás sea crucial para el conocimiento de la verdad (...) pero la verdad, como tantas otras cosas buenas, si son ansiadas desmedidamente, si son perseguidas demasiado ardientemente, pueden costar demasiado⁹⁶.”

2.5 POSTURAS SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA.

A criterio de LÓPEZ-PUIGSERVER, existen dos opiniones radicales sobre las pruebas obtenidas mediante infracción a una norma jurídica. Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justificación por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que

⁹⁵ VILLEGAS RODRÍGUEZ, Manuel. “La presunción como prueba en el derecho y el derecho de presunción de inocencia”, en: Anuario jurídico y económico escurialense, nº XXV 1993.

⁹⁶ WACH, Adolf: “El sistema de prueba”, en: Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, traducción de Ernesto KROTOSCHIN. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.

presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor⁹⁷.

Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal. Por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.

Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Algunos concluyen que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles, sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos. Habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador podrá decidir cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado y en qué medida.

- **POSTURA A FAVOR DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA**

El juez norteamericano Cardoza, en el caso *DEFOE VS UNITED STATES* de 1926, consideraba, que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueron castigados por el hecho realizado.

⁹⁷ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos. Curso de Derecho procesal penal, tomo II, Artes Gráficas Helénicas, Madrid, 1962.

La prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso, y ser eficaz pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba. Debe predominar el interés de descubrir la verdad y a los delincuentes⁹⁸.

- **POSTURAS EN CONTRA DE LA ADMISIBILIDAD Y APRECIABILIDAD**

La prueba ilícita no es admisible. Debe ser excluida. Existen lujos que el Estado no puede darse, como el hecho de violar derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger⁹⁹. En 1928, en un voto particular, el juez norteamericano HOLMES, señaló que era necesario elegir y preferir que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel indigno¹⁰⁰.

Tampoco se puede proteger bajo el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar a estimar los frutos de esa violación como si no hubiera ocurrido¹⁰¹. Es una consecuencia que el rechazo de la prueba ilícitamente

⁹⁸ VEGAS TORRES, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993.

⁹⁹ ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. "Prueba Ilícita Penal"....Op., Cit., Pág. 417.

¹⁰⁰ ARMENTA DEU, Teresa. "Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América"....Op., Cit., Pág. 382.

¹⁰¹ ARMIJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal, San José, 1ª. Ed., Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, Pág. 65.

obtenida desalentara a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho.

- **POSTURAS INTERMEDIAS**

- Teoría de la ponderación de intereses en conflictos:

VÁZQUEZ SOTELO, estima que el interés público por la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se integra el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que en el ordenamiento en tanto derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones que pueden proceder contra la persona responsable de ello¹⁰².

- Teoría del ámbito jurídico (Rechtskreisstheorie):

Se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Alemán¹⁰³, conforme a la cual en aquellos casos en los que se transgredió la prohibición de la práctica de la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de “si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o para él es secundario o de poca significación”.

¹⁰² VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. “La “prueba en contrario” en las presunciones judiciales”, en: Revista Jurídica de Cataluña, nº 4, 2001.

¹⁰³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010. Pág. 232.

La teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, casos por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados: filmación clandestina y otros¹⁰⁴.

¹⁰⁴ CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Hammurabi. 1999. Pág.

23.

CAPITULO III

CONCEPTOS, CARACTERISTICAS, PRINCIPIOS, VENTAJAS Y BENEFICIOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA.

3.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Antes de delimitar estos conceptos debo mencionar que no es objeto de la presente tesis hacer diferencia entre prueba ilícita o prueba prohibida, pero para dar mayor alcance conceptual sobre posiciones de estos términos jurídicos, hare la distinción que como investigador se me encarga.

3.2.1 LA PRUEBA PROHIBIDA

Esta prueba afecta los derechos fundamentales, no puede ser objeto de valoración alguna¹⁰⁵.

3.2.2 LA PRUEBA ILÍCITA

Esta prueba es obtenida con infracción de normas de menor rango, puede ser valorada judicialmente bajo determinados presupuestos.¹⁰⁶

Desde mi criterio prueba ilícita y prueba prohibida serán tomadas como un solo concepto.

¹⁰⁵ CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse? Jueces para la Democracia, núm. 25, julio, 1999. Pág. 95.

¹⁰⁶ Gaceta Jurídica. Tomo 153, La Prueba Penal Principios y momentos en la actividad probatoria, REYANA ALFARO, Luis Miguel, Agosto 2006, Pág. 128

3.2.3 PRUEBA IRREGULAR

Como transgresión de normas ordinarias o constitucionales, se infraccionan normas de procedimientos o la forma regular en la que debe actuar determinada prueba. No está en juego la vigencia de derechos fundamentales.

- La diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular es importante desde el punto de vista del resultado. En la práctica, una prueba que haya sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser valorada de ningún modo por los operadores, a tal punto que debe ser expulsada del proceso o investigación¹⁰⁷.

En cambio, una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, implicará la invalidez, de la diligencia, sin perjuicio que, de alguna manera, pueda servir para probar el hecho de otro modo y a través de otros medios, utilizándola como punto de partida o referencia a tener en cuenta. El tribunal Supremo Español, en sentencia de 2 de noviembre de 1993 que vale la pena citar por su claridad, ha establecido que “cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia

¹⁰⁷ CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal, 4ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2000. Pág. 23.

esencialmente viciada se deriven.¹⁰⁸ Por el contrario, si la infracción es solo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, este deviene irregular o procesalmente invalido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto invalido hubiera acreditado por sí mismo.

- La prueba irregular acarrea la nulidad del acto. Es decir, es innegable que la existencia de una prueba obtenida con vulneración del ordenamiento legal ordinario puede resultar indiferente para el sistema en términos de un resultado. Pero también es innegable, que el resultado de vulnerar una norma que reconoce un derecho fundamental no puede ser equiparado al resultado de vulnerar otra que únicamente pertenece a la legalidad ordinaria.

3.2.4 LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA

Dice CASTRO TRIGOSO, prueba derivada o refleja es aquella en si misma licita pero tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso de una interceptación telefónica ilícita (sin mandato judicial) que permite realizar un registro domiciliario con todas las formalidades y garantías de la ley en la que se encuentra una cierta cantidad de

¹⁰⁸ CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en la prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho penal, México, 2007. Pág. 74.

droga¹⁰⁹, o “para tomar prestado un ejemplo propuesto por ROXIN”: la declaración de un imputado al que se le ha suministrado drogas para que hable, revela el lugar en el que se encuentra el cadáver, encontrándose allí rastros de sangre pertenecientes al declarante. En ambos ejemplos, el resultado final, es decir, el hallazgo de la droga durante el registro domiciliario y el descubrimiento de restos de sangre pertenecientes al declarante en el lugar donde se encontraba el cadáver, es en sí mismo lícito, pero el cato inicial del que se derivan no lo es porque vulnera los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la dignidad de la persona humana, respectivamente¹¹⁰.

Los efectos reflejos de la prueba ilícita o prohibida se conocen también como “prueba ilícita por derivación, o sea aquella prueba en sí misma ilícita pero a la que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida”. Es el caso, por ejemplo, de la confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica donde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual el policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado.

La prohibición de valoración debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que, a pesar de haber sido

¹⁰⁹ Citado por ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. “Prueba Ilícita Penal”....Op., Cit., Pág. 32.

¹¹⁰ Citado por, HAMILTON CASTRO TRIGOSO. “La prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano”, Jurista Editores E.I.R.L., Primera Edición Marzo 2009, Pág. 95.

obtenidas o practicadas de forma lícita, tenga su origen en la primera¹¹¹. La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas ilícitas se basan, derivan o tienen su origen en información o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco tales pruebas lícitas puedan ser admitidas de los frutos del árbol envenenado y consiguientemente, del reconocimiento de efectos reflejos o indirectos a las pruebas ilícitas¹¹².

La llamada doctrina “del fruto del árbol prohibido”, tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de *fruit of the pois onous tree* o simplemente *fruit doctrine*. Si agentes de la policía ingresan ilegalmente en el domicilio de una persona, o si interrogan a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado o los dichos vertidos por quien ha sido coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quien han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales. Siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales (el allanamiento o la confesión coactiva), tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad.

De tal manera que no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial (en

¹¹¹ CIANO, Ariel. “La libertad probatorio y sus límites: La regla de exclusión”. Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, JA 2001-III, Julio-Septiembre, 2001. Pág. 56.

¹¹² DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, España, 2007. Pág. 373.

los ejemplos, los objetos secuestrados en el allanamiento y la confesión misma), sino además todas aquellas otras evidencias que son fruto de la ilegalidad originaria. En los ejemplos, los demás testimonios, las pruebas materiales encontradas en poder de los interrogados o en otro lugar, etc.¹¹³

Por su parte afirma SILVA MELERO que restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas. Por ejemplo: si una persona es torturada y dice dónde están las armas, no puede utilizarse la confesión ni tampoco endilgarle que el tenía las armas, porque a pesar de que la segunda prueba, la inspección judicial, es válida y legal, tiene como fuente un acto ilegal. Claro que la existencia de las armas, por ser una objetividad, no se puede negar, pero para poder condenar si es del caso a la persona, se requiere utilizar otras pruebas no contaminadas¹¹⁴.

¹¹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, tomo I. 1970. Pág. 213.

¹¹⁴ SILVA MELERO, Valentín. La prueba procesal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

3.3. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad, como límite a la restricción de derechos, está establecido en el artículo 16 de la CPEUM. Como la delimitación de las atribuciones de cada uno de las instituciones u organismos públicos; por lo tanto, en el derecho procesal penal, es la garantía en la incorporación de pruebas que permite la vigencia del estado de derecho limitando el control punitivo del Estado.

La aplicación de ella dentro del proceso se produciría una serie de arbitrariedades. MIRANDA ESTRAMPES, frente a aquellas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que limitan la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtención por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, opina que “su tratamiento debe ser el mismo con independencia de quien o quienes llevan a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba, así lo reconoce expresamente la jurisprudencia S.T.C. español 114/1984, de 29 de Noviembre, al proclamar la nulidad radical de todo acto público, en su caso, privado violatorio de todas las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución¹¹⁵.

¹¹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

- **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Este principio su eficacia se evidencia en la aplicación e intensidad de las medidas que restrinjan derechos fundamentales, estos guardan relación con la gravedad del delito investigado, ya que toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar. En lo que respecta a la gravedad del ámbito de aplicación, debe responder a la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente, para limitar el peligro que se presenta para la Sociedad y el Estado¹¹⁶.

- **EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN**

Este principio está reconocido en la Constitución, para evitar la arbitrariedad en la emisión de resoluciones. Se refiere a la motivación necesaria del Ministerio Público y del Juez de la investigación. En la motivación lo determinante debe ser la demostración del vínculo existente entre el hecho y el derecho vulnerado¹¹⁷.

¹¹⁶ DÍAZ CABIALE, José. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Madrid: Civitas. 2001. Pág. 203.

¹¹⁷ ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. "Prueba Ilícita Penal"...Op., Cit., Pág. 412.

3.4 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PROHIBIDA

- Como primera característica tenemos que la prueba prohibida es obtenida con vicios a la norma constitucional causan un estado de indefensión en los casos donde la prueba es primordial para poder construir una teoría del caso y presentarla en la etapa de juzgamiento¹¹⁸.
- La prueba prohibida no se subsana, ya que al nacer viciada no hay ninguna etapa de saneamiento de la prueba en el proceso penal, y al saltar su omisión ya no se puede regresar al momento donde se cometió su vicio, para volver a obtenerla¹¹⁹.
- La prueba prohibida es inadmisibile, como hemos venido a lo largo de esta investigación reiterando, la prueba prohibida es inadmisibile y por lo tanto no debe ser llevada a la etapa de juzgamiento para poder ser valorada¹²⁰.
- Carece de valor para fundar la convicción del juez o Ministerio Público, porque al ser obtenida transgrediendo derechos fundamentales reconocidos por la

¹¹⁸ ARMENTA DEU, Teresa. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”.....Op., Cit., Pág. 382.

¹¹⁹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos”....Op., Cit., Pág. 56.

¹²⁰ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencia....Op., Cit., Pág. 47.

CPEUM, no se tomará en cuenta bajo ninguna circunstancia para poder condenar a un acusado¹²¹.

3.5 VENTAJAS Y BENEFICIOS

Tenemos que tener en cuenta que al no admitir una prueba ilícita se está respetando el marco del CNPP que es un código garantista, y al decir garantista me refiero a una gama de derechos que protegen la licitud del proceso, y por ende se respeta la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales.

Entonces podemos decir que la prueba ilícita es inadmisibles en todo sentido, ya que el ordenamiento ha querido que el proceso penal sea un proceso totalmente acorde y respetuoso de los derechos fundamentales de la persona. También con esta posición del CNPP limita que el Estado recaude pruebas, sin respeto alguno de los derechos fundamentales de la persona, poniendo límites, para la obtención de pruebas que puedan ser ingresadas al proceso penal.

Lo cierto es que el juez tendrá que ver la colisión de derechos que hay en el marco de la admisión o inadmisibilidad de la prueba ilícita, si la inadmite podría poner en riesgo todo un caso que afecta directamente a la sociedad. De otro lado, si se admite la prueba ilícita con suficiente motivación y razonamiento con los argumentos necesarios para poder ingresarla al procedimiento, siempre y cuando esa prueba sea esencial y necesaria para poder sentenciar de la manera más correcta y apegada a

¹²¹ CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal....Op., Cit., Pág. 85.

derecho, al admitir la prueba ilícita o prueba prohibida se puede también hacer justicia e injusticia según el grado de certeza que tenga el juez.

Ambas posiciones en la admisión o inadmisión de la prueba ilícita tendría que tomarse de la manera más adecuada y razonada posible, para no caer en posibles arbitrariedades.

CAPITULO IV

LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA

4.1. INTRODUCCIÓN

En este contexto, veremos que la regla de exclusión de la prueba ilícita por lesión de los derechos fundamentales no se entiende en un sentido absoluto, rígido e incondicionado, puesto que paulatinamente, se han ido incorporando excepciones que han atemperado su aplicación. Y es que en algunos casos excepcionales, en función de las circunstancias que concurren, y a pesar de que haya habido lesión de derechos fundamentales, los tribunales, acudiendo a una motivación determinada y al principio de proporcionalidad, otorgan eficacia a la prueba obtenida ilícitamente, esto es, con lesión de derechos fundamentales

Las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita han surgido, una vez más, en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana y, por su influencia, se han extendido a otros ordenamientos jurídicos como el español y el mexicano, también por vía jurisprudencial¹²².

Consiguientemente, en el Derecho comparado se observa una tendencia generalizada a la introducción, por vía jurisprudencial, de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo que conduce a una relativización o debilitamiento en

¹²² DÍAZ CABIALE, José. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.Op., Cit., Pág. 45.

su aplicación, y ello con independencia de que la regla se haya proclamado constitucional o legalmente.

4.2. FUENTE INDEPENDIENTE

Dos ejemplos pueden ayudar a entender el sentido de la excepción de la fuente independiente. Ejemplo N°1: tras una detención ilegal la autoridad policial toma las impresiones dactilares del sospechoso, las que son excluidas debido a su origen ilícito, más no las que se encuentran en los archivos de la policía. Ejemplo N°2: Tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración. Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla.¹²³

En ambos casos la evidencia no tiene su origen en la vulneración inicial de derechos fundamentales, sino que es producto de un curso causal autónomo e independiente. Dicho de otro modo, la evidencia, el elemento de prueba, deriva de una fuente independiente respecto de la prueba primigenia obtenida mediante lesión de derechos fundamentales. Si lo que plantea esta excepción es la ausencia de conexión causal entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la que reputada independiente, es decir, que la primera no es causa de la segunda, consecuentemente, como bien explica GASCON ABELLAN ¹²⁴ , no nos

¹²³ ARMIJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal....Op., Cit., Pág. 45.

¹²⁴ BEDOYA SIERRA, Luis. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano....Op., Cit., Pág. 14.

encontraríamos frente a una verdadera excepción a la regla de exclusión, en la medida en que se trataría propiamente de un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es adquirida lícitamente y de modo directo, esto es, sin derivación de otra obtención con vulneración de derechos fundamentales.

Lo que en realidad se presenta es una situación de concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas y por tal razón aprovechable. Sin embargo, también se da cuenta en la doctrina de un sentido aplicativo de la fuente independiente diferente del mencionado en las líneas anteriores que HAIRABEDDIAN¹²⁵ califica como “situaciones en las que la acusación presenta todas las pruebas sobre el hecho en particular, incluyendo las contaminadas.

Tal sería el caso en que el personal policial realiza un allanamiento sin mandato judicial como consecuencia del cual se produce la detención de los ocupantes y de cierta cantidad de droga, por lo que permanecen en el inmueble durante varias horas esperando la emisión de la autorización judicial, la que, una vez conseguida, les permite la incautación de la droga. La jurisprudencia estadounidense ha resuelto este tipo de casos otorgando plena validez al hallazgo e incautación de la droga, pues se considera que ellos es producto del segundo registro realizado al

¹²⁵ Citado por BEDOYA SIERRA, Luis. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano....Op., Cit., Pág. 14.

amparo de la autorización judicial, que según este criterio, sería fuente independiente respecto al primer registro no autorizado¹²⁶.

Esta excepción consiste en considerar lícita aquella prueba prohibida si suprimiendo hipotéticamente el acto violatorio, de igual forma se hubiese llegado a ella o a sus derivadas. Esta excepción requiere que al momento de producirse el acto que genera la ilicitud existan otros medios probatorios lícitos que hubiesen permitido llegar al mismo resultado. Por ejemplo, si mediante torturas se obtiene la declaración de un procesado sobre la ubicación de los bienes hurtados y simultáneamente otro procesado confiesa libremente la ubicación exacta de tales bienes, entonces la prueba derivada, que fue obtenida mediante violación de los derechos constitucionales de uno de los agraviados, sería admisible en el proceso debido a que si suprimimos lógicamente tal hecho ilícito, por la declaración del otro procesado se hubiese llegado al mismo hallazgo¹²⁷.

¹²⁶ CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal....Op., Cit., Pág. 85.

¹²⁷ México, desde hace pocos años, ha incorporado también a la Constitución, dentro de los principios generales constitucionales que rigen el proceso penal, la prohibición de la ilicitud probatoria, al disponer en su art. 20, apartado A, inciso IX, que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. En virtud del Decreto de 28 de mayo de 2008 de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre las que se encuentra el art. 20, apartado A, inciso IX. Ahora bien, dicho Decreto establece, en su Disposición transitoria segunda, una singular entrada en vigor, al

4.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

La doctrina es unánime en considerar el caso NIX VS WILLIAMS de la jurisprudencia estadounidense¹²⁸ como la muestra paradigmática de aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable o *inevitable discovery*. En este caso la Corte Suprema Norteamericana consideró utilizable la confesión de un imputado que padecía de problemas mentales sobre el paradero del cadáver de su víctima, obtenido con transgresión de ciertas garantías, en vista de que los equipos de búsqueda de la

señalar que “el sistema procesal penal acusatorio previsto”, entre otras normas, en el art. 20 de la Constitución, “entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto”.

¹²⁸ En Estados Unidos, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas (*exclusionary rule*) no tiene reconocimiento expreso en la Constitución. Ha sido objeto de creación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculándose a las IV y V Enmiendas de la Constitución norteamericana, en las que se proclaman los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo, a no autoincriminarse: *Boyd vs. United States*, 116 US 616 (1886) y *Weeks vs. United States*, 232 US 383 (1914). Se establece así la doctrina de que todas aquellas pruebas que se obtengan por las fuerzas del orden público vulnerando los derechos constitucionales reconocidos en alguna de las Enmiendas citadas (se ampliará en jurisprudencia posterior a otras Enmiendas como la VI o XIV, derecho a la asistencia letrada o al proceso debido) carecerán de eficacia y no podrán ser valoradas por el juez en el proceso penal para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyo derechos fueron violados.

policía de todos modos, de manera inevitable, lo hubieran encontrado ya que se estaban acercando a la zona del ocultamiento.

Algunos autores encuentran similitudes entre la excepción que nos ocupa y la que concierne a la fuente independiente. No nos parece que ello sea así. En efecto, en virtud de la teoría del hallazgo inevitable los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis de la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos, inevitablemente sería obtenido a través de una actividad regular y lícita. En cambio, tratándose de la fuente independiente de lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, independiente.

Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba: uno de origen ilícito y otro que se considera aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que en el descubrimiento inevitable existen tan sólo un dato probatorio de origen ilícito puesto que lo utiliza el Tribunal es una mera elucubración mental hipotética para considerar que igualmente ese dato pudo ser obtenido lícitamente¹²⁹.

¹²⁹ BROWN, Guillermo. Límites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal, Argentina (Neva Tesis), 2002.

En Alemania de manera análoga a la jurisprudencia estadounidense en el caso arriba mencionado NIX VS WILLIAMS, sobre la doctrina ha elaborado la tesis de los cursos de investigación hipotéticos por la cual se declara aprovechable material probatorio ilícito “en los supuestos en que ese material pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas”, tesis que de acuerdo con el autor citado ha sido aceptada mayoritariamente en su país y que, sostiene, se trata de una transferencia al Derecho Procesal Penal de la categoría de los “comportamientos alternativos” desarrollada en el ámbito del Derecho Penal material, por la cual un resultado con relevancia penal no resulta atribuible al imputado cuando aquel se habría producido con una muy alta probabilidad, no obstante un comportamiento alternativo correcto por parte de éste. De todas formas, en general, considera cuestionable la tesis en la medida en que en el Derecho Procesal Penal no es posible saber realmente si alguien pudo o no haberse comportado legítimamente, en cuya virtud se debe estimar que su aplicación constituye meras maquinaciones mentales¹³⁰.

Afirma CASTILLO ALVA, La crítica principal que se puede formular a la tesis del descubrimiento inevitable es que la consideración de probabilidad, alta o muy alta, de producción u obtención ilícita del dato probatorio, no elimina su real ilicitud. Lo únicamente concreto es que la prueba con la que se cuenta tiene un origen ilícito pues el descubrimiento inevitable que pudiera ser, nunca se dio en la realidad, no

¹³⁰ CAFFERATA NORES, José. La prueba en el proceso penal, 3ra ed., Buenos Aires (Ediciones Depalma), 1998.

existe, es una mera hipótesis que no puede servir como prueba de cargo y mucho menos para sustentar una condena¹³¹.

4.4. EXCEPCION DE LA EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA POR BUENA FE

Nuevamente la jurisprudencia estadounidense es citada como la fuente de elaboración de unas de las excepciones más relevantes de exclusión probatoria: la denominada excepción de la buena fe. Existe consenso en considerar que la partida de nacimiento de esta excepción es la decisión adoptada por la Corte Suprema Norteamericana en el caso *U.S. VS LEON*. En el caso mencionado la Corte admitió la prueba ilícita obtenida a través del allanamiento realizado por la policía con la autorización judicial aparentemente válida pero defectuosa, de tal manera que se consideró que los agentes policiales actuaron de buena fe, bajo la creencia que la orden era perfectamente válida¹³².

Ahora, a modo de ejemplo, vemos que la excepción de la buena fe en la actuación policial: Como habíamos mencionado anteriormente, en el ordenamiento norteamericano el fundamento de la “exclusionary rule” se halla en la necesidad de disuadir a los agentes de la policía a que realicen actuaciones contrarias a los derechos individuales (deterrent effect). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos

¹³¹ CASTILLO ALVA, José. La motivación de la valoración de la prueba en materia penal, Lima (Grijley), 2013.

¹³² BROWN, Guillermo. Límites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal., Op., Cit., Pág. 78.

ha considerado que la exclusionary rule no será aplicable en aquellos casos en que la policía¹³³, aunque actuó de forma ilícita, esto es, con lesión de derechos individuales, lo hizo en la creencia de que lo hacía de buena fe, es decir, dentro de los márgenes de la ley o de la Constitución. En consecuencia, este tipo actuación policial eliminaría el efecto disuasorio (deterrent effect) sobre el que descansa la exclusionary rule¹³⁴.

Es posible advertir en la jurisprudencia estadounidense una línea bastante marcada de extensión de la excepción de la buena fe desde su primera manifestación de 1984, pues en casos posteriores como el de *ILLINIOS VS KRULL*

¹³³ La excepción de la buena fe policial ha sido invocada también por el Tribunal Supremo en el caso *Massachusetts vs. Sheppard* 468 US 981 (1984). Asimismo, el Tribunal Supremo había aplicado dicha excepción en un caso de actuación de la policía al amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional, *Michigan vs. De Filippo*, 443 US 31 (1979). Esta excepción se aprecia por el Tribunal Supremo en el caso *Leon vs. United States*, 468 US 897 (1984), en el que la policía llevó a cabo un registro domiciliario actuando de conformidad con un mandamiento judicial que consideraba ajustado a Derecho. Sin embargo, con posterioridad, un órgano judicial superior estimó que dicho mandamiento había vulnerado la IV Enmienda al haberse dictado sin concurrir causa probable. Sin embargo, el Tribunal Supremo admitió la validez de las pruebas obtenidas en el registro al entender que los agentes de la autoridad habían actuado de buena fe (goodfaithexception), creyendo que su conducta se hallaba amparada por un mandamiento judicial legal. De ahí que en este caso no opere el efecto disuasorio que persigue la exclusionary rule de evitar futuros comportamientos ilícitos de la policía

¹³⁴ CHAIA, Rubén A. La prueba en el proceso penal, Buenos Aires (Hammurabi), 2010.

se aplicó también a un registro realizado por la policía bajo el amparo de una Ley que posteriormente fue declarada inconstitucional, así como también en *ARIZONA VS EVANS* en el que la policía intervino a una persona debido a una errónea orden de detención, pero al esposarlo se le cayó un cigarrillo que desprendía un olor a marihuana, procediéndose por ella a registrar su automóvil en el que se encontró una bolsa de dicha sustancia¹³⁵.

Excepción a la que nos estamos refiriendo propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención funcionarios policiales actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencido de que procedían correctamente, es decir, de buena fe. Como es de apreciarse, nos encontramos frente a una prueba ilícita directa, a diferencia de las excepciones examinadas precedentemente están referidas a prueba indirecta o derivada. Siendo esto así, lo que está en juego en la aceptación sin más de esta excepción es la vigencia misma de la regla de exclusión.

En la doctrina se advertido sobre los peligros de una aplicación genérica de la buena fe. Así, se podría permitir el ingreso de gran cantidad de excepciones que terminarían vaciando de contenido a la regla de exclusión y haciendo de aquella la regla general, lo que implicaría a su vez una mella a la seguridad jurídica. Y es que no parece plausible hacer depender la validez de una actividad probatoria ilícita de

¹³⁵ CAFFERATA NORES, José. La prueba en el proceso penal. Op., Cit., 45.

las creencias subjetivas del agente policial traducidas en una supuesta buena fe¹³⁶. Esto conduciría a proporcionarles a los agentes de la persecución penal la posibilidad siempre abierta para alegar buena fe aun en actuaciones dolosas.

Es posible que resulte más razonable argüir buena fe para justificar una infracción de derechos fundamentales en la actividad de acopio probatorio para librarse de una eventual responsabilidad disciplinaria o penal por parte de los agentes de la persecución penal, en lugar de asignarle relevancia para admitir y valorar la prueba así obtenida, situación extremadamente difícil de probar en la mayor parte de los casos, inclusive en los Estados Unidos de América no existe consenso sobre la aplicación de esta excepción, pues, como da cuenta HAYABEDIRAN, el voto disidente del Juez Brennan en el caso *U.S. VS LEON* dejó sentado que el recurso a la buena fe permitirá a la policía infringir derechos constitucionales, además que Estados como UTAH y NUEVA JERSEY han rechazado su aplicación¹³⁷.

En este sentido, la excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión de la prueba ilícita, al facilitar la utilización en el proceso penal de pruebas que se obtuvieron con

¹³⁶ DÍAZ CABIALE, José. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.Op., Cit., Pág. 23.

¹³⁷ Coitado por COLOMER HERNÁNDEZ. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003.

vulneración de derechos fundamentales. Se trata, pues, de una verdadera excepción a la aplicación directa de la regla de la exclusión probatoria ilícita¹³⁸.

Por otro lado, también es importante referirnos a la excepción de la buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia, en este caso, siempre que esté bajo el control del Ministerio Público o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancia en que fue obtenida la prueba ilícita por haberse alegado que han actuado de buena fe”. Éste criterio no tiene carácter vinculante, sin embargo, resulta importante porque nos da una muestra del pensamiento de un sector importante de la Judicatura nacional¹³⁹.

4.5. LA PRUEBA ILÍCITA PROCEDENTES DE SU EFICACIA INDIRECTA, DERIVADA O REFLEJA: EXCEPCION A SU EXCLUSIÓN

Previamente al análisis de cuando procede una excepción en la exclusión de una prueba ilícita procedente de su eficacia indirecta, derivada o refleja, tenemos que responder dos preguntas básicas ¿Por qué? y el ¿Cómo? se tiene que excluir esta prueba ilícita.

¹³⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos”....Op., Cit., Pág. 12.

¹³⁹ ARMIJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal....Op., Cit., Pág. 32.

Por ello, la regla de la exclusión de la prueba ilícita no solo se extiende a las pruebas que se hayan obtenido directamente con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a todas aquellas que, aunque se hayan adquirido o practicado de forma lícita, son una consecuencia de las anteriores. Se trata de pruebas obtenidas de forma lícita, pero viciadas o contaminadas por la inconstitucionalidad o ilicitud de las adquiridas en origen. Esta ilicitud que se proyecta sobre el material probatorio derivado, hace que también éste deba ser excluido del proceso. Estamos ante la denominada doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, que tiene su origen también en la jurisprudencia norteamericana, (fruit of the poisonous tree doctrine), en virtud de la cual las pruebas adquiridas ilícitamente contaminan a todas aquellas que se obtengan o que sean consecuencia de ellas¹⁴⁰.

El fundamento de dicha doctrina o de la ineficacia de la prueba refleja o derivada radica también en la finalidad última que persigue la regla de exclusión de la prueba ilícita, que no es otra que la protección de los derechos individuales como elemento fundamental del Estado de Derecho. Es, por tanto, una consecuencia lógica de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita. De lo contrario, si se admitiera la validez de la prueba refleja o derivada, perdería efectividad y quedaría vaciada de contenido la regla de exclusión de la prueba ilícita, con el correspondiente riesgo para la tutela de los derechos fundamentales¹⁴¹.

¹⁴⁰ ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. “Prueba Ilícita Penal”....Op., Cit., Pág. 412.

¹⁴¹ CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal.Op., Cit., Pág. 89.

Aquí algunos casos de la experiencia jurisprudencial de Estados Unidos, España y México que describen porque se debe excluir esta prueba ilícita:

La teoría de la ineficacia de la prueba refleja o derivada surge, una vez más, en el Derecho norteamericano con el caso *SILVERTHORNE LUMBER CO. VS. UNITED STATES* (1920), en el que se había procedido a la incautación ilícita de unos documentos por agentes federales, cuyo examen facilitó el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo contra una determinada persona. El Tribunal Supremo consideró que tanto los documentos como el resto de las pruebas obtenidas a partir de ellos no podían ser utilizables en el proceso.

Esta idea se reitera en otros casos posteriores como *NARDONE VS. UNITED STATES*, (1939) y *BROWN VS. ILLINOIS* (1975), años más tarde. En el primero, la inadmisión de los resultados obtenidos en una intervención ilegítima de las comunicaciones por la policía, al no existir autorización judicial, se extiende también a los obtenidos como consecuencia de la utilización de los conocimientos adquiridos en las conversaciones intervenidas¹⁴².

En el segundo caso, *BROWN VS. ILLINOIS*, el Tribunal estimó que la “exclusionary rule” se extendía no solo a las confesiones vertidas por el acusado durante su detención, declarada ilegal, sino también a las realizadas posteriormente, aunque se le hubiese informado previamente de su derecho a guardar silencio. Este hecho no tiene la virtualidad suficiente para romper el nexo causal entre la prueba inicial ilícita y la derivada. La doctrina de “los frutos del árbol envenenado” o de la

¹⁴² CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba....Op., Cit., Pág. 39.

ineficacia de la prueba refleja o derivada se extiende también a otros países, por regla general a través de la vía jurisprudencial, entre los que se hallan España y México. Si la regulación legal de la regla de la exclusión de la prueba ilícita es escasa, todavía lo es más la relativa a la prueba refleja o derivada, salvo en algunos países como Colombia o Brasil, que contienen algunas normas en sus Códigos procesales penales referidas no solo a la ineficacia de la prueba refleja o derivada sino también a sus excepciones¹⁴³.

En España, un amplio sector de la doctrina considera que el art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, no sólo se refiere a la regla de exclusión de la prueba ilícita, sino que comprende también la ineficacia de la prueba refleja o derivada; concretamente se incluiría en el término “indirectamente”: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales”¹⁴⁴.

El Tribunal Constitucional de España parece haber acogido también esta interpretación, entre otras, en la STC 85/1994, de 14 de marzo (FJ 4), cuando establece que “todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los

¹⁴³ CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en La prueba ilícita en el procedimiento penal....Op., Cit., Pág. 41.

¹⁴⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencia....Op., Cit., Pág. 221.

derechos (...) sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J.". Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, es en la esfera de las intervenciones telefónicas ilegales donde actúa con más frecuencia la doctrina de la eficacia refleja o derivada de la prueba ilícita¹⁴⁵.

El Tribunal Supremo también ha ubicado la prueba refleja o derivada de la prueba ilícita en el art. 11.1 LOPJ, como puede constatarse, entre otras resoluciones, en el ATS, Sala 2ª, de 18 de junio de 1992 (FJ 10), sobre el caso Naseiro; "Todo ello conduce a la declaración de nulidad de las pruebas y, como tal declaración arrastra la nulidad de aquellas otras que traen causa directa o indirecta de las mismas, en los términos ya establecidos en los anteriores razonamientos jurídicos". (También en la STS, Sala 2ª, de 4 de marzo de 1997, FJ 2)¹⁴⁶.

En México, el artículo. 20, apartado A, inciso IX, de la Constitución, regula la regla de la exclusión de la prueba ilícita con carácter genérico, así también los artículos 259, 263, 264 y 265 del CNPP, los cual, no se refieren a la doctrina de "los frutos del árbol envenenado" o a la ineficacia de la prueba refleja o derivada. Tampoco lo hace el artículo. 16, que alude a determinados aspectos relacionados con el derecho al secreto de las comunicaciones que, como se ha dicho, es uno de los derechos sobre los que incidirá la eficacia refleja o derivada de la prueba ilícita. No obstante, será la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia la que construya

¹⁴⁵ DÍAZ CABIALE, José. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.Op., Cit., Pág. 32.

¹⁴⁶ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. "Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos"....Op., Cit., Pág. 47.

dicha doctrina reconociendo la ineficacia de la prueba refleja o derivada de la prueba ilícita y sus excepciones.

Para que la regla de la exclusión de la prueba ilícita se extienda a la prueba refleja o derivada, aunque esta sea lícita, es preciso que medie una conexión o relación causal entre ésta y la prueba originaria que se obtuvo con lesión de los derechos fundamentales. Por regla general, existe relación de causa-efecto entre una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales y otra lícita posterior cuando esta última tiene su origen en datos o informaciones suministrados por la primera, cuando es una consecuencia directa de la primera. Ahora bien, no siempre es una tarea fácil acreditar esa relación de causalidad entre las pruebas, esa contaminación de la prueba derivada, de ahí que necesariamente haya de estarse a las circunstancias del caso concreto y a la doctrina fijada por los tribunales utilizando el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, retomemos el caso de España para poder precisar los lineamientos en cuanto al nexo causal o una conexión de antijuricidad, lo cual nos llevará formularnos un criterio más amplio y preciso.

En éste país, para determinar si existe o no relación causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, el Tribunal Constitucional Español, ha elaborado la doctrina de la conexión de antijuricidad, que puede considerarse como un complemento de la conexión de causalidad, a partir de la cual el Tribunal, además de concretar cuándo estamos ante pruebas contaminadas, ha ido introduciendo excepciones a la teoría de los “frutos del árbol envenenado”. Lo hace en la STC

81/1998, de 2 de abril, aunque sobre la base de decisiones anteriores (entre otras, las SSTC 86/1995, FJ 4 y 54/1996, FJ 9)¹⁴⁷.

Así, en el FJ 4 de dicha resolución, el Tribunal establece que cuando “una prueba se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella (...) la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (...) es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental (...) se halla dentro en la prohibición de valoración ex art. 24.2 C.E. Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (...), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, FJ 4 y 54/1996, FJ 9)”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ CIANO, Ariel. “La libertad probatorio y sus límites: La regla de exclusión”.....Op., Cit., Pág. 33.

¹⁴⁸ ARMIJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal....Op., Cit., Pág. 82.

Para el Tribunal, “las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)”.

Para determinar si existe o no una conexión de antijuridicidad entre una prueba ilícita y otra derivada y comprobar si la inconstitucionalidad de la primera se transmite o no a la segunda, el Tribunal en la STC 81/1998 (FJ 4) establece la necesidad de acudir a una doble perspectiva: interna, con arreglo a la cual ha de analizarse “la índole y características de la vulneración del derecho en la prueba originaria, así como su resultado” y externa, en virtud de la cual ha de atenderse a “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y la efectividad del derecho (vulnerado) exige”. Para el Tribunal, las dos perspectivas son complementarias, de tal manera que si “la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ DÍAZ CABIALE, José. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.Op., Cit., Pág. 99.

En aquellos casos en los que se acredite que no existe conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria lesiva de un derecho y la derivada, de acuerdo con los criterios que para su determinación se han expuesto, la prueba refleja o derivada adquiere la condición de prueba jurídicamente independiente, pudiendo ser valorada en el proceso y servir de fundamento a la decisión judicial. Estamos ante casos que posibilitan la introducción de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión probatoria de la prueba refleja o derivada.

Desde una perspectiva teórica, la teoría de la conexión de antijuridicidad creada por el Tribunal Constitucional, trata de ofrecer criterios de decisión a los órganos judiciales para que ponderen y se pronuncien sobre la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a las pruebas lícitas derivadas. Para ello ya no será suficiente con constatar, simplemente, una relación de causalidad entre unas y otras, sino que será necesario, además, comprobar la existencia de una conexión de antijuridicidad entre ambas, con arreglo a los criterios fijados por el propio Tribunal Constitucional¹⁵⁰.

Ahora bien, en la práctica, la teoría de la conexión de antijuridicidad va a ofrecer la argumentación suficiente para que el Tribunal vaya limitando el ámbito de aplicación de la regla de exclusión a la prueba derivada, mediante la introducción en nuestro ordenamiento de determinadas excepciones que supondrán la existencia de una desconexión de la antijuridicidad entre las pruebas. Para la introducción de dichas excepciones, el Tribunal Constitucional se ayudará también de la

¹⁵⁰ CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba....Op., Cit., Pág. 85.

jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que es el órgano que ha sentado las bases jurídicas de las excepciones a la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” o de la ineficacia refleja o derivada de la prueba ilícita; excepciones que serán recibidas también en otros países por vía jurisprudencial. A continuación algunas de estas excepciones.

4.6. EXCEPCIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En este contexto, para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas, por ejemplo, utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades.

Por su parte, para la tratadista PELLEGRINI GRINOVER, señala que la teoría hoy dominante de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por violación a garantías constitucionales, vienen no obstante, atenuada por otra tendencia que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad notable y excepcional. Se trata del denominado “criterio de proporcionalidad” en cuyo caso los tribunales de Alemania, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita

buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos¹⁵¹.

Por su parte, GONZALES-CUELLAR SERRANO, ha establecido que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”. En esta definición reside implícita la idea de ponderación a la que se ve obligado a recurrir el operador para resolver una situación en la que es preciso optar por uno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegido en conflicto¹⁵².

Hay situaciones en las que el operador se encuentra frente a una colisión entre derechos fundamentales. Piénsese, verbigracia, en el caso de aquel niño Alemán que fue secuestrado en septiembre del 2002, cuyo paradero fue descubierto después que la policía, en un intento desesperado, amenazó con torturar al sospechoso si no revelaba el lugar en el que se encontraba el menor;¹⁵³ con el propósito de salvar su vida. Lamentablemente, en este caso, como da cuenta ROXIN, la víctima fue encontrada, pero muerta. En el ejemplo propuesto enseguida

¹⁵¹ PELLEGRINI Grinover. citado por: ADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián “Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio”, Colección Lecciones del Sistema Acusatorio No. 5, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C.-Colombia, 2008, Págs. 51, 54.

¹⁵² GONZALES-CUÉLLAR Serrano “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Ed. COLEX, Madrid, 1990

¹⁵³ BEDOYA SIERRA, Luis. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano....Op., Cit., Pág. 23.

se advierte que lo que está en conflicto es, por un lado, el derecho del sospechoso a no sufrir amenaza de tortura y a no autoincriminarse; y, por otro lado, el deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal y la preservación de la vida de la víctima. En tal sentido es válido preguntarse: ¿Es aprovechable desde el punto de vista probatorio la declaración del autor obtenida después de la amenaza de tortura para condenarlo? La amenaza de tortura, ¿invalida la declaración del imputado? ¿Está justificada la acción evidentemente ilícita de los agentes de la policía?¹⁵⁴

Son este tipo de cuestiones las que son resueltas bajo la cobertura del principio de proporcionalidad. Éste no sólo opera en casos extremos como el que se enuncia líneas arriba. De hecho es de aplicación no solamente en situaciones dramáticas, si no en todo caso en el que se produzca un conflicto entre bienes jurídicos fundamentales¹⁵⁵.

Dado el caso, el operador jurídico debe examinar el fin perseguido por la injerencia en el ámbito del Derecho fundamental y establecer si aquella es adecuada o pertinente para la consecución de dicho fin. Si la respuesta es positiva, entonces se podrá decir que se cumple con el requisito de idoneidad, es decir, si el fin puede ser logrado a través de otros medios alternativos que impliquen un menor o nulo menoscabo del interés en conflicto, de tal manera que si la respuesta es negativa se tratará de una injerencia necesaria.

¹⁵⁴ CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal...Op., Cit., Pág. 17.

¹⁵⁵ CIANO, Ariel. "La libertad probatorio y sus límites: La regla de exclusión"....Op., Cit., Pág. 95.

En tercer y último lugar, el operador deberá realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, examinando si existe proporción entre el fin perseguido y la afectación de los derechos fundamentales, realizando propiamente un ejercicio de ponderación y valoración para determinar finalmente si la injerencia o afectación es razonable o admisible a la luz del bien jurídico que se trata de salvaguardar¹⁵⁶.

En este sentido, el principio funciona, pues, como una excepción a la regla de exclusión ya que es una herramienta o mecanismo que puede servir para justificar, en el caso concreto, la admisión de prueba ilícitamente obtenida. Obsérvese que se trata de un principio o criterio que se aplica en varios campos del derecho y no únicamente en el ámbito de la prueba ilícita en el que los operadores no han hecho otra cosa que recogerlo y adaptar las particulares necesidades de la institución.

Por otro lado, vamos a mencionar ciertas críticas o desventajas vale la pena que existen en la doctrina de la ponderación cuyo ejercicio es necesario en el nivel de la proporcionalidad *strictu sensu*. En tal sentido GUARIGLIA;¹⁵⁷ criticando la tesis de ROGALL,¹⁵⁸ postula que “solo cuando el legislador así lo autoriza, puede el juez

¹⁵⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial.Op., Cit., Pág. 115.

¹⁵⁷ Citado por, CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en La CIANO, Ariel. “La libertad probatorio y sus límites: La regla de exclusión”....Op., Cit., Pág. 78.

¹⁵⁸ Citado por, BINDER, Alberto. “El relato del hecho y la regularidad del proceso” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires, Ad-Hoc.1993. pág. 23.

favorecer, a través de la ponderación, a los intereses de la persecución penal”¹⁵⁹. Este autor sostiene que en las situaciones de colisión de intereses generales y particulares no previstos por la ley, los jueces podrían intervenir únicamente “para limitar las facultades de injerencia de la persecución penal, nunca para ampliarlas”¹⁶⁰. Por su parte EDWARDS se pronuncia contrario al “criterio de proporción” por considerar peligroso su aplicación, en la medida en que no se puede justificar en la medida del punto ético la persecución penal a cualquier costo¹⁶¹.

La ponderación exigirá siempre una valoración subjetiva que, en efecto, podría resultar peligrosa, pues, la teoría de la ponderación puede representar una licencia para el Juez para que finalmente resuelva el caso concreto de acuerdo con sus convicciones políticas o de otra índole. Desde el Derecho Constitucional también se ha advertido sobre los peligros de un apresurado juicio de ponderación para resolver situaciones de injerencia en los derechos fundamentales, pronunciándose en contra de “una precipitada ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores” en aquellos casos en los que se produzcan colisiones de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos¹⁶².

¹⁵⁹ Citado por, CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal.Op., Cit., Pág. 120.

¹⁶⁰ BEDOYA SIERRA, Luis. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano....Op., Cit., Pág. 74.

¹⁶¹ EDWARDS, Carlos Enrique. La Prueba Ilegal en el proceso Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba S.A. Págs. 89-120.

¹⁶² BINDER, Alberto. “El relato del hecho y la regularidad del proceso”....Op., Cit., Pág. 19.

Es decir, según palabras de EDWARDS, los operadores no deben optar por uno de los bienes jurídicos protegidos en conflicto a costa del otro, puesto que dicha metodología vulnera el principio de la unidad de la Constitución, más bien propone resolver este tipo de situaciones a través del principio de concordancia práctica por el que “los bienes jurídicos constitucionales protegidos deben ser coordinadas de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad”¹⁶³.

Los cuestionamientos que un sector importante de la doctrina han elaborado sobre la aplicación sin más del principio de proporcionalidad merecen ser tomados en cuenta por los operadores con la finalidad de optimizar su labor y no caer en la comodidad de utilizar herramientas teóricas de análisis y resolución y aplicarlas automáticamente.

Si la aplicación del principio de proporcionalidad, incluida la ponderación como su variable final, en el ámbito de las exclusiones probatorias ha de plantearse principalmente para justificar la admisión y valoración de prueba ilícitamente obtenida en casos de extrema gravedad o de criminalidad organizada, ello implicaría una disminución bastante discutible de los alcances de la regla de exclusión y de la preeminencia de los derechos fundamentales. Implicaría también aceptar la validez de aquellas posiciones que postulan expresiones autoritarias del derecho procesal

¹⁶³ EDWARDS, Carlos Enrique. La Prueba Ilegal...Op., Cit. Pág. 125.

penal, como reflejo de un Derecho Penal del Enemigo para el que ciertos individuos no deben gozar de las garantías inherentes al Estado de Derecho¹⁶⁴.

La realidad nos nutre de casos en los que para proteger bienes jurídicos constitucionalmente tutelados como la vida o la integridad física de las personas, sea razonable recurrir a la ponderación de la lesión de otros bienes o valores igualmente protegidos. Los supuestos como la utilización de una grabación de una conversación privada para frustrar una explosión atómica o la interceptación no autorizada judicialmente de una conversación telefónica para encontrar y salvar la vida de un secuestrado¹⁶⁵.

En todos estos casos estamos ante la lesión de bienes o valores constitucionalmente protegidos para evitar los efectos o para prevenir la comisión de un delito; sin embargo, cosa muy distinta es la utilización válida de los datos así obtenidos como prueba de cargo legítima. Allí reside el problema. Es válida entonces la siguiente pregunta: ¿En qué casos puede ser admisible la ponderación?. Al respecto, me parece plausible la tesis de GUARIGLIA¹⁶⁶ en cuanto a considerar

¹⁶⁴CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en La prueba ilícita en el procedimiento penal....Op., Cit., Pág. 23.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial.Op., Cit., Pág. 163.

¹⁶⁵ CIANO, Ariel. "La libertad probatorio y sus límites: La regla de exclusión"....Op., Cit., Pág. 54.

¹⁶⁶ GUARIGLIA, Fabricio. Concepto, Fin y alcances de las Prohibiciones de Valoración Probatorias en el procedimiento Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, Pág. 103 a 105.

admisible el recuso de la ponderación en aquellos casos de la adquisición regular de prueba sin vulneración de las reglas pertinentes, que corresponden a las llamadas prohibiciones de valoración independiente, pero por decisión del legislador o por encontrarnos frente a situaciones de conflicto entre derechos fundamentales se excluye su efectiva valoración, más no en aquellos otros supuestos en los que la prueba ha sido obtenida a través de la vulneración de las normas y requisitos taxativamente establecidos, casos correspondientes a las llamadas prohibiciones de valoración probatoria dependientes¹⁶⁷.

En estos últimos, según nos parece, no corresponde ponderar, sino únicamente hacer valer la prohibición probatoria. En cambio, en los casos antes mencionados, la ponderación es necesaria pero dentro del marco del ejercicio del principio de proporcionalidad, en el modo en que ha sido enunciado líneas arriba¹⁶⁸.

¹⁶⁷ GUARIGLIA, Fabricio. Concepto, Fin y alcances de las Prohibiciones de Valoración Probatorias en el procedimiento Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, Pág. 103 a 105.

¹⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial.Op., Cit., Pág. 175.

4.7. LA DOCTRINA DEL NEXO CAUSAL ATENUADO

Esta doctrina principalmente tiene su origen en la sentencia *NARDONE VS. UNITED STATES* (1939), en resumen consiste en que si la relación entre la obtención de pruebas y el origen legal de la fuente de conocimiento es suficientemente débil como para que la violación originaria no llegue a manchar la prueba derivada, esta es admisible¹⁶⁹.

Sin embargo, esta cualificación de la doctrina del fruto del árbol envenenado presenta inconvenientes en cuanto a su aplicabilidad, toda vez que su desarrollo es fruto de la subjetividad de los jueces de turno; así FIDALGO GALLARDO señala que a fin de determinar cuándo se entenderá que la conexión ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional, sin embargo admisible, se realizará caso por caso por los Tribunales cuando la jurisprudencia ha sentado algunos criterios que precisaremos a continuación¹⁷⁰:

1. Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: cuanto más tiempo haya transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de pruebas derivadas, más posible es que los Tribunales estimen que la 'mancha' ha quedado suficientemente atenuada como para que no se justifique la aplicación de la regla de exclusión.

¹⁶⁹ CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal....Op., Cit., Pág. 21.

¹⁷⁰ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencia....Op., Cit., Pág. 111.

2. Acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: este factor de atenuación hace referencia, por decirlo así a la 'longitud' de la cadena de causas y efectos. Cuanto más acontecimientos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad primera y la prueba derivada, más probable será que el Tribunal considere que el producto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta el acto del cual proviene¹⁷¹.
3. Gravedad de la violación original: cuanto más grave y flagrante sea la violación de derechos que está en el origen de la posterior obtención de las pruebas derivadas, más difícil será que los Tribunales acepten la admisibilidad de éstas. Parfraseando la metáfora de la Corte, cuanto más envenenado esté el árbol más difícil será que los frutos estén sanos¹⁷².
4. Naturaleza de la prueba derivada: También puede influir en la eventual legalización de la “mancha” de la ilegalidad primera. Concretamente, en UNITED STATES vs. CECCOLINI, la Corte Suprema mantuvo que sería más fácil entender atenuada la “mancha” originaria cuando la prueba derivada se trata de confesiones del sospechoso que cuando se trata de pruebas materiales, dado que en la obtención de confesión con todas las garantías hay un trascendental elemento de voluntariedad¹⁷³.

¹⁷¹ CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba....Op., Cit., Pág. 45.

¹⁷² BINDER, Alberto. “El relato del hecho y la regularidad del proceso”....Op., Cit., Pág. 94.

¹⁷³ CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián “Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio”, Colección Lecciones del Sistema

A través de esta excepción, también llamada “tinte diluido”, se considera que la ilicitud inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea, que es casi inexistente en la prueba derivada y, por tanto, ésta puede ser aprovechada. Algunos autores sostienen que la excepción en comento es una variante de la excepción de la fuente independiente. Sin embargo, nos parece que esta afirmación no es del todo exacta. Como ya lo señalamos en su lugar, en la excepción de la fuente independiente se presenta una situación de concurrencia de prueba ilícita y lícita, siendo esta última independiente de aquella es decir, no están conectadas unas con otras. En cambio, en la excepción del nexo causal por más atenuado que se considere el nexo causal, éste siempre subsiste.

GASCÓN GABELLÁN, enseña que esta excepción se aplica cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el acto primigenio viciado y la prueba derivada, o cuando existe gran cantidad de eslabones de la cadena causal o cuando se presenta el supuesto de la confesión voluntaria¹⁷⁴.

Ahora bien, continuamos describiendo los criterios en tornos al nexo causal atenuado (attenuated connection principle o purgettaint) figura que supone la violación de derechos fundamentales y la existencia de evidencias o cualquier medio

Acusatorio No. 5, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C.- Colombia, 2008 Págs. 60 a 62.

¹⁷⁴ CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal....Op., Cit., Pág. 85.

de acreditación relacionado con la violación, pero conectado tan tenuemente con ésta, que su exclusión puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad; por ejemplo, en un interrogatorio al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, que es ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales. Ésta figura, procede también de la jurisprudencia norteamericana y consiste en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente¹⁷⁵.

Esto es así, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado; lo que en su caso, supondría de violaciones a derechos fundamentales, como el hecho comentado sobre un interrogatorio practicado al indiciado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, sin la asistencia de un defensor, que al ser ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en

¹⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial.Op., Cit., Pág. 145.

presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales, se estime legal¹⁷⁶.

En la sentencia del 25 de enero de 1997, el Tribunal Supremo Español resolvió el caso de una persona detenida por virtud de escuchas telefónicas ilegalmente efectuadas (sin autorización), no encontrándosele inicialmente en su poder ningún tipo de droga. Sin embargo, posteriormente el taxista en cuyo vehículo fue transportado a la comisaria la detenida encontró entre el asiento y la puerta un paquete que contenía droga y había sido dejada por la sospechosa. Este último elemento probatorio fue tomado en cuenta por el Tribunal al considerarse que aparecía totalmente incontaminado respecto de las escuchas telefónicas ilícitas iniciales¹⁷⁷.

En la jurisprudencia Estadounidense se menciona como ejemplo paradigmático de esta excepción el caso *WONG SUN VS U.S* de (1963). En este caso la Corte Suprema Federal decidió valorar una confesión posterior al arresto ilegal de una persona y a su puesta en libertad, en vista de que se consideró que la voluntariedad de la declaración y la advertencia de sus derechos atenuados debilitaba la relación causal entre el acto ilícito del arresto y la confesión posterior. El individuo había sido detenido ilegalmente y luego puesto en libertad, pero posteriormente regresó en forma voluntaria a la autoridad policial y confesó su delito, específicamente tráfico ilícito de drogas.

¹⁷⁶ CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en La prueba ilícita en el procedimiento penal....Op., Cit., Pág. 47.

¹⁷⁷ CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba....Op., Cit., Pág. 33.

El planteamiento de la atenuación o debilitamiento del nexo causal entre el acto ilícito inicial y la prueba derivada que se pretende hacer valer no parece del todo plausible. Por más debilitada que se considere la causalidad en mención es innegable que nos encontremos frente a una prueba derivada de una fuente ilícita; además, lo que debe entenderse por atenuación también es una cuestión problemática debido a la ausencia de parámetros objetivos de delimitación, lo que, según HAIRABEDIÁN¹⁷⁸, ha pretendido ser resuelto por la jurisprudencia estadounidense a través de los criterios del lapso transcurrido entre el acto ilícito inicial y la prueba cuestionada, la cantidad de los factores lícitos interviene en la cadena causal, la intensidad de la ilicitud primigenia y la voluntariedad especialmente en los casos de detenciones ilegales.

Ahora, retomando lo referido a esta excepción, respecto a la confesión voluntaria, a la que es la realizada sobre la base de los elementos encontrados mediante la lesión de un derecho. El tratadista MARINA GASCON,¹⁷⁹ haciendo referencia a un caso, establece: En un registro de forma que trasgrede a lo que establece la Constitución en el domicilio de "X" se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba.

¹⁷⁸ Citado por, CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal....Op., Cit., Pág. 85.

¹⁷⁹ Citado por, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencia....Op., Cit., Pág. 125.

Más tarde X confiesa que la droga era suya y, ahora sí, esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso.

De acuerdo de principio de confesión no debería considerarse válida, pues hay un nexo causal entre el registro inconstitucional y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría encontrado la droga; de no haberse encontrado la droga no se hubiera detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga.

Pero lo que se argumenta, es que el nexo causal entre el registro y la confesión, está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido advertido de sus derechos) y, por tanto, lo ha hecho libre y voluntariamente y no como producto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podría no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho¹⁸⁰.

En suma, lo que se sostiene es que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental, por lo que no está justificada excluirla del proceso. La debilidad de la argumentación se advierte con facilidad en primer lugar, porque parece evidente que si el inculpado hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en

¹⁸⁰ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Pamplona, Navarra, 2003. Pág. 214.

el proceso seguramente no habría confesado; por tanto, la supuesta voluntariedad de la confesión debe ser puesta en duda; además, incluso al razonar el modo en que se hace, se incurre inevitablemente en contradicción, porque, por una parte, se sostiene que el registro es nulo y, en consecuencia no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero por otra parte, al concluir que la confesión del inculpado basta para admitir la tenencia de la droga, se le está dando validez al registro.

Esto último por varias razones. primero porque, en su declaración, al acusado se le pregunta por una pieza de convicción que sólo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se le está dando validez; segundo, porque sólo con la declaración autoincriminatoria del acusado (es decir, en ausencia del cualquier otro elemento probatorio y particularmente en ausencia de las piezas de convicción derivadas del registro) es casi seguro que no se podría dictar sentencia condenatoria, luego parece que se están tomando en consideración las piezas de convicción derivadas del registro¹⁸¹.

Finalmente veamos lo que la Primera Sala de la Suprema Corte se manifiesta en la Tesis Aislada CVI/2012 (10ª), al resolver el amparo en revisión 2420/2011, en sesión de once de abril de dos mil doce, estableció que la entrada a un domicilio por parte de los agentes policíacos, puede estar justificada por 1) la existencia de una orden judicial; 2) la comisión de un delito en flagrancia; y, 3) la autorización del ocupante del domicilio; último supuesto, que no constituye una causa que deje sin efectividad a la orden judicial de cateo, esto es, la autorización del

¹⁸¹ GASCÓN ABELLÁN MARINA,... Op., Cit., Págs. 90-93

habitante no puede ser entendida en el sentido de permitir cateos, disfrazados, sino que deben cumplir con los lineamientos del artículo 16 constitucional; por lo que la autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular, tal como se aprecia en la siguiente tesis de datos siguiente: ***“Inviolabilidad del domicilio. La autorización del habitante, a efecto de permitir la entrada y registro al domicilio por parte de la autoridad, no permite la realización de cateos disfrazados.*** La entrada a un domicilio por parte de los agentes de policía, puede estar justificada ya sea: 1) por la existencia de una orden judicial; 2) por la comisión de un delito en flagrancia; y, 3) por la autorización del ocupante del domicilio. Respecto a este último supuesto, es necesario partir de la idea de que la autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, no se constituye en un supuesto que deje sin efectividad a la orden judicial de cateo. Es decir, esta excepción se actualiza en escenarios distintos al de la orden judicial de cateo y al de la flagrancia. La autorización del habitante no puede ser entendida en el sentido de permitir cateos “disfrazados” que hagan inaplicables las previsiones constitucionales.

Conforme al artículo 16 constitucional, se requerirá la existencia de una orden de cateo para cualquier acto de molestia que incida en la esfera jurídica de una persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones. La expedición de dichas órdenes es imperativa para que la autoridad pueda realizar cualquier acto de

molestia. Por lo mismo, el mencionado artículo constitucional establece los requisitos que las órdenes de cateo necesariamente deben satisfacer para que el acto de autoridad realizado con fundamento en las mismas sea constitucional, a saber: (i) sólo pueden ser expedidas por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público; (ii) en la misma deberá expresarse el lugar a inspeccionar, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan; (iii) al concluir la diligencia se debe levantar un acta circunstanciada de la misma en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que haya practicado la diligencia. La autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular.

En esta lógica, la autoridad no puede pasar por alto la exigencia constitucional de la orden judicial de cateo con una simple solicitud al particular para que le permita ingresar a su domicilio, sino que el registro correspondiente debe venir precedido de una petición del particular en el sentido de la necesaria presencia de los agentes del Estado a fin de atender una situación de emergencia.

Esta autorización o consentimiento voluntario se constituye en una de las causas justificadoras de la intromisión al domicilio ajeno. Esto es así, ya que si el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene por objeto que los individuos establezcan ámbitos privados que excluyan la presencia y observación de los demás y de las autoridades del Estado, es lógico que los titulares del derecho puedan abrir

esos ámbitos privados a quienes ellos deseen, siempre y cuando esta decisión sea libre y consciente”¹⁸².

4.8. LA DESTRUCCIÓN DE LA MENTIRA DEL IMPUTADO

La excepción de la destrucción de la mentira del imputado consiste en la admisión de la utilización por la acusación de prueba ilícita únicamente para destruir o desvirtuar la declaración del imputado en el juicio, más no para acreditar su culpabilidad. Por ejemplo, una declaración efectuada por el acusado antes del juicio, sin la participación de su abogado y en la que admite los cargos, que luego el fiscal pretende reproducir en el juicio para desacreditar la versión exculpatoria del imputado en este último escenario y probar que está mintiendo¹⁸³.

En este sentido, entendemos que la excepción a la que nos estamos refiriendo permite valorar la prueba ilícita exclusivamente para desacreditar la credibilidad de las afirmaciones efectuadas en juicio por el acusado. Sin embargo, no se entiende cómo podría ser ello posible si es que al desacreditar la versión en juicio del imputado lo que la acusación pretende, a la larga, es acreditar la vinculación de aquel con la comisión del delito y su culpabilidad. De cualquier modo, de lo que se trata en concreto es de la utilización de prueba ilícitamente obtenida

¹⁸²Tesis pendiente de publicar en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, consultable en la Intranet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://sij02/redjurn/>

¹⁸³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, en Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008. Pág. 200.

independientemente de la finalidad que se persiga con su uso. Además, no resulta razonable que el Estado, en su afán de ejercer *ius puniendi*, pretenda la validez de prueba ilegítima únicamente para demostrar que el imputado miente, cuando dicho objetivo puede ser logrado a través de otros medios¹⁸⁴.

4.9. LA TEORÍA DEL RIESGO

Cuando una persona se reúne voluntariamente con otra para rebelar o contar sus actividades delictuosas o realiza determinadas acciones relacionadas con el delito, está asumiendo el riesgo de ser delatada. En ese sentido con el que se entiende la teoría del riesgo. Se ha señalado reiteradamente que si el mismo interesado no cuida sus garantías no pretenda que lo haga el juez¹⁸⁵.

Este criterio en análisis se aplica especialmente a confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias en las que se ha hecho uso de cámaras y micrófonos ocultos, grabación de conversaciones de modo subrepticio, escuchas telefónicas (todas ellas sin autorización judicial), informantes, agentes encubiertos, delatores, etc.

En este aspecto, como referente, el sector de la judicatura de Perú en cuanto a dicho asunto admitió por mayoría la validez de la información probatoria lograda a través de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, al ser

¹⁸⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús. "El proceso penal español y la prueba ilícita", Revista de Derecho Valdivia, nº 2, 2005. Pág. 102.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Argumentación y Prueba Judicial, en Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008. Pág. 200.

válido su testimonio posterior y la grabación de una conversación telefónica cuando uno de los participantes sea autor de la misma. En cuanto al caso del agente encubierto, si bien los Jueces Superiores en lo Penal de Perú, reconocen que existe una fuerte oposición para dar validez a la información obtenida por esta vía, sin embargo, debido a “ la popularidad” de dicha metodología en la investigación de delitos, finalmente terminan admitiendo su validez pues “los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ellos, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables”¹⁸⁶.

Por su parte, ASECIO MELLADO, refiriéndose a la sentencia de 1 de marzo de 1996, del Tribunal Supremo Español, en un caso en lo que lo cuestionado era una grabación de una conversación entre cuatro personas realizada subrepticamente por una de ellas asumen el argumento central de la teoría del riesgo al sostener que “es evidente que quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este ultimo la revele...”¹⁸⁷.

En la doctrina Brasileña, según expresa TORQUATO AVOLIO, la prueba obtenida a través de grabaciones clandestinas sería perfectamente admisible pues cualquier persona puede grabar su propia conversación. Ello debido a que, como en el caso de las misivas, la comunicación de su tenor a terceros por su destinatario, sin

¹⁸⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio”, Leyer, Bogotá D. C.-Colombia, 2005. Pág. 1416.

¹⁸⁷ ASECIO MELLADO, José. Prueba Prohibida y Prueba Reconstituida, Editorial S.A. Trivium, Madrid, 1989. Pág. 98.

el consentimiento del remitente, no constituye delito contra la inviolabilidad de la correspondencia. Sin embargo lo que no resultaría admisible es la divulgación de una conversación confidencial como prueba penal incriminadora¹⁸⁸.

Es necesario diferenciar dos situaciones concretas: en primer lugar, las intromisiones realizadas por agentes de la persecución penal estatal siempre exigirá la cobertura de un mandato judicial en regla y producirse dentro del marco de una investigación formal. En segundo lugar, hay un campo de acción en el que la fuente de pruebas es obtenida y aprobada por personas particulares. En esta última área que hade aplicarse la teoría del riesgo¹⁸⁹.

Cuando son particulares quienes aportan las grabaciones o filmaciones es evidente que estamos hablando de una situación o hecho extra procesal. En este ámbito hay quienes podrían argumentar que, al allegarse al proceso penal una fuente de prueba obtenida a través de la grabación o filmación de una conversación, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad de la persona contra quien se pretende hacer valer los datos así adquiridos o también el derecho al secreto a las comunicaciones. CARBONE menciona la existencia de una tendencia, recusada por este autor, que postula la invalidez absoluta de las grabaciones, filmaciones,

¹⁸⁸ TORQUATO AVOLIO, Luis Francisco. Pruebas ilícitas. Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas, Editora Revista Dos Tribunais, SAO PABLO, 1995, Págs. 101 y 102.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. La presunción en la valoración de las pruebas, INACIPE, 2003, México, Pág. 360.

escuchas, inclusive actos fotográficos, que no cuenten con mandatos judiciales, pues dichos actos lesionarían la intimidad como derecho constitucional¹⁹⁰.

La teoría del riesgo prohibido, por el contrario, permite incorporar al proceso la información obtenida por las técnicas arriba mencionadas sin que se considere mellado el ámbito de la intimidad de las personas ni el secreto de las comunicaciones. Esto es así, primero porque en la manifestación o expresión de los pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de voluntariedad desde que nadie los obliga; y segundo, núcleo esencial de esta teoría, quien revela a su interlocutor situaciones que lo pueden comprometer asume el riesgo de ser denunciado o delatado, es decir, a que lo dicho en la conversación trascienda de su ámbito inicial. Por otro lado, el secreto de las comunicaciones está referido a la garantía contra intromisiones de terceros ajenos a la conversación y no a una pretendida exigencia de reserva para los intervinientes en ella. No es éste el caso, por supuesto, de las declaraciones hechas ante interlocutores obligados por el secreto profesional a guardar reserva de lo escuchado, tales como abogados defensores, sacerdotes, psicólogos, etc.

Más notoria puede ser la validez de una grabación telefónica o contenidos fílmicos en aquellos casos en que lo que se graba o filma es un acto delictivo como, por ejemplo, una extensión o un cohecho. Nadie podría exigir razonablemente en estos casos que la víctima, que es la que aporta la grabación o filmación, tenga q

¹⁹⁰ Citado por ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. "Prueba Ilícita Penal"...Op., Cit., Pág. 41.

obtener previamente una orden judicial para reconocerle validez al aporte. Si en la praxis procesal, nadie cuestiona, que el destinatario de una carta la presente como prueba al proceso, es lógico que también deba admitirse la validez de una grabación o filmación en la que el destinatario de las expresiones de quien habiéndolas grabado o firmado las allega posteriormente, más aun cuando es agraviado por la conducta de su interlocutor.

Diferente debe ser el tratamiento de aquellas conversaciones que son grabadas o filmadas clandestinamente por terceros en un lugar privado (un domicilio, una oficina), sin el conocimiento de los participantes. En estos casos, si bien lo que se hubiese podido afirmar durante la conversación lo ha sido voluntariamente, es innegable su ilicitud debido a la ausencia de conocimiento y conocimiento por parte de al menos uno de los interlocutores. Echando mano del ejemplo antes mencionado, puede sostenerse que el supuesto en referencia equivaldría a la interceptación, lectura y presentación en el proceso de una carta por quien no es su autor ni destinatario.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto , si la teoría del riesgo implica admitir la validez de grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de una conversación telefónica propia, entonces no se trata de una excepción a la regla de exclusión, en la medida en que ha quedado claro que la obtención y el aprovechamiento de la información lograda a través de dichos medios no supone lesión alguna de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. De este modo, nos encontraríamos frente a situaciones de aporte legítimo de elementos probatorios por parte de particulares.

4.10.LA EXCEPCIÓN DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

En este apartado analizaremos la excepción de la fuente independiente, también procedente de la jurisprudencia norteamericana, y que en resumen exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita exista una relación o conexión causal, pues la inexistencia de este vínculo dará como resultado la posibilidad de no excluir la prueba, sino aprovechar la utilización; entonces dicha excepción consiste justamente en afirmar esa conexión causal. Se debe admitir y utilizar la prueba que no está contaminada con la actividad ilegal.

Establece que cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no derivan causa de la primera, sino que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la teoría de fruit of the poison ous tree; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, en definitiva, es que la prueba obtenida ilícitamente puede no viciar a las restantes probanzas obrantes en la causa, porque es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia.

El fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica como señala MARINA GASCON ABELLAN, al invocar el precedente *NIX vs WILLIAMS* en que: "...el interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no es una posición peor, que en la que hubiera estado sino se hubiese producido la conducta impropia.

Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación”; asimismo, señala la autora que la doctrina de la fuente independiente, en rigor no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona y por tanto ese caso no entre en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol envenenado, sino de un árbol perfectamente sano¹⁹¹.

El problema, sin embargo, es que muchas veces se aplica o corre el riesgo de aplicarse la doctrina de la fuente independiente allí donde si existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto que la policía registra una vivienda sin orden judicial, observa que hay droga, se va y obtiene una orden de registro basada, se alega, en información ajena al registro ilegal. En el segundo registro descubre la droga vista originalmente. El tribunal considera que la prueba (hallazgo de la droga) fue producto

¹⁹¹ GUARIGLIA, Fabricio. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Buenos Aires, Editores Del Puerto. 2005. Pág. 114.

del segundo registro realizado mediante orden judicial basada en prueba independiente del primer registro ilegal¹⁹².

Puede verse como prueba de fuente independiente, por ejemplo, si los policías cuentan con información suficiente para pedir una orden de cateo y a pesar de ello deciden ingresar sin autorización al inmueble en el que, como saben, se encuentra la evidencia; pero no tocan nada, y luego solicitan la orden a un juez de garantías, sólo con base en la información que poseían antes de que hubiesen cometido un acto ilícito, podría concluirse que no existe una verdadera conexión entre la actuación contraria a la ley de los elementos policiacos y la evidencia, pues el hallazgo de esta no tiene ninguna relación con el ingreso ilícito de los policías al inmueble; lo que se trata es que la prueba independiente no tenga conexión causal con la ilegalmente obtenida¹⁹³.

¹⁹² GASCÓN ABELLÁN MARINA. El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita”, en “Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008, Págs. 88 y 89.

¹⁹³ ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando,...Op., Cit., Pág. 420. El efecto indirecto de la vulneración, no es predicable cuando se distingue una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las sobrevinientes. Un caso paradigmático. Una prueba regularmente obtenida mediante pericia, como el cotejo de huellas dactilares, con las impresas en el objeto material, conseguidas en una detención irregular, ya que se detuvo irregularmente aun ciudadano bajo el cargo de hurto; en el arresto se le tomaron las huellas dactilares, y al cotejarlas con las tomadas en el lugar del delito, coincidieron. Esta segunda prueba pericial fue ilícita por provenir de una detención arbitraria; empero,

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 75/2004, sustentada entre el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, advirtió que sostenían dos criterios contradictorios;¹⁹⁴

1) La ilegalidad del cateo priva de eficacia convictiva al parte informativo suscrito y ratificado por quienes participaron en esa actuación. No obstante, no invalida:

a) La declaración ministerial del inculpado, pues no obstante fue recibida como motivo de su detención derivada del cateo, encontrándose detenido, en diligencia posterior, independientemente de la actuación ilegal, en su primera declaración ante el juez la ratificó, circunstancia que purga el vicio de su declaración ministerial.

b) El vicio de ilegalidad del cateo, no tiene el alcance de notificar la inspección de los bienes asegurados, ni la pericial realizada sobre ellos.

se vinculó de nuevo al imputado, presentando otra prueba pericial dactilar coincidente con las huellas halladas en el lugar del hurto, con huellas antiguas del mismo, que obraban en los archivos de la Policía, y que no tenían conexión con las recogidas tras la captura ilegal. Esta nueva prueba pericial fue lícita porque fue alcanzada independientemente del arresto ilegal.

¹⁹⁴ GUZMÁN FLUJA, Vicente. Anticipación y preconstitución de la prueba, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 390.

c) Tampoco, las pruebas independientes del cateo, que se recaben subsecuentemente, como lo sería la declaración de testigos diferentes a los aprehensores.

d) Ello es así, ya que son independientes al cateo, esto es, su originalidad o fuente no deriva del cateo.

2) La imputación en contra del quejoso que hacen los agentes aprehensores en el sentido de que se le encontró en posesión del narcótico, la imputación que en ese tenor hacen los testigos de cargo, el aseguramiento, la fe ministerial y el dictamen químico practicados sobre la misma, emanan como una consecuencia lógica, natural y necesaria del cateo ilegal, pues de no introducirse en el domicilio del imputado, no hubieran asegurado el narcótico, ni lo hubieran detenido, ni lo hubieran practicado la fe ministerial, ni la práctica del dictamen químico.

Luego, conforme al artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo, ilegal, carece de todo valor prohibitorio, consecuentemente, todo lo derivado corre la misma suerte. Al ponderar ambos criterios y establecer el argumento conducente, si bien, la inviolabilidad del domicilio es un derecho público subjetivo, sin embargo, permite a la autoridad practicar actos de molestia a los particulares e introducirse en éste, bajo ciertas condiciones o requisitos y con un propósito definido, a efecto de que pueda cumplir con sus actividades, pero sin causar una molestia innecesaria al particular; lo que implica que la autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en primer término en la Constitución y además en las leyes que de ella emanen, así como los tratados internacionales como la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en su artículo 11, punto 3, señala que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o esos ataques a la intimidad; lo cierto es que el artículo 16 de la Constitución Federal, permite que las autoridades, a efecto de poder cumplir con sus funciones, se introduzcan en el domicilio de los particulares, como en el caso de los cateos, obsequiados por autoridad judicial bajo ciertos requisitos, que de inobservarse, traen como consecuencia que la diligencia de cateo carezca de todo valor probatorio, al vulnerar la inviolabilidad del domicilio, como derecho fundamental, sin contar con orden judicial; por lo que no puede ser materia de prueba el informe policiaco o parte informativo, ni los testimonios de las autoridades que se introdujeron en el domicilio registrado¹⁹⁵, pues de manera directa derivan de dicha vulneración; ya

¹⁹⁵ existe tesis del Pleno en contrario: CATEOS. LA DESIGNACIÓN QUE CON CARÁCTER DE TESTIGOS REALIZA LA AUTORIDAD EJECUTORA EN AGENTES POLICIALES QUE LO AUXILIAN EN EL DESAHOGO DE LA DILIGENCIA, ANTE LA NEGATIVA DEL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO, NO DA LUGAR A DECLARAR SU INVALIDEZ. De la interpretación causal teleológica de lo dispuesto en el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, no se advierte que haya sido intención del Poder Constituyente, evitar que la autoridad ejecutora de una orden de cateo designe con el carácter de testigos al personal de Policía Judicial que lo auxilia en la diligencia respectiva, pues el hecho que la validez formal del cateo se condicione a la existencia de un acta circunstanciada firmada por dos testigos, no implica que corresponda a éstos verificar que la diligencia se practique conforme a derecho, sino únicamente constatar que los hechos asentados en el acta relativa corresponden a la realidad, pues incluso, si se toma en cuenta que en atención al principio constitucional de

que los objetos y personas encontrados en el domicilio inconstitucionalmente registrado, no hubieran existido de no haberse practicado el cateo ilegal, lo cual evidencia que el origen de los mismos es el propio cateo, el cual, al resultar ilegal y, en consecuencia, carecer de todo valor probatorio, influye de manera directa en los actos que de él derivaron, debiendo éstos seguir la misma suerte que aquello que les dio origen.

Así, el Máximo Tribunal Constitucional, estableció que acorde con la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, si bien, no podía darse

adecuada defensa, el juzgador está obligado a recibir y desahogar las pruebas que ofrezca el inculpado, siempre que no sean contrarias a la ley, es evidente que aunque en términos de lo dispuesto en el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo hace prueba plena cuando se desahoga con las formalidades legales respectivas, ello no impide que los hechos que del mismo derivan puedan controvertirse a través de un diverso medio de prueba, como lo pueden ser, los careos o la testimonial de quienes intervinieron en la respectiva diligencia. Por tanto, la sola circunstancia de que los agentes policiales designados como testigos por la autoridad ejecutora de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, hayan participado en la ejecución material de la misma, no motiva la invalidez del cateo ni de las pruebas que del mismo derivan, máxime que ello, por sí, no da lugar a estimar que se infringe la independencia de su posición como testigos, ya que al rendir su testimonio ante la autoridad judicial, lo hacen a nombre propio y sobre hechos que les constan, correspondiendo al juzgador valorar la idoneidad de su ateste". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Enero de 2009, página 6, tesis P./J. 1/2009, Materia Penal, Novena Época

valor legal en juicio a probanzas obtenidas con violación al debido proceso legal, al resultar contrario a tal regla considerar las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales, pues además que de darles valor a tales actos, sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo realizado en dicha forma en beneficio de la autoridad, toda vez que se declararía carente de valor probatorio el cateo, lo cierto es que las pruebas en él encontradas, mismas que derivan de tal diligencia, podrían ser consideradas en contra de quien fue molestado en su domicilio; lo que en su caso, bajo un aspecto de efecto disuasorio al impedir que se deje en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, pues de todos modos, los objetos que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio; ello en atención a que el mandato constitucional respecto de la orden de cateo va dirigido a las autoridades que se encuentran inmersas en la procuración y administración de justicia, que con su actuar pueden violar derechos fundamentales del gobernado que trascienden en su domicilio, libertad y seguridad jurídica, por lo que dichas autoridades están obligadas a respetar el marco constitucional y legal establecidos para esos efectos¹⁹⁶.

Empero, destacó, que si bien la orden de cateo presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación y la probabilidad de que en el mismo recinto se encuentra el activo o los objetos relacionados con el delito, lo cierto es que no en todos los casos hay una investigación ministerial de un delito previamente cometido,

¹⁹⁶ GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006. Pág. 45.

en la que existan datos del probable responsable u objetos relacionados con el delito que se encuentren en el domicilio particular, ciertamente, existen casos de flagrancia, esto es, cuando se está en presencia de actos delictivos que se están ejecutando o se acaban de ejecutar, por ejemplo, cuando la autoridad policial recibe información en el sentido de que en determinado domicilio tienen secuestrado a un sujeto (delito permanente), o que se está cometiendo una violación (delito instantáneo), que se posee droga o armas (delito permanente), tráfico de personas (delito instantáneo), pederastia (delito instantáneo), casos en los que no se requerirá, necesariamente, orden judicial de cateo que autorice la intromisión o allanamiento del domicilio particular, ya que existiendo flagrancia, el propio artículo 16 constitucional, expresamente permite a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado y lógicamente hacer cesar la agresión delictiva; lo anterior, con independencia de que el delito en flagrancia se ejecute en el domicilio particular, toda vez que la Constitución no establece acotamiento alguno al respecto.

Por lo que, estableció la SCJN que, sólo en los casos en que se trate de un delito cometido en flagrancia, previsto en el precepto constitucional y legal citado, puede la autoridad introducirse a un domicilio sin contar con orden de cateo, fundado en que la demora podría hacer negatoria la investigación de los delitos y la aplicación de las penas correspondientes; por lo que la autoridad policial podía irrumpir en el domicilio de un gobernado sin contar con orden de cateo cuando se esté cometiendo

el delito dentro del domicilio, igualmente cuando después de ejecutado un delito en flagrancia el inculpado es perseguido hasta el domicilio particular ¹⁹⁷.

Por lo que la SCJN concluyó que, en los supuestos de flagrancia no se requiere, necesariamente, orden de cateo, lógicamente las pruebas que se encuentren vinculadas directa o indirectamente con dichas detenciones, no se rigen por los supuestos que contemplan los numerales 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales (vigente), pues tendrán eficacia probatoria y corresponderá al juzgador valorarlas conforme a las reglas relativas; bajo la razón de que la autoridad policial tiene el deber de velar por la seguridad y protección de la ciudadanía, por lo que se convierte en garante de los bienes de la sociedad y por contrapartida, tiene el derecho de hacer que cese dicha afectación, sin esperar que se lo autorice expresamente la autoridad judicial¹⁹⁸.

Si en la Constitución se establecen los requisitos de la orden de cateo, sin los cuales la misma será ilegal, también se establece la facultad punitiva del Estado como garante de la existencia de la sociedad, de ahí que también prevea el delito flagrante; por lo que, estableció que entre ambos mandatos constitucionales, el de la orden de cateo y el de la facultad punitiva del Estado, debe existir un equilibrio, ya que no se puede concebir una orden de cateo que no cumpla con los requisitos

¹⁹⁷HAIRABEDÍAN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal, Ad.Hoc, Buenos Aires, 2002. Pág. 172.

¹⁹⁸HENDLER, Edmundo. La regla de exclusión en Inglaterra, Nueva Doctrina Penal, 2000/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Págs. 253-268.

correspondientes, en atención a los bienes tutelados que afecta, como tampoco, que ante conductas constitutivas de delitos, el Estado no actúe¹⁹⁹.

Así, la regla para realizar un cateo la constituyen todos los requisitos que establece el artículo 16 constitucional descritos con anterioridad, y la excepción, cuando se verifique el cateo en caso de flagrante delito. De acuerdo con lo antes señalado, precisó que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecerá de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir.

En cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria; en cuyo caso, corresponde al órgano jurisdiccional realizar el juicio de proporcionalidad sobre la medida del cateo llevada a cabo, a fin de establecer si se cumplieron los requisitos respectivos, o bien, no obstante que no se cumplieron se estaba en presencia de flagrante delito, como lo es, que la autoridad contara con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio, datos que se deberán aportarse en el proceso en caso de llegarse a consignar la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez pueda tener elementos de valuación para determinar si en el caso efectivamente se trató de flagrancia, pues en caso de que no

¹⁹⁹ HERMOSO LARAGOITI, Héctor. Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México”, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México. 2011. Pág. 24.

se acredite que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión así como lo que de ello derive resultará ilegal.

En efecto, siguiendo el curso de ideas, los argumentos vertidos dieron origen a dos tesis de jurisprudencia:

“INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA. Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado, como garante de los bienes de la sociedad, debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un

cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria²⁰⁰.

Así también tenemos otra tesis jurisprudencial que describe lo siguiente:

“CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA

²⁰⁰Jurisprudencia 1a./J. 21/2007, Pág. 224. Tomo XXVI, Agosto de 2007, Materia Penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA. Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la CPEUM que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: a) que conste por escrito; b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la materia de la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En ese sentido, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto constitucional, la diligencia carece de valor probatorio. Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido”²⁰¹.

²⁰¹Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Agosto de 2007, Pág.111, Materia Penal, Novena Época.

4.11.EXCEPCION DE ANTIJURICIDAD: TESIS ESPAÑOLA

En este apartado nos vamos a referir a un elemento de la teoría del delito la antijuridicidad. En tanto, la conexión de antijuridicidad es una construcción teórica del Tribunal Constitucional español mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas del proceso las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias y de estas circunstancias da cuenta justamente la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, bajo un contexto de presión social ante la criminalidad. Dicha doctrina, se proyecta sólo sobre el denominado efecto reflejo de la regla de exclusión de la prueba ilícita; esto es, en el ámbito de las denominadas pruebas ilícitas indirectas, pues llevar esta tesis también al ámbito de las pruebas ilícitas directas equivaldría pura y simplemente a la anulación de la regla de exclusión y con ello a la desprotección de los derechos fundamentales en uno de los campos más proclives a su vulneración.²⁰²

²⁰²IBARRA PALAFOX, Francisco. "Contra la impunidad. Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Cuestiones Constitucionales, 21, 2009. Pág. 78.

En este sentido, la tesis de la conexión de antijuridicidad se articula por primera vez en la STC 81/1988 y se resume en el siguiente planteamiento: cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso, sino sólo cuando exista, además de la relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la regla de exclusión ante la lesión del derecho y la prueba, ésta podrá ser incorporada al proceso. Es decir, la ausencia de conexión de antijuridicidad es lo que justifica no aplicar (o excepcionar) la regla de exclusión.²⁰³

En virtud de esta doctrina, no existe conexión de antijuridicidad (y por tanto cabe utilizar la prueba en el proceso), sólo si concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente:

a) perspectiva interna.

Es necesario que la prueba refleja o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a (o independiente de) la vulneración del derecho, lo que tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; esto es, cuando la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes de la lesión del derecho. La apreciación del dato de la independencia

²⁰³JÄGER, Carlo. Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido Editor. 2003. Pág. 93.

exige tomar en cuenta circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como su resultado.²⁰⁴

b) Perspectiva externa

Esta perspectiva requiere que no sea necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la entidad objetiva de la vulneración del derecho cometida, así como la existencia o no de la intencionalidad o negligencia grave en dicha vulneración²⁰⁵.

Ahora bien en palabras del Tribunal Constitucional Español "...para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hecho de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho... materializadas de la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar, si desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se trasmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las

²⁰⁴LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado, Código Procesal Penal, San José, Editorial Jurídica Continental, Tercera Edición, 2006. Pág. 90.

²⁰⁵LÓPEZ-BARAJAS PÉREA, Inmaculada. "La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja", Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 708, 2006. . Pág. 45.

necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho...
...Exige”²⁰⁶.

Además, añade, estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja, resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las esenciales de tutela del mismo, cabrá en entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

La tesis de la conexión de antijuridicidad condiciona por tanto la admisión de las pruebas ilícitas indirectas, aparte de a la independencia jurídica ente la lesión del derecho y la prueba derivada, a la inexistencia de necesidades importantes de tutela del derecho lesionado; esto es, al suponer la independencia jurídica hay que examinar la concreta lesión del derecho fundamental para ver si la excepcional admisión de la prueba ilícita, no afectara demasiado a su contenido esencial y su necesidad de tutela²⁰⁷.

²⁰⁶PELLEGRINI GRINOVER, Ada. La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas en La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007. Pág. 41.

²⁰⁷MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales, Tomo II, Ediciones del Puerto, 1ª edición, Buenos Aires, 2003. Pág. 97.

La tesis, en este segundo aspecto, formula pues la exclusión en unos términos preventivos que recuerdan mucho la doctrina norteamericana del *deterren teffect*, pues una vez afirmada la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba, la exclusión queda condicionada a las necesidades de disuasión, pero con ello el tribunal, que inicialmente había configurado la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal, ha reformulado su fundamento, acercándose a los pronunciamientos típicos de la jurisprudencia norteamericana. De hecho un año después de la construcción de esta doctrina, la STC 49/1999 muestra ya claramente este viraje en la fundamentación de la regla de exclusión, remite en realidad a un juicio de ponderación entre el interés público de la verdad (conectado a la seguridad nacional) y el interés de tutela de los derechos fundamentales. Y este juicio de ponderación, precisamente por su acusado carácter discrecional, termina dejando en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos²⁰⁸.

Según esta doctrina, la apreciación de la independencia jurídica depende de circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como de su resultado, lo cual remite también a un juicio notable de discrecionalidad; más bien limitado bajo la convicción de que la rígida aplicación de la regla tendría un impacto nocivo sobre la confianza de los individuos en el funcionamiento del Poder Judicial, que sobre todo en el proceso penal percibirían

²⁰⁸ SALAS CALERO, L. Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos». Revista Poder Judicial, 66, 2002. Pág. 386.

cómo personas aparentemente culpables son exoneradas con base en los que ellos consideran “detalles técnicos” de escasa importancia y en todo caso a concepciones más profundas de filosofía política para las que los derechos fundamentales no representan el basamento infranqueable del Estado y del derecho²⁰⁹.

Prueba de ello, es que entre los defensores de este debilitamiento de la regla de exclusión, hay quienes se muestran críticos incluso con la tesis del efecto disuasorio, por considerar que es demasiado condescendiente con los derechos fundamentales frente a la necesidad de sancionar el delito propio del Estado; quienes consideran que disuadir de la lesión de los derechos inadmitiendo la prueba ilícita es, premiar al afectado por esa violación, pues para evitar actuaciones de este tipo se podría, si acaso, sancionar al policía que viola el derecho fundamental pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe.

En el orden de estas ideas se parecía que existen dos posturas. Una de ellas que defienden las organizaciones de Derechos Humanos, en el sentido de que no existe razón, ni ideología, ni política, ni militar, ni social, ni religiosa, ni de índole alguna, que justifique la violación a derechos humanos; lo cual expresa con claridad la noción de universalidad de los derechos²¹⁰.

²⁰⁹VELASCO NUÑEZ, Eloy. Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)». Revista General de Derecho, núm. 624, septiembre, 1996. Págs. 10164-10165.

²¹⁰MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997. Pág. 4.

No obstante, otros afirman que los Derechos Humanos son relativos, dependen del:

- a) contexto cultural.
- b) de las razones políticas
- c) de la protección de la seguridad del Estado.

En el contexto cultural, sostienen que los Derechos Humanos constituyen un producto occidental, resultado de los horrores de la Guerra Mundial; una culminación internacional de determinadas tendencias y valores contenidos en las revoluciones americanas y francesas, así como sus respectivas declaraciones²¹¹.

Los países latinoamericanos, tienen experiencias culturales históricas distintas. Su mayor experiencia es el colonialismo (el problema de la población indígena) y la dominación europea, y no la Guerra Mundial. Sin considerar por esas diferencias, sostienen, la concepción de Derechos Humanos como normas universales intentan imponer visiones occidentales sobre los estilos de vida, las decisiones personales, las relaciones entre los ciudadanos, y sus vínculos con el Estado. Los valores que esta posición privilegia con la diversidad cultural y la autenticidad nacional²¹².

²¹¹MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995. Pág. 253.

²¹² MONTAÑES PARDO, Miguel. La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1999. Pág. 417.

El desarrollo del capitalismo, que, entre otras cosas, significa intercambio de mercancías, ha conllevado un extenso intercambio cultural de valores y creencias. Se ha desarrollado una cultura de síntesis, que va más allá de la occidentalización. Hoy en día es difícil encontrar culturas tradicionales que justifiquen el relativismo cultural en forma extrema. Se cree que el relativismo ha constituido más bien una Teoría dirigida a justificar prácticas autoritarias de los estados de tercer mundo. Una nueva interpretación del principio de no discriminación (la interpretación clásica sostiene que no se puede discriminar a un individuo en razón de su raza, sexo, religión, etc.), podría sostener que el gozo de los Derechos Humanos no debe depender de la pertenencia del individuo a un determinado Estado. No debe ser confinado a las fronteras nacionales.

No se puede discriminar en razón de la pertenencia a tal o cuál cultura. HERNÁN MONTOALEGRE, sostiene que algunas personas, los subversivos o, terroristas no tienen derechos, los cuales están subordinados a la seguridad de la nación. Si para su defensa es necesaria la violación de Derechos Humanos, entonces hay que hacerlo. Sin embargo, no especifican, que es la nación, ni los medios que permiten garantizar su seguridad²¹³.

Además, son privilegiados y pocos los que decidirán al dar la respuesta. La nación se compone de ciudadanos, sería un contrasentido violar los Derechos Humanos de los ciudadanos garantizando la seguridad nacional. Se llegaría al

²¹³Citado por MIDÓN, Marcelo. BERIZONCE, Roberto Omar. ESTIGARRIBIA de MIDÓN, Gladis, Derecho probatorio, Ediciones Jurídicas Cuyo. S/N. Pág. 366.

absurdo de justificar a grupos políticos, militares o de delincuencia organizada, que apelan la violación de Derechos Humanos, no en la seguridad nacional, sino en, la revolución o, el narcotráfico, el secuestro, el lavado de dinero, el homicidio, etc. Debe concluirse que los Derechos Humanos son universales, forman parte de la herencia de toda la humanidad. Aún en sociedades con patrones culturales diversos existen grupos que promueven los Derechos Humanos²¹⁴.

Estas tesis no niegan la importancia de los derechos fundamentales, como elemento básico del orden político, pero al resaltar la necesidad de ponderar los derechos con las demandas sociales de justicia y seguridad, anulan su trascendencia; también es verdad, que esta posición aun cuando en el texto constitucional mexicano es tajante, la legislación secundaria advierte matices en carácter de excepción. Respaldo bajo la idea de que no existe un sistema de prioridades absolutas entre los distintos bienes y derechos constitucionales, por lo que los eventuales conflictos entre los mismos habían de ser resueltos mediante un juicio de ponderación a la luz de las circunstancias reales de los casos.

Al dejar ciertas cuestiones a la discrecionalidad en la decisión, propician que diferentes intereses al respeto de los derechos fundamentales cedan el paso a otros valores, como lo es la criminalidad creciente, a cuya expansión se conformará la regla de exclusión bajo interpretaciones más o menos extensivas, aunque con ello se contraponga al reconocimiento de plena eficacia de los derechos humanos, bajo un

²¹⁴ CHIPOCO, Carlos “La protección universal de los Derechos Humanos. Una aproximación crítica” <http://bibliojuridica.org/libros/4/1835/16.pdf>

modelo procesal, constitucional comprometido no sólo con la averiguación de la verdad, sino también con la defensa de los derechos, un modelo en el que verdad no puede perseguirse a cualquier precio²¹⁵.

²¹⁵VEGA TORRES, Jaime. presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993. Pág. 414.

CAPITULO V

SISTEMA DE REGULACION DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSION

En la doctrina principalmente Estadounidense, Peruana y Brasileña “las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la comunicación, sean estas directas o indirectas, señalan que no deben ser reguladas por el legislador si no deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ellos garantiza mejor el debido proceso y analiza caso por caso”.²¹⁶

Ahora bien, como lo hemos mencionado, y en virtud de plantear una cuestión de singular importancia, la cual es determinar a quién le corresponde establecer la aplicación y el desarrollo de las excepciones a la regla de exclusión probatoria: al legislador o a los jueces en cada caso concreto puesto en su conocimiento. Los participantes en dicho asunto se decantaron por reservarse a ellos mismos la exclusividad de establecer y desarrollar, vía jurisprudencial, las excepciones. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como veremos a continuación.

²¹⁶ PÉREZ SARMIENTO, Eric. “Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal”, Temis, Bogotá-Colombia, S/P. Pág. 232.

5.1. SISTEMA REGLADO

El marco de lo anteriormente expuesto, GUARIGLIA, sostiene que “la noción de que los jueces pueden legislar y crear por si solos normas afectando o limitando los derechos de los ciudadanos es simplemente inaceptable en un Estado de Derecho”²¹⁷. Esta afirmación puede ser esgrimida por quienes defienden un modelo reglado de excepciones a la regla de exclusión, de tal forma que sea el legislador quien decida en qué casos la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales puede ser valorada por el juzgador.

Es necesario precisar, no obstante, que el autor citado defiende la tesis según la cual los jueces no pueden valorar prueba ilícita en ningún caso en el marco del proceso penal y es en tal sentido que utiliza la información antes señalada. Así se sostiene que en la tradición europeo, continental rigen los principios de reserva de ley y división de poderes que serían pasados por alto si es que se reconoce a los jueces la facultad de admitir y valorar prueba obtenida ilícitamente. Si el juez aplica una excepción a la regla de exclusión para valorar una prueba que es prohibida por vulnerar derechos fundamentales se convierte en legislador, puesto que en el Estado de Derecho las injerencias estatales en dicho ámbito requieren necesariamente la existencia de una norma potestativa escrita. El autor citado apunta que “la posición

²¹⁷ GUARIGLIA, Fabricio. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, Pág. 134

contraria socaba por completo el contenido democrático del principio de reserva de ley...y entraña una usurpación de las facultades legislativas por parte de la justicia.²¹⁸

5.2. SISTEMA JURISPRUDENCIAL

Por otra parte están quienes postulan que deben ser los jueces, en cada caso concreto, los que resuelvan si debido a circunstancias particulares la prueba ilícitamente obtenida pueda ser utilizada en el proceso. En otras palabras, si es que la regla de exclusión admite o no excepciones.

Nótese que una cuestión como la planteada exige necesariamente que se admita que la regla de la exclusión de prueba ilícita no tiene alcances absolutos si no que, como resulta de la corriente mayoritaria actualmente, puede ser dejada de lado en algunos casos concretos, posición a la que otros países con un mayor desarrollo de la institución han arribado tras un proceso histórico que ha ido desde una aplicación absoluta hasta su debilitamiento paulatino.

En México, son los artículos 259, 263 y 264 del NCNPP, donde el legislador señala que los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente, además que se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

²¹⁸ RIVES SEVA, Antonio. La prueba en el proceso penal, doctrina de la Segunda Sala del Tribunal Superior, Aranzadi, 2ª ed., Madrid, 1996. Pág. 232.

Sin embargo, en el artículo 259, si bien el legislador, está referido a que los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones expresas previstas por el Código y en la legislación aplicable²¹⁹.

²¹⁹ Véase Código Nacional de procedimientos Penales de México los artículos: Artículo 259. Generalidades: Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito. Las pruebas serán valoradas por el Órgano jurisdiccional de manera libre y lógica. Los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones expresas previstas por este Código y en la legislación aplicable. Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código. Artículo 263. Licitud probatoria: Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código. Artículo 264. Nulidad de la prueba: Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto. Artículo 265. Valoración de los datos y prueba El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

Es decir, menciona las excepciones de admitir antecedentes de investigación recabados con anterioridad a juicio, cuando el legislador refiere como juicio; sin embargo, no menciona taxativamente sobre las excepciones de la exclusión de las pruebas ilícitas. No obstante faculta a los jueces la valoración libre y lógica de la prueba.

En este sentido, retomando la idea central, vemos que en cuanto a la importación del precedente desde el derecho anglosajón al ordenamiento que se inscribe dentro de la tradición del *civil law* o romano germánica, en la superación de la idea de supremacía del parlamento sobre los demás poderes del Estado para asumir, por el contrario, un concepto de equilibrio de poderes y la asunción por los jueces de amplias facultades de interpretación y de redimensionamiento del ordenamiento jurídico en el entendido que la producción normativa no se agota en la labor legislativa que se completa y culmina por los órganos jurisdiccionales en la aplicación normativa que es concebida como una verdadera fase de creación del derecho. Quienes sostienen²²⁰ que corresponde a los jueces el desarrollo de las excepciones a la regla de exclusión podrían suscribir íntegramente los argumentos precedentemente expuestos.

²²⁰MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”, Segunda Edición, J. M. Bosch Editor, España, 2004. Pág. 195.

5.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA.

En la legislación, jurisprudencia y doctrina comparadas, en lo relativo a la obtención de las fuentes de prueba o pruebas- directa o indirectamente- con violación de derechos fundamentales, se asumen diversos tipos de consecuencias jurídicas: nulidad, invalidez, ineficacia, inutilizabilidad, prohibición de valoración, exclusión probatoria, inadmisibilidad, entre otras.

En España, en la sentencia 114/84 de noviembre, el Tribunal Constitucional asumió la inadmisibilidad, así como la prohibición de valoración de la prueba ilícita aquellos casos en que se hubiere obtenido violentando derechos o libertades fundamentales. Tal doctrina jurisprudencial se plasmó en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales. Dicha norma se enmarca dentro del capítulo de las nulidades actuaciones, consecuencia jurídica respecto de la cual no existe una coincidencia doctrinaria, ni tampoco respecto a si solamente debe comprenderse entre las consecuencias de inadmisibilidad de la prueba ilícita a la vulneración de los derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas, o también a la que se produzca en el momento de su admisión o practica en el proceso judicial.²²¹

Para MIRANDA ESTRAMPES es preferible hablar de “inutilizabilidad” de la prueba ilícita: es decir de prohibición de admonición o prohibición de valoración de la

²²¹ ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. “Prueba Ilícita Penal”, segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2004, Pág. 482.

misma, cuya consecuencia es más la privación de eficacia probatoria que la nulidad. La ilicitud de la prueba y la nulidad de los actos procesales operarían en ámbitos diferentes. Es oportuno destacar que la ausencia de una norma legal expresa que proclamara la nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación de derechos fundamentales, no fue obstáculo para que el Tribunal Constitucional (Español) consagrara su inadmisibilidad y, por lo tanto, su carencia de efectos, configurando dicha exclusión como una garantía constitucional de su naturaleza procesal²²².

Para el caso en que, por las razones fuesen, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiera producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase del juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El juez o tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán ineficaces para configurar de la sentencia: es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. La prueba ilícita es, por lo tanto, una prueba de valoración prohibida. Ello no debe llevar al error de estimar que nos encontramos ante una cuestión de valoración probatoria, pues precisamente lo que le está vedado al órgano jurisdiccional es la operación de valoración de la prueba obtenida de forma ilícita.

²²² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Editorial J.M. BOSCH. BARCELONA 2004, Pág. 95.

CAPITULO VI

LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Como ya habíamos señalado anteriormente la prueba ilícita no ha sido definida el CNPP, pero de su descripción legal se puede concluir porque se asume un criterio restringido de la noción de prueba ilícita. En efecto, el legislador ha considerado que sólo se está frente a prueba ilícita cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violan o vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Ahora bien un primer problema dogmático se advierte cuando se trata de establecer cuál es el alcance de la prueba ilícita. ¿Comprende solo la obtención ilícita de una fuente de prueba o también su incorporación? Aun cuando los artículos 259, 263, 264 y 265 del CNPP tengan referencia únicamente a la obtención de las pruebas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, ello no es óbice para excluir la posibilidad de estimar prueba ilícita en el momento de la incorporación de la fuente de prueba en el proceso. En este último supuesto, el mecanismo de control ya no estará orientado a la inadmisión de la prueba, sino a su inutilizabilidad o no valoración.

Un segundo problema dogmático consiste en precisar lo que debe entenderse por violación o vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Por contenido esencial debe entenderse el contenido determinable de un derecho fundamental, que se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir tales derechos. Es esencial en cuanto atañe a la esencia del derecho, a su naturaleza, a su ontología, de modo que todo el contenido es en sí mismo necesario por esencial. De manera tal que se debe considerar que se viola el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando se afecta el contenido delimitado de su ámbito de protección.²²³

Es discutible que en conferencias algunos autores nacionales asuman la posición de que la prueba ilícita sea consecuencia de la obtención o incorporación sin observancia del debido proceso. No se debe olvidar que no todos los componentes o elementos del debido proceso son derechos fundamentales. Por otro lado, es también discutible en la doctrina que la prueba ilícita se produzca por violación de derechos procesales, ya que para estos el ordenamiento procesal prevé el régimen de nulidad.²²⁴

²²³ARMENTA DEU, Teresa. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”, en Revista de Derecho Procesal Penal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, Pág. 85.

²²⁴ARMIJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal, San José, 1ª. Ed., Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, Pág. 65.

En cuanto a los efectos derivados o reflejos de la prueba, el nuevo CNPP los comprende de manera expresa, en la medida que se estipula que carecen de efectos legales, al referirse que quedarán excluidos o serán nulos los medios de prueba obtenidos con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. En tal sentido, no podrán ser incorporados o utilizadas las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente con base o teniendo como origen una prueba ilícita.

Ambos términos jurídicos conceptualmente están relacionados con la inutilizabilidad o ineficacia probatoria; es decir que no podrán ser objeto de la valoración del juez. Sin embargo, el CNPP no se refiere expresamente al supuesto de inadmisión de la prueba ilícita, lo que no significa que desde el propio Código no se pueda construir una interpretación que permita considerar la posibilidad de inadmitir una prueba ilícita. En efecto, cuando se refiere a la admisión de las pruebas, el CNPP emplea el término “exclusión” como sinónimo de inadmisión, estableciendo que el juez “solo podrá excluir las (pruebas) que no sean pertinentes y prohibidas por ley”. Siendo la prueba ilícita una prueba por ley, dado su origen ilegítimo, en consecuencia su inadmisión (exclusión) se encuentra perfectamente autorizada por el Código²²⁵.

En lo que concierne las excepciones a la regla de exclusión, entendida como inadmisión o exclusión para la valoración de la prueba ilícita, si bien el CNPP no regula los distintos supuestos en los que no obstante haberse obtenido, directa o

²²⁵BEDOYA SIERRA, Luis. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación, Colombia 2008, Págs.200, 204, 273.

indirectamente, una fuente de prueba con violación de derechos fundamentales es posible su valoración, también lo es que los supuestos de excepción a la ineficacia a la prueba ilícita son productos de una construcción esencialmente jurisprudencial.

En la jurisprudencia norteamericana, las excepciones a la regla de la exclusión probatoria son producto de los fallos de la Suprema Corte. Contemporáneamente, se viene empleando los principios de proporcionalidad y de ponderación de intereses para decidir la utilización o no de las fuentes de prueba derivadas de la violación de los derechos fundamentales, cuyos contornos son definidos progresivamente y de manera general por la jurisprudencia como consecuencia del tratamiento que se les da en cada caso concreto²²⁶.

Por último, si la prueba prohibida fue incorporada indebidamente en el proceso, al momento de la deliberación el juez podrá excluirla de la valoración, pues con arreglo a los artículos 259, 263, 264 y 265 del CNPP, este no puede utilizar los medios de prueba, pues se entiende que la fuente de prueba ya fue incorporada al proceso mediante la actuación del medio de prueba o su moralización, que contengan fuentes de pruebas obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Por ello, no se debe olvidar que el juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio; por lo tanto, se excluyen de la valoración las pruebas ilegítimas.

²²⁶BINDER, Alberto. "El relato del hecho y la regularidad del proceso" en Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires, Ad-Hoc.1993. Pág. 23.

CAPITULO VII

LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL DERECHO COMPARADO

7.1. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN CHILE

En el país del sur no hace mucho que se ha entrado en vigor en todo su territorio el nuevo Código Procesal Penal que introduce el proceso penal acusatorio que ha venido a sustituir al viejo modelo inquisitivo del Código del Procedimiento Penal 1907. El Código Procesal Penal (CPP) no desarrolla de manera explícita y sistemática de prueba ilícita. Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 276 (exclusión de prueba para el juicio oral) señala: “del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas y aquellas que hubieran sido obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales.”

Como ha sido expresado en la doctrina Chilena, la carencia de un desarrollo sistemático de la institución en el cuerpo del no significa que la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema Chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas ius fundamentales dentro del ordenamiento constitucional. En tal sentido, el cuarto párrafo de la Constitución Política establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la

comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece.”

En cuanto a las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, el artículo 215 (objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado) del Código Procesal Penal contiene una disposición interesante; “si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objeto o documento que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia de procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal.” El precepto pareciera validar la excepción del hallazgo casual, pero a través de un posterior mandato judicial y la conservación por parte del fiscal de los objetos y documentos causalmente hallados.

7.2. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN COLOMBIA

Colombia regula expresamente la regla de exclusión de prueba ilícitamente. El artículo 23 de Código Procesal Penal, ley 906 del 2004, establece lo siguiente: “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales “será nula” de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.” Como puede apreciarse, el legislador colombiano excluye expresamente tanto la prueba ilícita directa como la derivada o refleja.

Por su parte el artículo 455 del mismo cuerpo normativo establece: “para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.” Resulta claro que el legislador colombiano ha regulado expresamente la posibilidad de utilizar las excepciones denominada doctrina del nexo causal atenuado, fuente independiente, el descubrimiento inevitable y, en cláusula abierta, cualquier otra que pueda ser establecida por la ley. Al respecto, CASTRO OSPINA considera que esta norma se refiere a la prueba derivada o refleja, pues, “una interpretación diferente conducirá a que fuera ineficaz el sentido garantista que tiene la causal de exclusión”²²⁷.

El artículo 29 de la Constitución Colombiana consagra el debido proceso como derecho fundamental y como parte del derecho a la prueba, disponiendo al final que “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.”

La Corte Constitucional de dicho país ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la sentencia C-591 del nueve de Junio del 2005, sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal relativas a los efectos de la prueba derivada del registro y allanamiento con orden viciada y las excepciones a la regla de exclusión expresamente consagrada. Al respecto debe señalarse que el artículo 232 del Código establece que si la orden de registro y allanamiento expedida por parte del fiscal, se encuentra viciada por carencia de

²²⁷ CASTRO OSPINA, Sandra. Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, Pág. 72

alguno de los resquicios esenciales previstos en aquélla, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

La Corte interpretó que la expresión “directa o exclusivamente” vulnera la constitución que, en su artículo 29, prescribe la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso, es decir, no solamente aquella que dependan directa y exclusivamente. Por esas consideraciones dicha expresión fue declarada inexecutable por la Corte. Finalmente, en cuanto al texto del artículo 455 del Código Procesal Penal que, como ya lo adelantáramos, consagra expresamente la aplicabilidad de las excepciones del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley, la Corte Constitucional Colombiana, con base en la Sentencia SU-159 del 2002 (MANUEL JOSE CEPDA ESPINO), ha declarado que no vulnera la constitución por cuanto los criterios precedentemente señalados “lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.” Por tales fundamentos el mencionado artículo fue declarado executable.²²⁸

²²⁸CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010. Pág., 232.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana, según da cuenta PARRA QUIJANO²²⁹, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prueba ilícita, pudiendo citarse el caso de una Juez que condenada por sobre la base de una grabación de conversación telefónica efectuada por la propia víctima. La Corte Suprema sostuvo que "...cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita la autorización de la autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes". "Esto por cuanto quien grabe es el destinatario de la llamada".

7.3. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN ESTADOS UNIDOS

Tal como ha sido expuesto, es en los Estados Unidos de Norteamérica donde surgió, primero, la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita y, posteriormente, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. La paternidad de la doctrina sobre la materia debe ser asignada, pues, a la jurisprudencia del país del norte

Desde su aparición en *BOYD VS US* (1886) la evolución jurisprudencial ha transcurrido por una etapa inicial en que la regla de exclusión se aplicaba de manera absoluta, pasando por la elaboración de la doctrina de los frutos del árbol envenenado por el cual los efectos de la ilicitud se hicieron extensivos a la prueba refleja o efectos de la ilicitud se hicieron extensivos a la prueba refleja o derivada,

²²⁹CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Hammurabi. 1999. Pág.

hasta su mediatización paulatina a través de una serie de excepciones que permitan valorar la prueba ilícitamente obtenida.

En el derecho estadounidense, como en cualquier otro ordenamiento, la cuestión atinente a la prueba es gran importancia, al punto que rigen las llamadas “Reglas Federales De Evidencia” *que* son de alcance general. Pero de mayor importancia es la elaboración realizada por los jueces en la resolución de los casos sometidos a su consideración, elaboración a la que, precisamente se debe la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita directa o derivada, así como las múltiples excepciones actualmente vigentes.

Puede afirmarse que la primera etapa de aplicación absoluta de la regla de exclusión comprende como hitos reconocidos los casos del resultado *BOYS vs US (1886)* pasando por *WEEKS vs US (1917)* hasta los años sesenta del siglo XX en que *MAPP vs OHIO (1961)* en el sentido que la regla de exclusión debía aplicarse generalizadamente en todos los Estados, sobre la base de la decimocuarta enmienda²³⁰.

De allí en adelante se ha producido lo que en palabras de MARTINEZ GARCIA puede denominarse el desmantelamiento de la regla de exclusión. En *US vs CECCOLINI (1978)* la declaración de un testigo fue admitida, no obstante que el testigo había sido obtenido de un registro ilícito, bajo el argumento de la

²³⁰ CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse? *Jueces para la Democracia*, núm. 25, julio, 1999. Pág. 95.

voluntariedad de la cooperación del testigo. En *MICHIGAN vs DE FILIPPO (1979)* se validó evidencia obtenida por agentes policiales que habían actuado al amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. En *US vs PAYNER (1980)* se hizo valer una prueba obtenida en un registro ilegal contra el tercero no titular del derecho afectado. En *US vs LEON (1984)* se introdujo la excepción de la buena fe (*good faith exception*) para otorgar validez a una prueba obtenida durante un registro con autorización inválida pero aparentemente correcta, es decir, cuando los agentes policiales actuaron en la creencia que la autorización era válida (de buena fe). La *good faith exception* fue amplia en los fallos recaídos en *ILLINOIS vs KRULL (1987)* para dar validez a prueba obtenida por la policía al amparo de una ley posteriormente declarada inconstitucional, así como en *ARIZONA vs EVANS (1995)*, en el que la prueba había sido obtenida en una actuación policial sobre la base de errores del personal auxiliar del Poder Judicial.

En este proceso de paulatina modificación de la regla de exclusión de prueba ilícita es de advertir un cambio de perspectivas de sus fundamentos, de tal modo que se pasó de apoyar la regla en la salvaguarda de derechos constitucionales a entenderla luego únicamente como un remedio que funciona solo si con la exclusión produce un efecto disuasorio entre los agentes de la policía y los jueces. Según es en este sentido que en 1995 se ha pronunciado el Congreso estadounidense a través

de la *Exclusionary Rule Reform Act of 1995* que ampara la generalización de la excepción de la buena fe para las actuaciones policiales.²³¹

Similar evolución se ha producido en lo que se refiere a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”. Así después de *SILVERSTHORNE LUMBER vs US* (1920) y *NARDONE vs US* (1939), casos en los que fue perfeñada la teoría para la prueba derivada p refleja, fueron estableciéndose las excepciones del *purgdtaint* o nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable.

Es de esperarse, además, que como consecuencia de los lamentables sucesos del 11 de septiembre de 2001 se ha de producir una mayor flexibilización en materia probatoria, teniendo como fundamento la lucha contra el terrorismo internacional. *GASCÓN ABELLAN* ha denominado a este fenómeno, observable también en ordenamientos pertenecientes a la tradición del Civil Law, como el repliegue hacia la libertad de prueba, “que está muy vinculado al reconocimiento del deterrenteffect como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación, pero que está en abierto contradicción de un modelo de proceso respetuoso de los derechos fundamentales.”²³²

²³¹ CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal, 4ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2000. Pág. 23.

²³² CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho penal, México, 2007. Pág. 74.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El ordenamiento jurídico mexicano no acepta las excepciones a la prueba prohibida. Para la incorporación de ésta institución, se recomienda reformar el artículo 20, apartado A, inciso IX, de la Constitución y a los artículos 259, 263, 264 y 265 del Código Nacional de procedimientos penales, donde se fije los lineamientos conceptuales de la excepción a regla de la prueba ilícita.

SEGUNDA. De una interpretación extensiva al CNPP, en cuanto a la prueba prohibida, podemos encontrar ésta institución inmersa dentro de lo que expresamente el artículo 264: “Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad”. Esto en concordancia con lo establecido en la Constitución en el artículo 20, apartado A, inciso IX, que a la letra establece: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. En el mismo sentido regula el ordenamiento jurídico colombiano, cuando el artículo 23 del Código Procesal Penal, a la letra establece: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales sería nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

TERCERA. La prueba prohibida o ilícita es la obtenida con lesión a los derechos fundamentales, en consecuencia no debe ser admitida al proceso penal.

CUARTA. En la doctrina en cuanto a las excepciones de exclusión de la prueba prohibida, no hay unanimidad de criterios, dejando los límites y márgenes a criterio de los jueces o de la jurisprudencia que pueda resultar vinculante. No se discute la ilicitud en sí de una prueba, si no, que si ésta, debe o no ser admitida en el proceso para que se desahogue en juicio como una prueba legítima.

QUINTA. Los efectos reflejos de la prueba prohibida, son aquéllas que se obtienen de las pruebas ilícitas, y correrán la misma suerte que las primeras; los efectos reflejos son aquellas que se derivan de la prueba principal, y que si estas están contaminadas y nacen nulas, todas las obtenciones de la prueba principal (prueba prohibida) serán también nulas e inadmisibles. Más de los efectos reflejos de la prueba prohibida, ningún artículo hace alusión.

SEXTA. Se recomienda a juristas, investigadores y doctrinarios del derecho procesal penal, realizar análisis de la prueba prohibida, para arribar a conclusiones firmes, que sustente con orden lógico jurídico, si se busca que la admisión una prueba ilícita o justificar su licitud, cuando ésta haya provenido inmediatamente o no después de la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

BIBIOGRAFÍA

1. ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. “Prueba Ilícita Penal”, segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2004.
2. ALSINA, Hugo. Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1961.
3. ARAGONESES ALONSO, Pedro. Curso de Derecho procesal penal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.
4. ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho procesal penal, Marcial Pons, Madrid, 2003.
7. ARMIJO SANCHO, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal, San José, 1^a. Ed., Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997.
8. ASECIO MELLADO. Derecho procesal penal, Valencia, Tirant lo Blanch, última edición.
9. BARONA VILAR, Silvia. Derecho jurisdiccional III: proceso penal (con Juan MONTERO AROCA, et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

10 BEDOYA SIERRA, Luis. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación, Colombia 2008.

BELLOCH JULBE, Juan. “La prueba indiciaria”, en: MIR PUIG, Santiago, et al.: La sentencia penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992

11 BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales, traducción de Manuel OSSORIO FLORIT, Librería El Foro, Buenos Aires, 2003.

12 BINDER, Alberto. “El relato del hecho y la regularidad del proceso” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires, Ad-Hoc.1993.

13 CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. “Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

- 14 CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. “Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio”, Colección Lecciones del Sistema Acusatorio No. 5, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C.-Colombia, 2008.
- 15 CAFETZÓGLUS, Néstor. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Hammurabi. 1999.
- 16 CARMONA RUANO, Miguel. De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse? Jueces para la Democracia, núm. 25, julio, 1999.
- 17 CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil, traducción de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- 18 CARRIÓ, Alejandro Daniel. Garantías constitucionales en el proceso penal, 4ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- 19 CEDEÑO HERNÁN, María. El alcance anulatorio de la prueba ilícita en La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho penal, México, 2007.
- 20 CHIPOCO, Carlos. “La protección universal de los Derechos Humanos. Una aproximación crítica” <http://bibliojuridica.org/libros/4/1835/16.pdf>

- 21 CIANO, Ariel. "La libertad probatorio y sus límites: La regla de exclusión".
Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, JA 2001-III, Julio-Septiembre,
2001.
- 22 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho procesal penal, tomo V, Ediar,
Buenos Aires, 1966.
- 23 CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia,
2005.
- 24 DE LA PLAZA, Manuel. Derecho procesal civil español, vol. I, Editorial Revista
de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- 25 DE PINA, Rafael. Tratado de las pruebas civiles, Editorial Porrúa, México,
1942.

- 26 DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, España, 2007.
- 27 DEL GIUDICE, Pasquale. Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras, traducción de Álvaro LÓPEZ ORRIOLS, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885.
- 28 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, tomo I. 1970.
- 29 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo I, Temis, Bogotá, 2002.
- 30 DÍAZ CABIALE, José Antonio. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Editorial Comares, Granada, 1996.
- 31 DÍAZ CABIALE, José. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Madrid: Civitas. 2001.

- 32 DÍAZ DE LEÓN, Marco. Tratado sobre las pruebas penales, T. I, Porrúa, 5ª ed., México, 2000.
- 33 EDWARDS, Carlos Enrique. La Prueba Ilegal en el Proceso Penal. Córdoba, Marcos Lerner Editora. 2000.
- 34 FENECH, Miguel. El proceso penal, AGESA, Madrid, 1982.
- 35 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. “Prueba y Presunción de Inocencia”, Iustel, Madrid, 2005.
- 36 FERRER I BELTRÁN, Jordi. “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en: GASCÓN ABELLÁN, Marina, et al, Proceso, prueba y estándar, Ara Editores, Lima, 2009.
- 37 FIDALGO GALLARDO, Carlos. La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América. Tribunales de Justicia, 5, mayo. 2003.

- 38 FIDALGO GALLARDO, Carlos. Las pruebas ilegales, de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ, Madrid, 2003.
- 39 FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho procesal penal, traducción de Leonardo PRIETO-CASTRO, Bosch, Barcelona.
- 40 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. Lógica de las pruebas en materia criminal, tomo I, Editorial La España Moderna, Madrid, 1930.
- 41 Gaceta Jurídica, Tomo 153, La Prueba Penal Principios y momentos en la actividad probatoria, REYANA ALFARO, Luis Miguel, Agosto 2006.
- 42 GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Pamplona, Navarra, 2003.
- 43 GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. "Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 11, 2003.

- 44 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1985.
- 45 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, en XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
- 46 GASCÓN ABELLÁN MARINA. El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, en —Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008.
- 47 GASCÓN ABELLÁN, Marina. El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, en Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008.
- 48 GASCÓN ABELLÁN, Marina. “El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en: Jueces para la Democracia, nº 52 (marzo 2005).

- 49 GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal penal, Colex, Majada honda Madrid, 2007.
- 50 GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso I: teoría general del proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- 51 GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando. El proceso penal: tratamiento jurisprudencial, Editorial Forum, Oviedo, 2004.
- 52 GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús. "El proceso penal español y la prueba ilícita", Revista de Derecho Valdivia, nº 2, (2005).
- 53 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Argumentación y Prueba Judicial, en Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008.
- 54 GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio", Leyer, Bogotá D. C.-Colombia, 2005.
- 55 GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. La presunción en la valoración de las pruebas, INACIPE, 2003, México.

- 56 GORPHE, François. La crítica del testimonio, traducción de Mariano RUIZ-FUNES, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962.
- 57 GORPHE, François. Las resoluciones judiciales: estudio psicológico y forense, traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.
- 58 GOSSEL, KARL-HEINZ. “Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en el proceso penal ante el estado de derecho. Estudio sobre el Ministerio Público y la prueba pena, Grijley, Lima, 2004.
- 59 GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 60 GUARIGLIA, Fabricio. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Buenos Aires, Editores Del Puerto. 2005.

- 61 GUASP, Jaime. Derecho procesal civil, tomo I, Civitas, Madrid, 1998.
- 62 GUZMÁN FLUJA, Vicente. Anticipación y preconstitución de la prueba, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- 63 GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- 64 HAIRABEDÍAN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penall, Ad.Hoc, Buenos Aires, 2002.
- 65 HAMILTON CASTRO TRIGOSO. “La prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano”, Jurista Editores E.I.R.L., Primera Edición Marzo, 2009.
- 66 HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho penal, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984.
- 67 HENDLER, Edmundo. La regla de exclusión en Inglaterra, Nueva Doctrina Penal, 2000/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

- 68 HERMOSO LARAGOITI, Héctor. Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México”, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México. 2011.
- 69 IBARRA PALAFOX, Francisco. “Contra la impunidad. Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. Cuestiones Constitucionales, 21, 2009.
- 70 JAÉN VALLEJO, Manuel. La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional, Akal, Madrid, 1987.
- 71 JÄGER, Carlo. Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido Editor. 2003.
- 72 Jurisprudencia 1a./J. 21/2007, Tomo XXVI, Agosto de 2007, Materia Penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

73 “La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal, MANUEL DEL DERECHO PROBATORIO Y DE LA VALORRIZACION DE AS PRUEBAS EN EL PROCESO ENAL COMUN” Pablo Talavera, Academia de la Magistratura, Primeria Edición – Marzo 2009.

74 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado, Código Procesal Penal, San José, Editorial Jurídica Continental, Tercera Edición, 2006.

75 LÓPEZ-BARAJAS PÉREA, Inmaculada. “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n°. 708, 2006.

76 MAIER, Julio. Derecho procesal penal argentino, Hammurabbi, Buenos Aires, 1989.

77 MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales, Tomo II, Ediciones del Puerto, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

78 MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995.

79 MARTÍNEZ SILVA, Carlos. Tratado de pruebas judiciales, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

80 MASCARELL NAVARRO, María. "La carga de la prueba y la presunción de inocencia", en: Justicia, n° 3, 1987.

81 MAZA MARTÍN, José Manuel. Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y revisión, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

82 MIDÓN, Marcelo. BERIZONCE, Roberto Omar; ESTIGARRIBIA de MIDÓN, Gladis. Derecho probatorio, Ediciones Jurídicas Cuyo. S/N.

83 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1997.

84 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

85 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”, Segunda Edición, J. M. Bosch Editor, España, 2004.

86 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, José María Bosch, Barcelona, 1997.

87 MONTAÑES PARDO, Miguel. La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1999.

88 MONTERO AROCA, Juan. “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad) (1)”, en: MONTERO AROCA, Juan (dir.): La prueba, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

- 89 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- 90 MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO. Derecho Jurisdiccional. Tomo III. Proceso Penal, Valencia, última edición.
- 91 MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- 92 MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Indicios probatorios en los escritos de alegaciones”, en: Revista Jurídica de Catalunya, nº 3, 1969.
- 93 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Editorial Praxis, Barcelona, 1993.
- 94 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho procesal civil, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- 95 PARDO IRANZO, Virginia. La prueba documental en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- 96 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas en La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007.
- 97 PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Teoría de la prueba y Derecho penal, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- 98 PÉREZ SARMIENTO, Eric. “Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal”, Temis, Bogotá-Colombia, S/P.
- 99 PICÓ I JUNOY, Joan. El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- 100 PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. Tratado de Derecho procesal civil: proceso declarativo, proceso de ejecución, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1985.
- 101 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles, tomo I, Atelier, Barcelona, 2008.

- 102 RICCI, Francisco. Tratado de las pruebas, tomo I, traducción de Adolfo BUYLLA y Adolfo POSADA, Editorial La España Moderna, Madrid, 1880.
- 103 RIVES SEVA, Antonio. La prueba en el proceso penal, doctrina de la Segunda Sala del Tribunal Superior, Aranzadi, 2ª ed., Madrid, 1996.
- 104 ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho procesal civil, tomo II, traducción de Ángela ROMERA VERA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- 105 SALAS CALERO, L. Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos». Revista Poder Judicial, 66, 2002.
- 106 SANTIAGO SENTÍS, Melendo. Librería Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1996.
- 107 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Agosto de 2007, Materia Penal, Novena Época.

- 108 FLORIÁN, Eugenio. Delle prove penali, Instituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1961.
- 109 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “De la prueba de las obligaciones”, en ALBALADEJO, Manuel (dir.): Comentarios al Código civil y compilaciones forales, tomo XVI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- 110 SILVA FORNÉ, Diego. La Codificación Penal y el Surgimiento del Estado Liberal en España, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 2º época, Nº 7, enero 2001, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.
- 111 SILVA MELERO, Valentín. La prueba procesal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- 112 SILVA MELERO, Valentín. La prueba procesal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- 113 TOMÉ GARCÍA, José Antonio. Derecho procesal penal (con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, et al.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

- 114 VÁZQUEZ SOTELO, José. “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, en: Revista Jurídica de Catalunya, nº 2. 1984.
- 115 VÁZQUEZ SOTELO, José. “La prueba en contrario” en las presunciones judiciales”, en: Revista Jurídica de Catalunya, nº 4. 2001.
- 116 VEGA TORRES, Jaime. presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993.
- 117 VEGAS TORRES, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993.
- 118 VELASCO NUÑEZ, Eloy. Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)». Revista General de Derecho, núm. 624, septiembre, 1996.
- 119 VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos. Curso de Derecho procesal penal, tomo II, Artes Gráficas Helénicas, Madrid, 1962.

- 120 DÍAZ CABIALE, José Antonio. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Editorial Comares, Granada, 1996.
- 121 VILLEGAS RODRÍGUEZ, Manuel. “La presunción como prueba en el derecho y el derecho de presunción de inocencia”, en: Anuario jurídico y económico escurialense, nº XXV. 1993.
- 122 WACH, Adolf. “El sistema de prueba”, en: Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, traducción de Ernesto KROTOSCHIN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.
- 123 WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.