

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



**LA ACTIVIDAD PROBATORIA FRENTE A LA PRUEBA
PROHIBIDA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO**

PRESENTA:

DANIEL FEDERICO CHOWELL ARENAS

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, 2020



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
PROGRAMA DOCTORAL



TESIS

**LA ACTIVIDAD PROBATORIA FRENTE A LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO**

PRESENTA

DANIEL FEDERICO CHOWELL ARENAS

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR CON
ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

DIRECTOR DE TESIS

DR. HELIO IVÁN AYALA MORENO

Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, 2020.

DEDICATORIA

Cuando uno toma la determinación de emprender los estudios de doctorado con la idea de generar un conocimiento nuevo y, en base a la necesaria lectura de mucha literatura, que inclusive se ignora que existe y que en muchas ocasiones es difícil de conseguir o de entender, o de especializarse en determinada área del conocimiento, la verdad es que uno se encuentra tan sólo al inicio de un gran universo que se expande y que, cada vez, se complica más y más, a cada paso que se da, la meta se ve más lejana y más ardua de conseguir.

Después todos estos años que representan el haber emprendido el doctorado que la Universidad Autónoma de Nuevo León en concierto con la Universidad De La Salle Bajío, convocaron en materia de Derecho con orientación en Derecho Procesal, ha llegado por fin el momento de defender el documento que materializa esos esfuerzos de los que debo reconocer que no son exclusivamente de una persona, y es justo, digno y merecido hacer un reconocimiento a las personas e instituciones que coadyuvaron en la forja y culminación de este proyecto vital. Admito que las palabras siempre serán pocas ante la gratitud que tengo con ustedes y a quienes pudiese omitir en mi debilidad humana, pero tengan la certeza que tienen un pleno reconocimiento en mí.

Al Dios Padre Creador, vivo en mí, a pesar de lo vaporoso que soy, tu perfección y poder eterno me ha permitido entender precisamente lo débil y frágil que soy sin Ti; Padre Creador, gracias por bendecirme perpetuamente y, agradeciéndote en lo que yo pueda valer ante ti, por permitirme terminar este trabajo.

A mi hermosa esposa Marcela Lilián, mi gran amor, acompañante e impulsora en este y todos los proyectos serios y las locuras que emprendo, quien diariamente me enseña con su ejemplo que cada acción que efectuamos, genera vibraciones que se comunican en el universo y en la eternidad, y que tarde que temprano regresan a quien las creo, con una extraordinaria intensidad, no tengo más que decirte que te amo y pedirte que sigas siendo ese vital acompañamiento.

A mis adorados Dany, Sam y Lili, motivos de amor pleno, recíproco, perpetuo y sin igual, por toda la motivación que generan diariamente en mi vida desde antes de que nacieran, confiando en que por lo valioso que comprende su persona, han de ser ustedes lo que quieran alcanzar, esperando haber cumplido con el ejemplo.

A mi madre Rocío, a Nidia y a Danielito, a mi hermano Manuel por la felicidad que avivan en mi ser.

A mis compañeros, en especial a Gustavo Hernández, quien me motivó a continuar con el proyecto y me brindo su amistad sincera y alegre y la asesoría para culminar los pasos que siempre faltaban; a Toño Guerrero, siempre en nuestro apreciado recuerdo, y a aquellos que de alguna u otra forma me tuvieron paciencia y siempre brindaron sus talentos y gentileza para apoyarme.

A mi amigo el Doctor Francisco Galván González, quienes por amistad siempre está al pendiente de lo que hago y siempre me brinda sus recomendaciones y opiniones generosas que sirven para nutrir y mejorar los trabajos que emprendo, también, porque no, por las consabidas discusiones con las que no llegamos a nada.

AGRADECIMIENTOS

A mi Director de tesis, Doctor Helio Iván Ayala Moreno, gracias por su acompañamiento, comprensión, sabiduría y ejemplo, su personalidad trasciende y permanecerá en el trabajo académico que desde la academia y en la profesión jurídica haya de emprender.

A mis lectores, los doctores Raymundo Elizondo Leal, Luis Gerardo Lozano Rodríguez, Carlos Charles Manzano, Juan José Aguilar Garnica y Rogelio Barba Álvarez en mucho siempre he de agradecer sus consejos, aportaciones y el favor de haberme conducido y motivado para terminar el proyecto. De manera muy especial un gran agradecimiento al Doctor José Zaragoza Huerta, por su guía y enseñanzas, por compartir su gran visión universal y humana de la vida

A los estimados maestras y maestros doctores que nos guiaron y orientaron en esta gran experiencia y ardua tarea de estudiar un doctorado y culminarlo con el producto material de todas esas enseñanzas y conocimientos compartidos y asimilados, que nos enseñaron a examinar al proceso jurídico con profundidad y seriedad más allá de lo que significan las normas que integran procedimientos y sus explicaciones superficiales.

Al personal académico y administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, gracias por todo el apoyo, y a los Doctores que integran su claustro de Doctores que en las revisiones de los seminarios me dieron sus enseñanzas, aportaciones y correcciones.

Al personal académico y administrativo de la Universidad De La Salle Bajío, campus Campestre de la Facultad de Derecho, quienes siempre estuvieron atentos a nuestras necesidades académicas y su trato gentil y humano deja una gran huella en mí.

ÍNDICE

CAPITULO I	9
METODOLOGÍA APLICADA A LA INVESTIGACIÓN	9
1.4.1. Tipo de Hipótesis	13
1.4.2. Comprobación de la Hipótesis	14
1.5.1. Objetivos Generales	14
1.5.2. Objetivos Específicos	14
1.7.1. Delimitación espacial	15
1.7.2. Delimitación Social	15
CAPITULO II	19
ALCANCES DE LA PRUEBA	19
2.1. LOS HECHOS COMO PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA	19
2.2. EL PROCESO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA	20
2.3. DEFINICIÓN DE PRUEBA	22
2.4. FINES DE LA PRUEBA	32
2.6. DERIVADOS CONCEPTUALES	38
2.6.1. Prueba Prohibida	39
2.6.2. Prueba Ilícita	39
2.6.3. Prueba Irregular	39
2.7. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA ACTIVIDAD PROBATORIA	40
2.7.1. Legalidad	40
2.7.2. Proporcionalidad	41
2.7.3. Motivación	41
CAPITULO III	42
LA PRUEBA PROHIBIDA	42
3.1. GENERALIDADES DE LA PRUEBA PROHIBIDA	42
3.2. ANTECEDENTES	43
3.3. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA	48
3.4. EL VALOR PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	49
3.5. CRITERIOS EN CUANTO A LA PRUEBA PROHIBIDA	51
3.5.1. A favor de admitir la prueba prohibida	52

3.5.2. En contra de admitir la prueba prohibida.	52
3.5.3. Posturas Eclécticas	53
3.5.4. Consecuencias de la prueba prohibida	53
3.6. CUALIDADES DE LA PRUEBA PROHIBIDA	56
CAPITULO IV	61
CONNOTACIONES DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL	61
4.1. ALCANCES GENERALES	61
4.2. ALCANCES DE LAS FUENTES INDEPENDIENTES	65
4.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE DE LA PRUEBA	67
4.4. LA BUENA FE FRENTE A LA PRUEBA PROHIBIDA	69
4.5. INTERPRETACIÓN JURÍDICO- CRIMINOLÓGICA COMO SUPUESTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA.	75
4.6. PRUEBA ILÍCITA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	77
4.7. NEXO CAUSAL ATENUADO Y PRUEBA PROHIBIDA	81
4.7. ALCANCES EN LA DESTRUCCIÓN EN LA MENTIRA DEL IMPUTADO	85
4.9. ALCANCES DE LA FUENTE INDEPENDIENTE	88
CAPITULO V	90
EL DERECHO MEXICANO Y LA PRUEBA PROHIBIDA	90
5.1. ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL	90
5.2. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	92
5.3. JURISPRUDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE LA PRUEBA	94
5.3.1. ORIGEN INDEPENDIENTE Y SUS EXCEPCIONES	95
5.3.2. ENLACE ATENUADO	105
5.3.3. EXCEPCIONES DEL DESCUBRIMIENTO INDEPENDIENTE O INELUDIBLE	107
CAPÍTULO VI	111
LA ANTIJURIDICIDAD DE LA PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO A LA LUZ DE SUS EXCEPCIONES	111
6.1. LA REGLA COMO EXCEPCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE LA PRUEBA DESDE UNA VISIÓN NORTEAMERICANA	111
6.1.1. LOS LÍMITES DE LAS REGLAS COMO EXCEPCIÓN EN LA SEPARACIÓN DE LA PRUEBA EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	114
6.1.3. DESCUBRIMIENTO INELUDIBLE	121

6.1.4. LAS EXCEPCIONES DE LA BUENA FE	121
6.3. LA ANTIJURIDICIDAD COMO EXCEPCIÓN DESDE LA VISIÓN ESPAÑOLA	122
6.3.1. VISTA INTERNA	131
6.3.2. VISTA EXTERNA	132
6.4. LA RELACIÓN DE ANTIJURIDICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA ENTRE ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	143
6.4.1. LA TEORÍA DEL ÁRBOL ENVENENADO COMO RESULTADO DE LA MANIFESTACIÓN	151
6.4.2. LA MANIFESTACIÓN VOLUNTARIA COMO EXCEPCIÓN DEL ACUSADO	153
CAPITULO VII	165
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL DERECHO COMPARADO Y SUS EXCEPCIONES	165
7.1. PRUEBA PROHIBIDA EN CHILE Y EXCEPCIONES	165
7.1.1 LABOR DE INVESTIGACIÓN	166
7.1.2. JURISPRUDENCIA	168
7.2. LA PRUEBA PROHIBIDA EN COLOMBIA Y EXCEPCIONES	172
7.2.2. JURISPRUDENCIA	175
7.3. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN ALEMANIA	186
7.3.1. JURISPRUDENCIA	187
CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFÍA	198

CAPITULO I

METODOLOGÍA APLICADA A LA INVESTIGACIÓN

1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Cuando hacemos referencia a la prueba, es necesario mencionar, tal como lo afirma la doctrina procesal penal, que en un inicio el proceso penal, era a iniciativa de la víctima, a lo que se conoce como la acción penal privada dentro de un sistema acusatorio puro- como el caso del proceso penal que se desarrolló en Grecia -; esta situación ha ido cambiando con el pasar de los tiempos, y es que, hoy se concibe el proceso penal acusatorio, desde una contienda de las partes, frente a un tercero imparcial que resuelve sobre el fondo del asunto, de ser el caso. Incluso muchas veces dejando a la víctima de lado, importando solo la relación entre quien infringe la ley y el estado, sobre esa relación se lleva el proceso penal en la actualidad.

Cuando se hace referencia a una cuestión de pruebas dentro del proceso penal, necesariamente, debemos hacer una relación entre prueba y derechos humanos. En esa línea de ideas, algunos tratadistas entienden que los pilares que inspiran al sistema acusatorio es toda proscripción de la indefensión de una persona, a menos este es el sentido de la reforma constitucional en México. En contraposición podemos decir que, en un sistema mixto, no se garantizaban estos derechos, cuando no había una división de las funciones en cuanto a la investigación y a quien juzga.

La idea de un sistema acusatorio puro, ha sido superada, es decir, los alcances que tenía el proceso en la antigua Grecia, han desaparecido, debido a que, el proceso que nos rige es con tendencia adversarial, así lo entienden profesores como Alberto Binder, lo que hace posible que el juez frente a su función como garante de los derechos humano, ya no es, un tercero que observa el actuar de las demás partes, sino que, en alusión al principio *Iura Novit Curia*, puede intervenir en el proceso, no para ofrecer pruebas de oficio, sino para garantizar la debida práctica de las que han sido admitidas.

Así también debemos considerar que, aunado a los derechos humanos, también se deben considerar a los principios que inspiran al proceso penal, los cuales, deben considerar todo aspecto procesal, frente a la protección de la dignidad humana, como eje central de todo el ordenamiento jurídico. De lo contrario, no tiene sentido tener un sistema garantista si en la práctica, no se respetan los presupuestos esenciales, más aún cuando se trata de valoración probatoria. Por ello, en este trabajo de investigación se analizará lo concerniente a la actividad probatoria, en cuando a los derechos fundamentales, más aún cuando hacemos referencia a la prueba prohibida.

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. Hechos

Las cuestiones que tienen que ver con la prueba en el proceso penal siempre ha estado en discusión; no existe ningún sistema de justicia penal, que haya dado con la solución a este problema, que lleva inmerso el respeto por la dignidad humana de toda persona sujeta a proceso penal. Así lo entiende el profesor Muñoz Conde, cuando afirma que: uno de los grandes problemas dentro de un proceso penal es determinar un mecanismo o medio que, desde la óptica de la afirmación de un hecho delictivo conduzca a la verdad material para, de esa manera, poder llevar los hechos a la mente y valoración del juez; sin embargo, dicho esfuerzo de reconstruir una realidad, no siempre puede llevarse a cabo, sin graves riesgos de brindar una postura errada de la verdad, dado que, nadie posee facultades divinas para ver el pasado, y los medios utilizados están muy lejos de ser perfectos (Muñoz Conde, 1967).

La prueba debe servir para recrear en el juzgador la verdad procesal de los hechos, y digo procesal, porque difícilmente, el juzgador puede llegar a la verdad real de los hechos, cuando ya han pasado un tiempo determinado. A eso el profesor Echandía entiende que: Tal es así que un jurista reconstruye el pasado, para ver quien tiene

la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes, labor parecida a la de un historiador, pero la diferencia está en realidad, en las consecuencias del resultado obtenido: las del juez o legislador son imperativas vinculantes, en sus distintas condiciones concretas o abstractas (Mixan Mass, 2008); siendo un método general para la reconstrucción de los hechos o actos el método judicial probatorio, lo que implica que las partes deben proporcionar las pruebas conforme a la teoría del caso que están ofreciendo al juzgador, como una forma de reforzar lo afirmado, de ahí los principios de idoneidad y certeza de la prueba.

Es necesario considerar que la prueba, constituye la zona, no solo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba por la libertad que cuentan las partes en la obtención, por ello, se necesita de un juzgador garante que examine la obtención de la prueba acorde a los derechos fundamentales. Es por eso, que solo se debe considerar como prueba aquella, que va dirigida a formar convicción del juez sobre la realidad de los hechos penalmente relevantes (Sentís Melendo S. 1957).

1.2.2. Causas

Los especialistas en materia procesal penal, están de acuerdo al afirmar que, la prueba es una de las instituciones más álgidas, debido que de ella se desprende la culpabilidad o la inocencia de una persona, lo que implica que, la prueba es lo único que puede devastar el principio de presunción de inocencia de cualquier imputado, por lo que busca la prueba es el convencimiento sobre lo ocurrido en un hecho o dicho de otra manera, la certeza jurídica. En este sentido, la prueba no solo debe estar destinada a la comprobación de la responsabilidad de una persona, sino incluso la inocencia de una persona.

Se ha dicho que, la prueba se convierte en el vínculo que el juzgador tiene con los hechos que han ocurrido en un espacio y tiempo, por lo que, corresponde a él hacer uso conforme a las reglas de la sana crítica y conforme a la formación que tiene

para evaluar la absolución del inculpado si la prueba no queda suficientemente demostrada. Lo anterior es una exigencia del principio de legalidad que impide al juez ir más allá de los límites que establece el propio sistema procesal. Es en ese contexto, que debemos enaltecer la validez o invalidez en el desarrollo del proceso penal de la prueba, como una forma de medir las exigencias del mismo, de acuerdo, a la proposición que corresponde al órgano judicial al actuar frente a la prueba, por lo que en todo momento nos debemos guiar bajo la idea que probar es realizar un traslado de los hechos y reproducirlo de manera coherente frente al juzgador.

1.2.3. Consecuencia

Dos reformas trascendentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen en la época moderna un replanteamiento en la forma de pensar, decir y hacer en el derecho procesal penal. La primera, de dieciocho de junio de dos mil ocho, a los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo. Mediante la cual se estableció un sistema procesal penal acusatorio y oral, bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, sobre la base del principio de presunción de inocencia, que entró en vigor, conforme al transitorio segundo de la reforma, según lo estableció la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto.

La segunda de las reformas, de diez de junio de dos mil once, al artículo 1°, en el que se introduce el tema de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales, del cual gozaran todas las personas; así como de las garantías para su protección que se interpretaran de conformidad con esos instrumento legales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, dando lugar, como obligación del Estado, al principio de tutela efectiva en cuanto, en el ámbito de la competencia de todas las autoridades, deben promover, respetar y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a fin de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los Derechos Humanos.

En el tema de la reforma procesal penal, armonizada con la reforma de tutela de los Derechos Humanos, ambas encuentran su fundamento en la Constitución y en los Tratados Internacionales en que el Estado Mexicano es parte, para conformar en el sistema judicial, específicamente en el derecho de acceso a la justicia penal, el bloque de constitucionalidad.

Dos instrumentos internacionales resultan importantes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que en sus artículos 14 y 8, respectivamente, establecen como derechos vinculados al derecho penal y garantías judiciales a favor del imputado: ser oído públicamente por un tribunal competente; autonomía, independencia e imparcialidad judicial; presunción de inocencia; plena igualdad en reconocer la naturaleza y causa de la imputación; disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; ser juzgado sin dilaciones; estar presente en el proceso y se le nombre defensor de oficio gratuito; interrogar a los testigos; contar con interprete; no declarar en su contra; interponer los recursos; no ser juzgado nuevamente por los mismos hechos; y, ser juzgado en audiencia pública. Las cuales constituyen, derechos y garantías, que preservan el debido proceso.

1.3. FORMULACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es el alcance de la actividad probatoria frente a la prueba ilícita después de las reformas constitucionales en el sistema jurídico mexicano?

1.4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

El alcance de la actividad probatoria, bajo los alcances de la prueba prohibida, se debe considerar que para obtener la obtención de la prueba debe respetarse las garantías del debido proceso, teniendo como límite los derechos fundamentales de lo contrario podría causar un estado de indefensión, afectando en gran medida la dignidad de la persona humana.

1.4.1. Tipo de Hipótesis

Para la realización de esta investigación, se ha considerado necesario trabajar con una hipótesis plausible, debido a que estas son hipótesis fundamentadas, pero sin

contrastar. Es una conjetura razonable que no ha pasado la prueba de la experiencia, pero que, en cambio, puede sugerir las observaciones o los experimentos que servirán para la contratación.

1.4.2. Comprobación de la Hipótesis

Para comprobar esta hipótesis, se apuesta por la verificación de los datos que se proporcionen a través de los distintos instrumentos cualitativos de investigación, lo que va a permitir, obtener mejores resultados, puestos en las conclusiones. Además, para lograr la comprobación se ha destinado seguir con tres rubros importantes. Las proposiciones que se investigan son claras y a la vez comprobables. Frente a las proposiciones claras, es necesario, por tanto, someter a la hipótesis a evaluaciones rígidas, con el fin, de hacer fehaciente el rigor metodológico. Bajo ningún supuesto, se deja sentada la posición que la hipótesis que se presenta no pueda ser negada por futuras investigaciones. Por tanto, se comprobará describiendo el uso de las variables, que los actores doctrinales realicen de las mismas.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Objetivos Generales

Diagnosticar los alcances de la actividad probatoria frente a los alcances de la prueba ilícita en el sistema de justicia penal mexicano.

1.5.2. Objetivos Específicos

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El inicio de toda investigación parte de una problemática que refiere a una necesidad, es allí que cualquier persona puede crear ciencia con la simple actitud de querer lograr una solución al problema, cuya investigación debe ser reconocida y que posee una solución. Por lo tanto, todo científico no inicia de la ficción, sino parte de situaciones reales y que dichos problemas posean relevancia científica dentro de la esfera del conocimiento a disposición.

Teniendo en cuenta que, dicho conocimiento debe ser confirmado y validado por la mayoría, no relativamente por científicos, sino que dicha actitud que posea el investigador sea relevante y no de desconfianza hasta dicho momento. Asimismo, tener cuidado que los hechos o teorías nuevas que se han venido creando deben encajar como parte del conocimiento, si no fuera así, es allí que nuestro problema estaría encajando en un suceso científico. Esa dualidad que existe en las teorías hace posible que la investigación sea acorde a la teoría del proceso penal acusatorio, lo que la hace actual y de mucha trascendencia que sirva para investigaciones futuras, por el rigor científico que se llevará.

En ese contexto, los aportes científicos que presenta esta investigación, servirán como guía para futuras investigaciones en el campo del derecho.

1.7. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Se usa el mecanismo de la delimitación en la investigación: a actividad probatoria frente a la prueba ilícita después de las reformas constitucionales en el sistema jurídico mexicano, debido a que esto, va a permitir reducir cualquier problema relacionado con la estructura de la investigación, lo que implica, enfocar el área de intereses, los alcances y objetivos.

1.7.1. Delimitación espacial

Las cuestiones espaciales de la presente investigación, se realiza desde un análisis descriptivo – analítico en el sistema jurídico penal, contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Nacional de Procedimientos Penales y normas secundarias mexicanas. Así también, se ha desarrollado durante y después de mi estancia en clases del Doctorado en Derecho.

1.7.2. Delimitación Social

Esta investigación, traerá impacto social por la relación que existe entre la justicia penal y la sociedad, tomando en cuenta que las implicaciones de una mala regulación jurídica, tienen su repercusión en la forma de vida de la sociedad.

1.8. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

En el desarrollo de esta tesis, se usarán los tipos de investigación que a continuación se detallan:

1.8.1. Investigación Cualitativa

Dado que en esta investigación se busca describir y explicar un fenómeno o proceso, es decir, descifrar las causas que desatan los hechos dentro de la historia en contexto social.

De igual manera, para la revisión se necesita que dicho lenguaje posea una ubicación teórica que pueda lograr ser contrastada en la investigación; dicha acción lo que busca es lograr abrir las posibilidades para que el investigador pueda pronunciarse a manera de un ensayo, transmitir su hipótesis que esta será una respuesta al problema y una posibilidad de resolverlo de forma anticipada a las interrogantes que se tienen establecidas.

Asimismo, debe existir una constante búsqueda en la forma de argumentar la pauta teórica que pueda servir de ayuda para así lograr exponer el resultado que expresan los datos, de esa manera poder afirmar nuestra hipótesis o cuestionarla. Dicha teoría puede impulsar las definiciones que otros autores designan a los hechos sujetos a investigación, sin embargo; el investigador partiendo de la hipótesis planteada, debe argumentar que tiene que someter su posible solución a una comprobación desde el acopio de los datos hacia el análisis de los resultados que se relacionen a los comportamientos posibles.

1.9. ELECCIÓN DE TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Es toda una problemática la obtención de información, así como el abordaje de la realidad desde una perspectiva científica es muy compleja, debido a la incertidumbre y dinámica que es la sociedad, lo que hace un poco difícil cada fenómeno social, más aún cuando nos referimos al derecho, debido a la evolución que existe en cada realidad. A manera de ejemplo, son las reformas a las que estamos acostumbrados en nuestros países, en materia de justicia penal, como bien

se sabe, dentro del Congreso de la Unión se discute una profunda reforma en esta parte del derecho que se arguye que revolucionara a lo que hemos llamado en un momento proceso penal de corte acusatorio.

En consecuencia, considero que tenemos que posicionar bien el objeto de estudio para lograr obtener mejores resultados, utilizando los métodos necesarios que se acerquen a una realidad dinámica. Por ello, y a modo de conclusión, es necesario que entendamos que las ciencias sociales, en la búsqueda por estudiar los fenómenos sociales producidas por el hombre, se hace compleja por las aproximaciones.

Utilizar las formas de obtener la información, es una cuestión, que debo manejar en este proceso de investigación, para entender que vamos a encontrarnos con una variedad y a la vez con una rigurosidad por los métodos que se establecen. En ese sentido generar teorías científicas como resultado de una investigación social, nos va a llevar a la reflexión de la variación de las conductas sociales. Para ello, es necesario que tengamos suficiente material bibliográfico, de estudios que se hayan realizado y que estos cuenten con una comprobación de la hipótesis o si es una negación que se encuentre la argumentación necesaria.

1.10. METODOLOGÍA

Para lograr los objetivos, se ha creído conveniente trabajar con dos tipos de investigación: Investigación cualitativa, por la razón que buscamos una descripción de la doctrina en cuanto al tema objeto de la investigación. Esta investigación es descriptiva puesto que, durante el desarrollo, describiremos todas las implicaciones de la valoración probatoria en el sistema penal acusatorio adversarial en México, para fundamentar la hipótesis de esta investigación.

Debo manifestar que esta investigación se va a desarrollar en dos enfoques uno de manera teórica, en donde se revisaron la doctrina especializada, a través de libros, revistas, periódicos, informes, fuentes de internet y material de hemeroteca, con el

fin de descifrar las variables que hacen posible la explicación teórica -científica de la hipótesis.

CAPITULO II

ALCANCES DE LA PRUEBA

2.1. LOS HECHOS COMO PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA

Es necesario aclarar que el proceso, como fórmula heterocompositiva para la solución de conflictos, tiende a caracterizarse 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.

Por lo tanto, el proceso es aquel instrumento del cual se vale la jurisdicción para actuar, aportando una solución al conflicto planteado, en el que dichas pretensiones de quienes necesiten la decisión judicial se basan en determinadas cuestiones fácticas que según se indica, encuentran apoyo y respaldo en el derecho, y cuya tutela por parte del órgano jurisdiccional persiguen. A lo anterior, García de Enterría indica que el planteamiento realizado “inicia no en función de un conflicto de intereses específicos, para determinar el cual sea menester explicar previamente la norma de decisión, sino simplemente por una inconformidad aislada acerca de la interpretación del texto constitucional relacionado con la competitividad de una ley particular.” (García de Enterría, 2006)

Por otro lado, las partes que intervienen en el proceso tienen la tarea de formular adecuadamente sus respectivas proposiciones tanto de hecho como de derecho ante el órgano jurisdiccional, en otras palabras, deberán exponer su versión de los hechos para que a partir de ahí puedan obtener una calificación jurídica, siempre sosteniendo una pretensión específica. Para esto, los hechos son pieza clave en el proceso, por lo tanto, recae sobre estos la aplicación de la norma jurídica para de la misma manera dar una solución a la controversia. El tribunal, para tales efectos deberá en primer lugar determinar si estos hechos han acontecido en realidad, para

después verificar que estos mismos coincidan con el supuesto fáctico que la norma establece en forma abstracta.

2.2. EL PROCESO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA

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 cuales pretenden su constatación, de forma que sea dable al juzgador formar su convicción y emitir una decisión que satisfaga las pretensiones deducidas. Por ello, ha afirmado Bentham, que “el llamado arte del proceso no es más que el arte de administrar de la mejor manera las pruebas con que se cuenta. Se entiende que la prueba hace posible que el juez se asegure de lo que ha ocurrido en un caso particular, y a partir de ahí, una vez apreciado el elemento fáctico (que fue quien ocasiono y dio origen al conflicto), se contará con las condiciones necesarias para determinar cuál deberá ser la norma de Derecho aplicable para resolver el caso de manera apropiada.” (Bentham J. 2003)

Resulta evidente el alcance que tiene la prueba en el proceso, su importancia ha sido puesta de relieve en varias ocasiones por la doctrina. Aunado a esto el jurista Devis Echandía, afirma que “la impartición de justicia no sería posible sin la prueba, debido a que si no se contará con la prueba, los derechos fundamentales y subjetivos de un individuo serían meramente apariencia, sin fundamento sólido y sin eficacia, a contrario de la que pudiera obtenerse por mano propia; si este fuere el escenario, el Derecho se encontraría ampliamente expuesto a una irreparable violación y el por consiguiente el Estado no podría cumplir con su función jurisdiccional para asegurar la paz y armonía de la sociedad.” (Devis Echandía, 2002)

Por su parte, el maestro Prieto Castro considera que la prueba “es un elemento fundamental en el proceso, pues se hace obligatorio que consten al juez, para que de tal manera se pueda pronunciar su resolución, tales hechos a los cuales la ley

confiere las consecuencias jurídicas anheladas por el demandante o evitadas por el demandado.” (Prieto Castro, 1985) La prueba, de acuerdo con De Pina, es el “pilar de la teoría del proceso”, a lo que añade que “quien posee un derecho y es falto de los medios probatorios para poder hacer valer tal derecho ante los Tribunales, en caso que fuere necesario, no cuenta más que la sombra de un derecho.” (De Pina, 1942)

De La Plaza, siguiendo el mismo sentido, advierte que “si se tiene que la prueba es una condición necesaria para que cierto derecho ejerza completa eficacia, gozar de él y no disponer de los medios de demostrarlo, lo constituye en prácticamente inoperante”. (De la Plaza, 1945). Asimismo, Muñoz Sabaté afirma, “es casi tanto como inservible para un individuo poseer el derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal necesario no puede demostrar los hechos que integran la hipótesis legal. Por lo tanto, se dice que, quien no logra convencer al juez, cuando su derecho se desconoce o le es negado acerca de los hechos de los que depende su derecho, es considerado como si nunca hubiese tenido tal derecho que se proclama.” (Muñoz Sabaté, 1993)

Por último, es interesante la visión que aporta Florián en cuanto a la prueba, al señalar: “Como fácilmente puede apreciarse, es sabido que esta materia es de gran importancia al constituir gran parte del proceso, por no decir la parte vital del proceso.” (Florian, 1934). Con base a las citas previas destaca principalmente la trascendencia de la prueba como un elemento imprescindible que asegura el ejercicio de los derechos, esto se muestra especialmente en los casos cuando existe duda sobre la titularidad de la prueba y cuando el otorgamiento de la protección jurisdiccional está sujeta de la constatación previa de una determinada situación fáctica. Por lo tanto, se refleja la importante función que la prueba posee dentro del proceso, encargada de formar la convicción del Juez con respecto a las afirmaciones y negaciones emitidas por las partes.

De acuerdo a lo anterior, y partiendo de lo ya expuestas por la doctrina, se intentará encuadrar tres cuestiones concretas en relación a la prueba: el concepto, su objeto y la finalidad de la misma, esto con la pretensión de delimitar, en un inicio, junto a los elementos comunes a los distintos tipos de proceso, esto es, partiendo del estudio de la prueba procesal. Sentís Melendo señala al respecto, que “para realizar un correcto estudio de la prueba deberá de hacerse tratando de no caer en el error de hacer la distinción de si la prueba es civil o penal, de ser el caso se estará incurriendo en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la materia civil que en la materia penal, en materia laboral y en la materia administrativa; y hasta me atrevería a decir que es la misma en la actividad judicial como fuera de ella en la vida cotidiana.” (Sentís Melendo S., 2018)

Por otro lado, observándose desde el punto de vista de la unidad general de la institución, como lo expresa el jurista Devís Echandía “Comparto la opinión de los autores Valentín Silva Melero, Planiol y Ripert y otros, siendo que nada se opone a una teoría general de la prueba, a medida que en ella se distingan aquellos rasgos que, a razón de la política legislativa, ya que no por causas de naturaleza o función, están o pudiesen estar regulados de distintas maneras tratándose de uno u otro proceso.” (Devís Echandía, 2004)

2.3. DEFINICIÓN DE PRUEBA

El arte de probar no es para nada una actividad que se desarrolla exclusivamente en un proceso judicial. Al contrario, esta actividad es realizada en el día a día de todos los individuos que se ven ante la necesidad de probar sus afirmaciones o negaciones. Por tanto, la palabra prueba se utiliza no solo en el campo jurídico, sino en cada aspecto de la vida cotidiana.

De igual manera, es un concepto que trasciende del Derecho, pues, como señala Serra Domínguez, “la imperfección y limitaciones del ser humano hacen necesaria

la continua comprobación de las distintas afirmaciones que son sometidas a consideración del propio hombre".

Respecto al uso del término en el lenguaje común (haciendo referencia a que este excede del ramo jurídico), es Carnelutti quien señala que probar significa "demostrar la verdad de una proposición afirmada, y que la prueba se usa como comprobación de la verdad de esa proposición." (Carnelutti, 1982)

En relación al ámbito jurídico, se ha establecido previamente la importancia de la prueba en el proceso. A partir de ello y respetando dicho criterio Sentís Melendo expresa que "Referente al Derecho probatorio, es necesario no concebirlo como un conjunto de preceptos que dan forma, y aún menos, que tienen la tendencia a limitar la actividad probatoria; a contrario, se encargan de ella como institución enmarcada en el proceso, dando lugar, en primer término, el derecho fundamental a la prueba y el principio de libertad de la prueba, los cuales serán tratados en el momento oportuno." (Sentís Melendo S., 2018)

Respecto a esto, Ferrer añade que: "no es coincidencia que en la cumbre racionalista ciertos autores, entre quienes destacan Bentham y Sentís Melendo, se hayan declarado adversarios del Derecho probatorio, esforzándose por impedir que la actividad probatoria se vea subyugada a límites que la desnaturalicen." (Ferrer Beltrán, 2009)

En tal sentido, explica Ramos Méndez, que "a finales del siglo diecinueve el legislador hizo esfuerzos por distinguir las reglas del procedimiento probatorio, las cuales yacen en la ley procesal, así mismo de las reglas de valoración de la prueba, que están contenidas en leyes sustantivas, empero, las reglas de valoración de la prueba únicamente se pueden emplear en un juicio, por lo tanto se debía ubicar y unificar el tratamiento de la prueba en el campo de los juicios, debiendo así encajar su regulación y su naturaleza con las normas procesales como se intentado hacer hasta el momento." (Ramos Mendez, 2008)

Es importante mencionar que, al respecto Echandía aclara que “en las legislaciones antiguas, como la que se menciona en el párrafo anterior, en la que los cuerpos normativos (materias o ramas del derecho) regulan la forma procedimental de su área, se observa que estas normas no pierden el carácter procesal, debido a que van dirigidas al juzgador. De igual manera, si fuesen las partes quienes opten por actuar según lo establecido en las normas, con el propósito de evitar el litigio, lo harán teniendo en cuenta que el juez ordenara el cumplimiento de estas, si es que se llega a suscitar.” (Devis Echandia, 2002)

Ahora bien, con el objetivo de establecer el concepto para “prueba” en el ámbito jurídico, es decir, un concepto que responda a prueba procesal o judicial. La mayoría de los autores definen ésta como la actividad dirigida a proporcionar al Juez aquellos datos necesarios para corroborar la veracidad de las afirmaciones realizadas por cada una de las partes. Por su parte, el doctor Devis Echandía expone los distintos puntos de vista que se han formulado para poder elaborar el concepto, los cuales se expondrán aquí, a grandes rasgos, para así ver el resultado de dicha obra.

Primeramente, al basarse en un criterio objetivo, ciertos autores han limitado la noción de prueba a únicamente los hechos que sirven de prueba a otros hechos. Como ejemplo, el ilustre autor Bentham, señala: “Lo que se entiende por prueba en sentido general es un hecho verídico que pretende aportar credibilidad acerca de otro hecho acontecido. De esta manera la prueba se conforma mínimo por dos hechos distintos; el hecho primigenio, y el hecho denominado probatorio, el cual se empleará para demostrar la veracidad del hecho principal.” (Bentham J., 1825)

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 documento.” (Devis Echandia, 2002)

Una vez analizado el concepto que propone Bentham, sin demeritar la importancia que sus ideas tienen para la investigación, se puede apreciar que este se restringe a una de las vías por medio las cuales se puede tener por corroborado un hecho en el proceso, enfocándose en la “prueba indirecta”, lo 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 puede extraer que el concepto expuesto es por así decirlo, un tanto limitado ya que no abarca la labor de verificación que se origina a través de los datos resultantes de la práctica de las “pruebas directas”, cuya valoración, que está a cargo del juez, le permite determinar o no, la acreditación de las proposiciones fácticas formuladas por las partes, esto sin la necesidad de que exista un hecho previamente probado a partir del cual sea posible establecer la existencia de otro.

Para lograr una mejor comprensión del asunto, se ha tomado a cuenta un segundo punto de vista, si bien, más general, pero a su vez objetivo. Este entiende por prueba todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, es decir, todo medio útil para formar la certeza judicial, incluidos hechos, objetos y actividades.

En Del Giudice, se expone en primer término, que “la prueba compone los medios que el legislador, fundado en la lógica y en la experiencia, considera propios y adecuados para el esclarecimiento de la verdad de los hechos.” (Del Giudice) Por otro lado, en un sentido más objetivo, Fenech indica que, “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 hombre.” (Fenech , 1982) Por su parte, Rosenberg señala que “la palabra prueba no significa únicamente la actividad probatoria, sino también el medio de prueba, entre otras acepciones. Al respecto, las posturas limitan el concepto a la noción de medios de prueba, un componente básico de la prueba, pero no el único.” (Rosenberg, 1955)

Con lo anterior, se observa que los autores se centran únicamente en el aspecto objetivo o formal, dejando a un lado el aspecto subjetivo, referido al resultado buscado u obtenido por medio de éstos en la persona del juzgador ya qué es lo que los medios de prueba aportan al proceso para lograr el resultado. Viendo este desde otro punto, se puede llegar a la conclusión de que se ha pretendido equiparar la prueba, basándose en un criterio estrictamente 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 acontecimientos que configuran el litigio.

Hasta este punto se puede apreciar que la mayoría de los autores coinciden en sus formulados. Por ejemplo, Alsina indicaba que, en ocasiones, la palabra “prueba” designa el estado de espíritu producido en el Juez por los medios aportados. En el mismo sentido, Prieto Castro señalaba que con el término “prueba” se indica, además de otras acepciones, el fin de la actividad probatoria. De igual manera, De Pina afirmaba que por “prueba” se expresa, el grado de certidumbre que operan en el entendimiento del Juez los elementos de convicción. Por otro lado, de acuerdo a Devis Echandía, “desde el punto de vista subjetivo tanto como del objetivo, ambos son de gran relevancia para el lenguaje procesal, debido a que no se puede separar la noción de prueba de los medios designados para aplicarla, de igual manera, es imposible desligarla del resultado que se pretende.” (Devis Echandía, 2004)

Siendo así, resalta que la tercera noción citada omite el aspecto objetivo, cuya inclusión es necesaria para formular un concepto que permita apreciar a profundidad, qué es prueba y qué se entiende comprendido en ella. Por lo tanto, surge un cuarto punto de vista, a modo de resumen sobre 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 obtendrá en la mente del juzgador. En el mismo sentido, 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.” (Guasp, Derecho Procesal Civil Tomo I, 1998)

Del anterior concepto que aporta el maestro procesalista español, se pueden apreciar los aspectos de carácter objetivo y subjetivo de la prueba; el primero, hace referencia a los actos procesales por medio de los cuales se incorporan las fuentes de prueba al proceso, y el segundo, destinado a la obtención del convencimiento del juzgador, sobre la veracidad de una afirmación o de una negación realizada por las partes.

Citando a Devis Echandía; “es cierto que el enfoque o punto de vista mixto es el que más autores respaldan y estudian, esto se debe mayormente a que es el único que propone una noción integral respecto a la prueba. En el mismo sentido, cabe mencionar que existen otros dos puntos de vista, los cuales se conocen como jurídicamente inapropiados; el primero se basa en el aspecto objetivo, sin apreciar el medio de prueba o el hecho que le favorezca para probar, en cambio se centra en identificar la prueba con la materia que debe probar o bien, el objetivo de la prueba. El segundo punto de vista, cataloga a la prueba como actividad de comprobación realizada por los sujetos partes del proceso o de terceros, así como el procedimiento en el cual se desarrolla la prueba, confundiendo esta con la manera en que se produce y valora en el proceso.” (Devis Echandia, 2002)

Haciendo referencia al punto de vista del tratadista Echandía, él menciona que las partes hacen o producen la prueba o que el Juez ordena, aprecia y valora la prueba, para así poder referirse, no a los medios que el juez valorará a lo largo del proceso, sino a la actividad de producción o apreciación, esto quiere decir, que la prueba será el resultado o la valoración de los medios de prueba, y no los medios previamente dichos, ni el resultado que con esas acciones resulten. Empero, para la perfecta comprensión de estas frases es necesario emplear una mejor técnica, de tal manera que al emplearse a los medios o motivos de prueba aportados en el

proceso se pueda obtener el convencimiento del Juez sobre los hechos y a la valoración de aquéllos para adoptar la decisión.

Recurriendo al razonamiento del autor, expresado en su obra se aprecia que Florián señala que: Los aspectos que componen la noción de la prueba son tres: 1) Su presentación formal, es decir, los medios que hacen posible llevar al juez el conocimiento de los hechos y sucesos. 2) El contenido sustancial, son los motivos y justificaciones deducibles de los medios y afirmaciones, encargados de confirmar o no las afirmaciones alegadas por las partes. 3) Resultado subjetivo, esto es el convencimiento que se espera obtener en el juez. (Florián, 1982)

Es importante señalar que el primer aspecto es completamente separable de demás, para distinguir así lo que se entiende por “medio de prueba” específicamente. El tratadista y maestro Echandía, haciendo tal distinción, explica: “En este sentido estricto, se entiende por pruebas judiciales aquellas razones o motivos que llevan al juez a estar convencido de la certeza de los hechos; por medio de prueba se hace referencia a los instrumentos utilizados por las partes ya sean testimonios o documentos. Es posible que exista un medio de prueba que no contenga prueba alguna, por ende, este mismo no generará certeza.” (Devis Echandia, 2002)

En el mismo sentido, concluye indicando que “se entiende por prueba judicial, en su aspecto general, aquellos medios como pueden ser motivos o razones; por ende, se si se pretende dar un concepto de prueba en su sentido amplio, este deberá reunir ambos puntos de vista.” (Devis Echandia, 2002)

El planteamiento anterior reitera los diversos aspectos que deben estar incluidos en el concepto de la prueba, debiendo hacer alusión 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.” (Montero Aroca, 2007). Es así, que con el objetivo de no caer en repetición y con el propósito de aclarar los conceptos expuestos con anterioridad, es factible dejar establecido que, el concepto de prueba alude a tres nociones fundamentales tales como:

- 1- La manifestación formal de la prueba: la actividad procesal, es decir, aquellos procedimientos empleados para aportar al Juez los elementos útiles para formar su convicción.
- 2- Su resultado subjetivo: la certeza del juzgador, que se traduce al convencimiento acerca de la constatación o no del enunciado fáctico en el cual se funda el proceso;
- 3- El contenido sustancial: los motivos o razonamientos que se obtengan de aquella actividad procesal, que si bien, no están expresamente incluidos en el concepto, será prácticamente a partir de estos que el juzgador formará su convicción.

Es evidente que la idea del autor hace referencia a la prueba dentro del contexto del proceso civil, esto se puede confirmar en el título de la obra de donde fue extraído el texto. Por otro lado, atendiendo al proceso penal, para lograr la validez del concepto bastaría solamente el omitir la mención a la posibilidad de que la certeza del juez emane de lo establecido por las normas, ya que en este supuesto no está regido por el sistema de valoración de la prueba legal.

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.” (Maier, 1989) 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”. (Gimeno Sandra, 2007) Para fabricar el concepto, el autor toma en cuenta la intervención hecha por el órgano jurisdiccional que va dirigida a resguardar los principios rectores del proceso, aunado a esto también aprecia la actividad de las partes y, particularmente, la actividad probatoria.

Para Gómez De Llaño, 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.” (Gómez de Llaño González, 2004). Por su parte, Tomé García explica que la prueba es “la actividad procesal, de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral.” (Tomé García, 2007). 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”. (Armenta Deu, 2003)

De las ideas expuestas anteriormente se pueden notar ciertas características que distinguen al proceso penal, tales como los principios que lo forman o bien la exclusividad que surge de la etapa de juicio oral para la práctica de la prueba. Gómez de Llano “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 inocente.” (Gómez de Llaño González, 2004)

Por su parte, Ramos Méndez es claro al explicar que “la mayoría de los autores coinciden que el concepto de prueba va se caracteriza al ser a una actividad incorporada al litigio. Sin embargo, tal actividad no se limita únicamente al acto procesal, es más bien, una actividad que posee un fin específico: generar la

convicción del juzgador en torno a las afirmaciones o negaciones planteadas por las partes.” (Ramos Méndez, 2008) Cabe agregar que, partiendo de lo anterior, se descartan los conceptos que pretenden incluir como finalidad de la prueba el buscar la verdad, aunque más adelante se profundizara en este aspecto.

Continuando con el punto anterior, es necesario apuntar que existen dos elementos que funcionan como punto de partida para la elaboración de un concepto de la prueba judicial: 1) La actividad procesal, y 2) La finalidad que se persigue, que es lograr la convicción del juez, en torno a las afirmaciones o negaciones planteadas por las partes.

Cuando se habla de la “actividad procesal” es necesario averiguar si se trata de actos de parte, del órgano jurisdiccional o de ambos. Por tal motivo, por lo que concierne a los sujetos envueltos en el conflicto, no hay mayor controversia al respecto, pues claramente la actividad probatoria es, indicadora de un acto de parte.

Ante las anteriores consideraciones, y teniendo como base los principios que aporta el modelo acusatorio de proceso penal, es válido apuntar, que principalmente la función del Juez gira en torno a ejercer la potestad jurisdiccional, dicho de otra manera, su principal función es juzgar, determinando si se ha logrado comprobar el supuesto fáctico previsto en la norma jurídica, para después determinar la consecuencia basándose enteramente en los enunciados de hecho y en los medios de prueba propuestos por las partes. A esto, afirma Sentís Melendo que en ocasiones “las partes, plantean afirmaciones que brindan certeza al juez sobre lo que se sabe, tales afirmaciones cumplen su función y no pretenden que el juez averigüe, si no que están hechas sobre lo que ya se averiguo, únicamente para que este compruebe que tales afirmaciones encuadran a la realidad. Cuando el juez no cumple con esta misión de comprobación y/o verificación de alegaciones hechas por las partes, si no que cumple una misión diferente, puede asegurarse que no está juzgando.” (Sentís Melendo S., 2018)

Dado lo anterior, es posible generar un concepto de prueba en base a los términos siguientes: La actividad procesal generada por las partes y por el juez, misma que está encaminada a formar la convicción en la mente del juzgador respecto de la veracidad de las proposiciones establecidas por aquéllas, las cuales proponen que el convencimiento se alcanzará mediante los datos y motivos expresados a través de los distintos medios de prueba presentados.

2.4. FINES DE LA PRUEBA

Es importante indagar un poco más para poder identificar el objetivo que busca la prueba procesal, en otras palabras, que se pretende con la presentada prueba en el proceso. De tal manera, es válido resaltar que existen varias teorías que han pretendido expresar tal finalidad. Algunos autores consideran que la finalidad de la prueba consiste en la “averiguación” de la veracidad de un hecho. Siendo así, que, el profesor Ricci, menciona que “la prueba no es un fin en sí mismo, sino un medio dirigido al descubrimiento de la verdad.” (Ricci, 1880)

Por su parte, el autor Framarino Dei Malatesta, se pronunció al respecto, indicando que “al igual que las facultades de la percepción actúan como fuentes subjetivas de la certeza, las pruebas actúan como fuente objetiva de la verdad. De acuerdo a esto, la prueba es, el medio ideal por el que la verdad llega al espíritu; generalmente existe una relación entre el espíritu del ser humano y la verdad.” (Framarino Dei Malatesta, 1930)

A su vez, Clariá Olmedo, señala que el proceso “es propenso a la adquisición de la verdad con el propósito de rechazar o aceptar las afirmaciones realizadas, sean o no consistentes con la realidad, tal descubrimiento de la verdad es obtenido a través de las pruebas integradas en el proceso.” (Clariá Olmedo, 1966)

De igual manera, para el maestro 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”. (Martínez Silva, 1947)

Para muchos autores, la búsqueda de la verdad se ha categorizado como algo imposible de alcanzar, y la doctrina en cierta manera así lo reconoce. A ejemplo de ello, el profesor Jaime Guasp indica que, “lo que define a la prueba como esa actividad que pretende demostrar la verdad o falsedad de una afirmación realizada por alguna de las partes en el proceso, es meramente de carácter teórico, ya que en la práctica es casi imposible obtener esta demostración.” (Guasp, 1956)

Igualmente, Montero Aroca apunta que en la actualidad, “la mera propuesta por descubrir la verdad ya se considera demasiado ambiciosa, y no sólo por los obstáculos con los cuales se pueda enfrentar un individuo para alcanzar tales verdades, aunado a ello se debe tomar a consideración que el proceso responde a una larga serie de principios que igualan la importancia de la búsqueda de la verdad, entre los que menciona la condición de tercero del Juez, la contradicción, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.” (Montero Aroca, 2007)

Para el procesalista Couture Etcheverry, partiendo desde la óptica 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 aquéllas.” (Couture Etcheverry, 2010). De tal manera, Díaz Cabiale afirma que “con la introducción del racionalismo cartesiano y aunado al movimiento empirista filosófico, se planteó que el ser conocimiento humano nunca fuese capaz de distinguir la realidad fuera del error. Estas ideas generaron influencia en los conceptos procesales de la prueba.” (Díaz Cabiale J. A., 2005)

Una vez expuesto lo anterior, se puede decir que la convicción judicial es el objetivo que busca alcanzar la prueba en cualquier clase de proceso, sin olvidar que en el proceso penal surge del convencimiento psicológico del juez, y esto se debe al sistema que existe de libre valoración de la prueba, sin embargo, en el proceso civil, teniendo en cuenta el sistema de valoración de la prueba legal, tal convicción tiene la posibilidad de surgir del convencimiento psicológico del juez o bien de las normas legales que establecen previamente cuándo es que nace dicho convencimiento.

De acuerdo con Miranda Estrampes, “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 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 verdad, arribar al convencimiento psicológico de que así es.” (Miranda Estrampes, La mínima actividad probatoria en el proceso penal, 1997)

En otras palabras, esto refiere a la teoría que encomienda a la prueba el objetivo de generar el convencimiento del juez, de tal manera que responde a la naturaleza y a la realidad de la prueba en el proceso. Gorphe François hace la afirmación siguiente: “si la verdad tuviese siempre un carácter diferente del error, que no es más que su contrario, distinguirla de él sería un simple juego”. (Gorphe François, 1962). Sin embargo, la realidad es otra, es tal, que la distinción entre verdad y error puede considerarse imperceptible, y aún más si se tiene en cuenta que en un proceso judicial, en el cual se decide que ha de corroborar la exactitud de ciertas afirmaciones o negaciones formuladas previamente por las partes, la situación puede complicarse aún más.

Es acertado decir que el juez posee la capacidad a partir de las pruebas aportadas decidir si una afirmación o negación es acertada o no lo es, sin embargo, cabe la

posibilidad de que la decisión tomada por el juez no encaje en la realidad. Ahora haciendo un paréntesis, vale la pena mencionar que el derecho en efecto, reconoce la posibilidad del error judicial, un exponente de este tema, como lo es el maestro Pallín menciona al respecto que “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.” (Marín Pallín, 2009)

De tal manera, no es correcto hablar de la “verdad” en términos de la prueba procesal. De cualquier manera, el objetivo de la prueba se cumplirá cuando el juez esté convencido de que cierta afirmación encaja con lo aconteció, o bien que no encuadra con lo acontecido.

Respecto a la “convicción judicial”, Zeferín Hernández señala que “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.” (Zeferín Hernández, 2016)

Lo anterior lo complementa Miranda Estrampes; “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.” (Miranda Estrampes, 1997)

Continúa Montero Aroca y apunta que si bien, en el proceso civil la carga probatoria decide que el que afirma o niega algún hecho deberá probarlo. Para explicar ampliamente esto, señala que “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. Y a modo de resumen, 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.” (Montero Aroca, 2007)

A raíz de esto, cabe señalar, que, en lo relacionado al proceso penal, tal estado de convicción judicial pretendido por medio de la prueba será alcanzado si se logra señalar que se ha erradicado la presunción de inocencia del acusado, y descartar de las conclusiones del juez cualquier tipo de duda razonable. A lo anterior, Taruffo añade; “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.” (Taruffo, 2002)

2.5. SOBRE EL OBJETO DE LA PRUEBA

Al respecto el profesor Devis Echandía, indica que el objeto de la prueba “tiene relación con aquello que puede ser probado en general, noción abstracta y objetiva, sin limitarse a los problemas concretos de cada proceso. La 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 hecho.” (Devis Echandia, 2002)

Por su parte Carnelutti, señala “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.” (Carnelutti, 1982). Profundizando un poco más acerca de los hechos como fenómenos ajenos al individuo Serra Domínguez aclara que “lo que requiere ser probado son las afirmaciones relacionadas con esos hechos.” (Serra Domínguez, 1998)

Ahora bien, es posible que un hecho exista o no, haya ocurrido o no, sea verdadero o falso, resulta imposible reproducir el hecho ya que ahora solo es un recuerdo, la única manera de tratar de reconstruir dicho suceso es con la prueba ya incorporada al proceso. Por lo tanto, en términos de la prueba, lo que conviene es referirse a los enunciados, es decir, afirmaciones o negaciones del hecho. A esto se le conoce como “la verdad o falsedad de los enunciados sobre hechos en el litigio”.

Respecto a tal idea, la explicación que imparte Sentís Melendo resulta detallada, ya que este señala: “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”. (Sentís Melendo S., 2018)

Castillo Cortés añade que “el objeto de la prueba en el proceso son los hechos y no las simples afirmaciones, toda vez que aquellos se constituyen en los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado trámite, por lo que corría a cargo de los extremos litigiosos buscar la comprobación de las pretensiones y las excepciones, es decir, la carga de la prueba entendida como “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tiene para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.” (Castillo Cortés, 2010)

Siendo así, para Climent Durán, “la valoración probatoria consiste en la comparación entre las afirmaciones básicas o iniciales, formuladas por las partes, y las afirmaciones instrumentales obtenidas de los medios de prueba; el análisis permitirá al Juez comprobar si las últimas corroboran o no las primeras.” (Climent Durán, 2005) Por otro lado, Serra Domínguez en su afán de dar claridad a lo expuesto indica 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 últimas.” (Serra Domínguez, 1991)

Definitivamente, el foco central de la prueba, queda claro que son las afirmaciones o negaciones sobre los hechos, y a su vez los enunciados sobre éstos, lo cuales el juez deberá poner en balanza al margen con las afirmaciones proporcionadas por medio de la actividad probatoria realizada, para de tal manera generar su convicción respecto de aquéllas, determinando si encajaron en la realidad o no.

2.6. DERIVADOS CONCEPTUALES

Cabe mencionar que la presente tesis no tiene por objeto el establecer la diferencia que yace entre la prueba ilícita y la prueba prohibida, sin embargo, a modo de generar un mejor entendimiento en relación a terminología jurídica se refiere, se hará una breve definición de tales conceptos.

2.6.1. Prueba Prohibida

Para tal concepto de prueba prohibida, Carmona Ruano establece que “dicha prueba afecta los derechos fundamentales, y por lo tanto no puede ser objeto de valoración alguna.” (Carmona Ruano, 2006)

2.6.2. Prueba Ilícita

Reyana Alfaro señala que “esta prueba es obtenida con violación a las normas de menor rango, y en su caso puede ser valorada judicialmente bajo determinados factores y supuestos.” (Reyana Alfaro, 2006) Para propósitos de este estudio se entenderá la prueba ilícita y prueba prohibida como un sólo concepto, esto con el fin de comprender mejor el objeto del estudio.

2.6.3. Prueba Irregular

Como una infracción de las normas comunes o establecidas, es adicionalmente cuando se dañan las normas de procedimiento o la forma regular por la cual se debe pulir una prueba específica.

Carrió Alejandro señala que “el contraste entre la prueba ilícita y la prueba irregular es significativo desde la perspectiva del resultado. Poco a poco, la prueba de que se ha adquirido infringiendo los derechos principales no tiene ningún impacto legal en absoluto y los administradores no pueden estimarla en ninguna capacidad, hasta el punto de que debe eliminarse del procedimiento o examen.” (Carrió, 2000)

Por otra parte, una prueba que solo lesionó una norma de procedimiento, en general, implicará que se invalide esta, sin perjuicio de que pueda usarse para probar algún hecho, y tampoco se podrá tener en cuenta como referencia o punto de partida sobre alguna otra. 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 esencialmente viciada se deriven.” (Tribunal Supremo, 2007)

En realidad, si la infracción es solo uno de los estándares de legitimidad normal que dirige la ejecución procesal de la demostración, se vuelve impredecible o procesalmente inválido, perdiendo la adecuación que podría haber tenido simultáneamente, sin embargo, esto no influye incluso en diferentes actos. del equivalente o la posibilidad de demostrar por diferentes métodos los límites que, en un nivel básico, la demostración inválida habría certificado sin nadie más.

Cabe la pena resaltar que el mismo autor sostiene que esa prueba irregular provoca la nulidad del acto. Como tal, es verificable que la presencia de la prueba infringió la solicitud legal convencional, y por lo cual podría ser indiferente en el marco legal con respecto a un resultado. Sin embargo, también es incuestionable que la consecuencia de abusar de un estándar que percibe un derecho clave no se puede comparar con el efecto posterior de ignorar otro que solo tiene un lugar con la ley convencional.

2.7. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

2.7.1. Legalidad

El principio de la legalidad, como punto de quiebre para la limitación de los derechos, se basa en el artículo 16 de la CPEUM como la delimitación de las fuerzas de cada una de las organizaciones u organismos abiertos; de esta manera, en el derecho procesal penal, es la garantía en la consolidación de la prueba lo que permite que se aplique el estándar de ley, lo que limita el control correccional del Estado.

2.7.2. Proporcionalidad

Díaz Cabiale menciona que “la eficacia de este principio 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 Estado.” (Díaz Cabiale J., 2001)

2.7.3. Motivación

Por otro lado, en México dicho principio se encuentra reconocido en la CPEUM, para evitar la arbitrariedad en la emisión de resoluciones. Alfonso Rodríguez Choconta comenta que “esto 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 vulnerado.” (Rodríguez Choconta, 2014)

CAPITULO III

LA PRUEBA PROHIBIDA

3.1. GENERALIDADES DE LA PRUEBA PROHIBIDA

El dilema primordial que gira en torno a la prueba prohibida está plenamente relacionado con el ámbito de los derechos fundamentales, lo anterior debido a que el hecho de que lo que determina la ilicitud de la prueba es la vulneración de derechos fundamentales al tratar de obtenerse tal prueba. De la misma manera, ciertos autores prefieren referirse a la existencia de un efecto irradiante de las normas constitucionales sobre el resto del ordenamiento jurídico. Por otro lado, el jurista Zagrebelski, “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 converger.” (Zagrebelsky , 2020)

Sin importar el modo, la referencia a la Constitución es forzosa cuando se trata de la prueba ilícita. Welzel apunta a que “la primacía de los derechos fundamentales da origen a la prohibición de valoración probatoria de prueba ilícita, en tal sentido, debe entenderse que aquella deriva de la vigencia de la Constitución, concretamente de la regulación de los derechos fundamentales.” (Welzel, 1976)

Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, existe un vínculo irrefutable, entre la Constitución y los derechos fundamentales y, por otro lado, derechos fundamentales y prueba ilícita. Sin embargo, no se puede ignorar la realidad social ya que es ahí donde deberán de ser aplicadas las normas constitucionales y las relacionadas a la prueba ilícita. Siguiendo esta idea, y en un mismo sentido, afirma Gossel 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.” (Gossel, 2004)

En este conjunto, como lo señala Mascarell Navarro, “los derechos fundamentales que nacieron como derechos de alcance universal, pasan a ser catalogados como derechos de ciudadanía, pasando ésta convertirse en presupuesto de los mismos derechos fundamentales.” (Mascarell Navarro, 1987)

Ahora bien, tratándose de la multiplicidad de denominaciones que han sido utilizadas para referirse a la prueba ilícita, se puede notar que no existe unidad terminológica. Es evidente que para la misma institución se suelen utilizar denominaciones como; prueba prohibida, prueba ilícita, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilegal, prueba inconstitucional. Solamente queda aclarar que cualquiera de los conceptos empleados cumple su función al referirse a tal prueba.

3.2. ANTECEDENTES

Respecto al tema de antecedentes, es importante apreciar y analizar los primeros intentos al tratar de definir “prueba prohibida”, ya que de esta manera se podrán fijar aquellas instituciones y conceptos respecto a la prueba prohibida bien prueba ilícita.

La prueba ilícita o prohibida tiene una inseparable correlación con el concepto de medio de prueba prohibido que es aquel medio de prueba que es, por sí mismo, capaz de suministrar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho considerado delito por la ley y es deducido en un proceso penal, y que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar.

La problemática al respecto pareciera que surge de la norma que consagra la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición procedente de la prueba misma.

De acuerdo Alex Carocca (2008) la prueba ilícita es aquella obtenida o practicada con infracción de cualquier derecho fundamental del imputado o de terceros,

reconocido, ese derecho fundamental, a nivel constitucional, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por su lado, Armenta Deu (2009) destaca que, “la ilicitud de la prueba puede provenir de distintas causas: ser pruebas legales y expresamente prohibidas, ser irregulares o resultar defectuosas, diversificándose la prohibición en aras de su objeto (prohibición de prestar testimonio para quienes están obligados a guardar secreto), afectar a determinados métodos de investigación (torturas, coacciones o amenazas), referirse a determinados medios de prueba (testimonios entre parientes, testimonios de referencia), violentar derechos fundamentales, o ser irregulares o resultar defectuosas. Puede producirse en diferentes momentos (antes o en el mismo proceso), operar en beneficio del causante de la ilicitud o de un tercero, o finalmente, consistir en actuaciones de diferentes sujetos (acusadores o acusado).”.

Así pues, se puede afirmar que la característica de ilícita o prohibida puede obedecer tanto a la formación de la prueba como a su uso. Indistintamente, la consecuencia directa que resulta es la inadmisibilidad de estas pruebas, aspecto que, se presenta en cualquier tipo de proceso.

La prueba ilícita o prohibida tiene una apreciación jurídica evidente, ello porque resulta inadmisibile la prueba que proceda de una violación de derechos fundamentales del ciudadano.

El fundamento es simple, la ilicitud de la prueba y su admisibilidad en el proceso penal, tiene que ver y se compromete con la misma legitimidad del sistema. En un Estado Democrático de Derecho no se pueden admitir medios de prueba vedados por el ordenamiento jurídico, pues quien quiere combatir el delito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad.

La terminología que se emplea tanto en la doctrina como en la jurisprudencia para referirse a la prueba ilícita o prohibida discrepa mucho de ser uniforme. Es usual que se utilicen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones

probatorias, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba irregular, prueba viciada o incluso de prueba clandestina.

Estas discrepancias se pueden entender no sólo en criterios terminológicos sino que también obedecen a auténticos criterios de conceptualización, de normativización legislativa, de qué y cómo se entiende en los distintos países esta clase de prueba, a lo que debe sumarse la influencia del pensamiento jurídico del autor abocado al estudio del tema.

Independientemente de cómo se le denomine, lo cierto es que la prueba ilícita o prohibida propiamente dicha, halla su fundamento y tiene su explicación ante la multiplicidad de circunstancias que incidan en ella, ya que se da el caso consistente en que existen pruebas que son acentuadamente lícitas, pero su obtención es consecuencia de mecanismos ilícitos. Por otro lado, habrá otras pruebas absolutamente ilícitas y serán enteramente prohibidas, porque hay casos en que el código procesal penal las declara vedadas y de hecho son en todo sentido prohibidas.

Razón por la cual, para efectos del presente trabajo se asumirá el término de prueba prohibida, abordando su concepto, cuyo contenido en la doctrina es de una concepción amplia, porque vincula distintas nociones e ideas respecto a la prueba.

Devis Echandia (1970) denomina a las pruebas ilícitas como las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales, los mismos que la Constitución y la ley amparan.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado acerca de la aplicación de la prueba prohibida o prueba ilícita. En la tesis aislada denominada Prueba ilícita. las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos fundamentales, no surten efecto alguno. La SCJN comparte que “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, 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 resultados 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.” (SCJN, 2012)

Por su parte, autores como Silva Melero, nos forman un criterio detallado 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.” (Silva Melero, 1963)

Por otro lado, Armenta Deu apela a un punto de vista más restrictivo cuando “propone que para que sea posible hablar de prohibición probatoria, la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental.”

(Armenta Deu, 2002). La misma autora añade al respecto que “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 profesional.” (Armenta Deu, 2002)

De acuerdo a Martín Castro “la prueba prohibida se vincula a una institución mayor, la cual es el derecho a la prueba. Este derecho, es de configuración legal aunque constitucionalizado e íntimamente ligado con el derecho de defensa, consiste en aquellas pruebas pertinentes que deben ser admitidas y practicadas por el órgano jurisdiccional, y entre sus límites está no sólo que el medio probatorio deba 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 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 la norma jurídica que contiene una limitación en la obtención y en la práctica de pruebas.” (San Martín Castro, 2014)

Por último, vale la pena señalar, que si la Constitución encomienda al Estado el deber de garantizar plenamente los derechos fundamentales, sin que exista perjuicio a la seguridad del ciudadano y a la justicia, por ende, está más que prohibido vulnerar tales derechos. Por lo cual, se está ante una garantía jurídica, a decir de 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 ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas.” (Jaén Vallejo, 1987)

3.3. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA

Es importante resaltar que la Constitución mexicana y el Código Nacional de Procedimientos Penales, se han encargado de enfatizar el desarrollo generado por la ilicitud de las pruebas que han sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales. Asimismo, la regulación de las prohibiciones probatorias se genera en la doctrina y a su vez de la jurisprudencia comparada.

La manera que ha ido avanzado y desarrollándose el campo de la doctrina y a su vez la jurisprudencia comparada, ha provocado ya sea de manera indirecta que, los legisladores se centren en ciertos aspectos que busquen una regulación no expresa, aunque si tácita, esto en cuanto a las prohibiciones probatorias y la aplicación en el proceso penal. Si bien, en el proceso penal, no existe una regulación clara con reglas y pasos establecidos que señalen cómo deberá de ser la valoración de los medios probatorios que hayan sido obtenidos de manera ilícita, de la misma manera pasa con las pruebas irregulares, por lo tanto, esto queda a criterio del juzgador atendiendo al caso concreto.

Ahora bien, de la interpretación de los artículos relacionados a la prueba establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, es preciso señalar que todo medio de prueba podrá ser valorado únicamente si ha sido obtenido e incorporado al proceso a través de un procedimiento constitucionalmente legítimo. Siendo así, que aquellos que no cumplan con estas pautas carecerán de efecto legal (haciendo referencia a las pruebas obtenidas), ya sea que hayan sido

obtenidas directa o indirectamente, debido a que se obtuvieron transgrediendo los derechos fundamentales del individuo.

En relación a lo anterior, primeramente, se analizará a la prueba ilícitamente obtenida. Siguiendo este sentido, es posible observar que anteriormente, tal y como existía un convenio casi total en relación a la regla de prohibición sobre la prueba ilícita, de igual manera lo era que, se permitieran, aunque minoritariamente, algunas excepciones a la regla mencionada, debido a que gracias a la regla general las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales no podrían ser admitidas y mucho menos valoradas.

Empero, al contrario de lo que se esperaría, es la misma doctrina acompañada por la jurisprudencia comparada, quienes se encargan de dictar y establecer las posibles excepciones para esta regla de prohibición probatoria. De tal modo dentro de la exclusión probatoria, cuando se trate de pruebas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales del individuo, se permitirán aquellas obtenidas bajo el supuesto de flagrancia o en su caso de peligro inminente.

3.4. EL VALOR PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al llegar a este tema, uno de los principales inconvenientes o barreras con la cual uno se podría enfrentar en el camino, es, que en América latina el campo de estudio de los derechos fundamentales es muy reducido a comparación con otros temas de índole jurídico.

Entrando ya en el tema, se entiende que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida no reside de acuerdo a la jurisprudencia estadounidense, en que los elementos policiales traten de prever o disuadir de ciertas conductas ilegales; ya que quien menoscabe los derechos fundamentales del individuo en busca de la prueba verá que sus esfuerzos fueron en vano, esto sin la consecuencia de ser

penalizado por su actuar, sin embargo esto último está sujeto la política legislativa y por ende puede ser modificado debido a la presión social.

Para ello, La Corte Suprema de los Estados Unidos admite la doctrina “*deterrence effect*” en español “Efecto Disuasorio”. Un claro ejemplo de esto, se ve reflejado en el caso Janis Vs U.S., cuando señala que: “el principal propósito de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas”. (UNITED STATES v. JANIS, 1976).

A simple vista se puede decir que, si bien cuenta con aprobación constitucional, sin embargo, su estado constitucional es subordinada, de igual manera es una exigencia constitucional en la medida que funge como prevención para las conductas policiales que pretendan transgredir los derechos fundamentales. Cabe señalar que algunas sentencias han reconocido que no hay constatación empírica alguna acerca del efecto disuasorio.

Por otro lado, en el modelo europeo, el fundamento de la exclusión probatoria se basa totalmente en la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en su ordenamiento jurídico, ya que dicho valor es concedido por la Constitución. Por lo cual si los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que estos por su posición otorgada por la ley suprema se consideran inviolables, por ende, el alcanzar la verdad procesal en ningún momento deberá menoscabar o violentar los derechos fundamentales, esto por regla general.

La llamada función disciplinaria ligada intrínsecamente a la prueba prohibida, descende del modelo estadounidense que, desde el punto de vista de Villegas Rodríguez, “tiene como base una lógica de prevención general y exige una lesión culpable a una norma probatoria, no es 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 sentido.” (Villegas Rodríguez, 1993)

La regla de exclusión nace de la prohibición de buscar la verdad a cualquier costo, tales hechos fueron expuestos según lo relata Wach, en sentencia de un tribunal inglés en 1846, en el caso *Pearse Vs Pearse* al declarar que; “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 demasiado.” (Wach, 1958)

3.5. CRITERIOS EN CUANTO A LA PRUEBA PROHIBIDA

López Puiggrerver, sostiene que “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 presenta como elemento útil para formar el convencimiento del Juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor.” (Viada Lopez-Puiggrerver, 1962) Por otro lado, para la segunda, se sabe que el derecho no puede consentir una conducta antijurídica, ni aprobar que de ella se derive un beneficio para quien no haya respetado el precepto legal. Por lo tanto, el tribunal no podrá reconocer eficacia alguna para aquella prueba que se haya obtenido ilegítimamente.

Basándose en este escenario, han sido propuestas diferentes soluciones. Algunos autores y estudiosos del derecho comparten que la dificultad del problema interfiere con la aplicación de fórmulas preconcebidas, de la misma manera coinciden en que sería más conveniente otorgar al juez la libertad para evaluar la situación a detalle. Una vez dimensionada la gravedad del asunto, el juez tendrá bases para decidir cuál de los intereses en litigio debe ser eliminado y siendo así, en qué medida.

3.5.1. A favor de admitir la prueba prohibida

Un Juez de la corte interamericana, señala que en el caso DEFOE VS UNITED STATES de 1926, consideró, que “la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de castigar a los que ilegítimamente la habían obtenido ya sean policías o particulares. Vega Torres señala que “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 delincuentes.” (Vega Torres, 1993)

3.5.2. En contra de admitir la prueba prohibida.

Alfonso Rodríguez es claro al señalar que “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 proteger.” (Alfonso Rodríguez, 2003). Armenta Deu agrega que “en 1928, en un voto particular, el Ministro de la Corte norteamericana 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 indigno.” (Armenta Deu, 2003)

A lo anterior Armijo expone que “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 ocurrido.” (Armijo Sancho, 1997) Si bien, se entiende que esto es una consecuencia que el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida bajara los ánimos a quienes prefieren utilizar tales medios, y eso ya supone un imponente pasó para la constitución de un perfecto Estado de Derecho.

3.5.3. Posturas Eclécticas

Para presentar la teoría de la ponderación de intereses en conflicto no hay mejor exponente que el jurista Vázquez Sotelo, debido a que él “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 se consideran como 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 ello.” (Vázquez Sotelo, 2001)

Por otro lado, la teoría del ámbito jurídico o también conocida como teoría del círculo legal por su traducción del alemán, puede ser bien explicada por el profesor Cabezudo Rodríguez, siendo así, añade que “Se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal supremo federal alemán, la cual se basa 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.” (Cabezudo Rodríguez, 2010). Por lo cual Cafetzóglus afirma que “la teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados: filmación clandestina y otros.” (Cafetzóglus, 1988)

3.5.4. Consecuencias de la prueba prohibida

En su obra, Rodríguez Choconta afirma que “la prueba derivada o refleja es aquella en si misma lícita, 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 droga.” (Rodríguez Choconta, 2014) De la misma manera Roxin da un claro ejemplo: “la declaración de un imputado al que se le ha suministrado droga para que hable, revela el lugar en el que se encuentra el cadáver, encontrándose allí rastros de sangre pertenecientes al declarante.” (Roxin, 2001)

A esto el jurista Rodríguez Choconta explica que “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 acto 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, respectivamente.” (Rodríguez Choconta, 2014)

Aunado a esto Carrió establece que los efectos reflejos que surgen de la prueba ilícita o prohibida son conocidos 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.” (Carrió, 2000)

A lo anterior Ciano propone que “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 obtenidas o practicadas de forma lícita, tenga su origen en la primera.” (Ciano, 2001)

En el mismo sentido, varios autores tales como Castrillo y Torres Morato entre otros, coinciden en que “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 (frutos del árbol envenenado) y consiguientemente, del reconocimiento de efectos reflejos o indirectos a las pruebas ilícitas.” (De Urbano Castrillo & Torres Morato, 2007)

La llamada doctrina “del fruto del árbol envenenado”, tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. De ahí su nombre de “*fruit of the poisonous tree*” o simplemente “*fruit doctrine*”. Rodríguez Choconta explica la teoría con el siguiente ejemplo: “Si agentes de la policía ingresan ilegalmente en el domicilio de una persona, o si interrogan a un sospechoso por medio de coerción, 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.” (Rodríguez Choconta, 2014) A lo anterior el maestro Echandía añade: “De tal manera que no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial (en 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.” (Echandía, 1970)

Por su parte afirma Silva Melero que “restarle merito 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 él 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 a la persona, se requiere utilizar otras pruebas no contaminadas.” (Silva Melero, 1963)

3.6. CUALIDADES DE LA PRUEBA PROHIBIDA

La principal característica es que la prueba prohibida obtenida con vicios a la norma constitucional genera un estado de aprehensión en aquellos casos particulares donde la prueba es esencial para poder crear una teoría del caso y así presentarla en la etapa de juicio, esto de acuerdo a la obra de Armenta Deu sobre la fundamentación legal acerca de la exclusión a la norma.

Es importante aclarar que la prueba prohibida no puede ser subsanada, ya que al nacer viciada no hay existe etapa alguna de saneamiento para la prueba en el proceso penal, y al saltar su omisión ya no podrá regresar al momento en el cual se cometió su vicio, para volver a obtenerla.

Hay que recordar que la prueba prohibida es inadmisibile, y por ende no deberá ser llevada a la etapa de juicio para ser valorada. De igual manera, esta carece de valor para generar la completa convicción del juzgador o en su caso del fiscal, porque al ser obtenida violando los derechos fundamentales reconocidos por la CPEUM (Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos), no podrá ser tomada en cuenta bajo ningún supuesto para condenar al acusado.

Para poder extender la regla de exclusión a la prueba indirecta o derivada, aunque sea ilícita, es necesario que exista un nexo causal entre ésta y la prueba que se obtuvo originalmente en violación de los derechos fundamentales de la persona. Existe por regla general la relación de causa-efecto entre la prueba que se obtiene vulnerando los derechos fundamentales y otra lícita posterior, es así, cuando esta

última nace de los datos o información que fue suministra por la primera, es decir, cuando es una consecuencia directa de la primera.

Tomando el caso de España para precisar los lineamientos en cuanto al nexo causal o una conexión de antijuricidad, traerá como consecuencia un criterio más amplio y preciso. Hay que recordar, que en este país, para que se pueda determinar si existe o no una relación causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, el Tribunal Constitucional Español, ha logrado introducir la doctrina de la “conexión de antijuricidad”, la cual puede considerarse como un mero complemento de la conexión de causalidad, de ahí el Tribunal, aparte de determinar cuándo se encuentra ante pruebas contaminadas, ha podido introducir excepciones a la teoría de los “frutos del árbol envenenado”.

De tal manera se señala 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 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)”.

Para el Tribunal Constitucional Español, “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)". (Tribunal Constitucional de España, Los principios de razonabilidad y, 2013)

Díaz Cabiale apunta que 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". (Díaz Cabiale J., 2001)

Por tanto, en los casos en que se acredite que no existe un nexo de antijuridicidad entre la prueba originaria lesiva de un derecho fundamental y la derivada, acorde con los criterios que para su determinación ya han sido expuesto, la prueba indirecta o derivada adquiere la condición de prueba jurídicamente independiente, dándole así la posibilidad de ser valorada en el proceso y servir de fundamento a la decisión judicial.

Viéndose desde una perspectiva propiamente teórica, se tiene que la teoría de la conexión de la antijuridicidad formada por el propio Tribunal Constitucional, propone el ofrecer criterios de decisión para los órganos judiciales de tal manera que estos

ponderen y se pronuncien acerca de la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a las pruebas lícitas indirectas o derivadas.

Respecto a lo anterior, el profesor Carmona Ruano, señala que “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 Constitucional.” (Carmona Ruano, 2006)

En el mismo sentido de la palabra, el profesor Carmona Ruano continua y aclara que si bien, “ahora 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 los ordenamientos de determinadas excepciones que supondrán la existencia de una desconexión de la antijuridicidad entre las pruebas.” (Carmona Ruano, 2006) Y es que, para la correcta introducción de las excepciones, el mismo Tribunal Constitucional deberá de echar mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, ya que es el órgano que ha sentado las bases jurídicas de las excepciones a la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” o bien de la invalidez de la prueba ilícita indirecta o derivada; tales excepciones que han de ser propiamente recibidas en otros países por vía jurisprudencial.

Es importante tomar en consideración que al momento de no admitir una prueba ilícita se está respetando el marco del Código Nacional de Procedimientos Penales que es un código garantista, y por garantista entiéndase una gama de derechos que protegen la licitud del proceso, y por lo tanto se respeta la dignidad del individuo y sus derechos fundamentales.

Entonces se puede decir que la prueba ilícita es inadmisibile en todo sentido, debido a que el ordenamiento ha querido que el proceso penal sea un proceso en todo momento acorde y respetuoso de los derechos fundamentales del individuo. De

igual manera con la posición adoptada del Código Nacional de Procedimientos Penales, limita el poder del Estado para la recaudación de pruebas que en cierta manera menoscaben los derechos fundamentales de la persona, poniendo límites para la obtención de pruebas que ingresen al proceso penal.

Lo cierto aquí, es que el juez tendrá que ver el conflicto de derechos que yace en el marco de la admisión o inadmisibilidad de la prueba ilícita, si no se admitiera podría poner en peligro todo un caso que afectaría directamente en la sociedad. Por otro lado, si la llegase a admitir la prueba ilícita con la suficiente motivación y el razonamiento de los argumentos necesarios para poder ser ingresada al procedimiento, teniendo en cuenta que esa prueba sea esencial y necesaria para poder sentenciar de la manera correcta y apegada a derecho. Es así como se puede hacer justicia e injusticia según el grado de certeza que tenga el juez.

Por lo tanto, siendo ambas posiciones, tanto la admisión como la inadmisión de la prueba ilícita tendría que tomarse de la manera más adecuada y razonada posible, para evitar caer en arbitrariedades.

CAPITULO IV

CONNOTACIONES DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL

4.1. ALCANCES GENERALES

De manera introductoria, analizaremos reglas de exclusión del tema en cuestión, aquellas pruebas que lesionan los derechos fundamentales, claro, lo anterior en un contexto no absoluto. Para llegar a ese contexto, se hace necesario e indispensable hacer mención del principio de legalidad, como limite a las atribuciones del Estado, dentro del derecho procesal penal, se refleja entre otras cosas en la garantía de incorporación de pruebas lícitas que permite la vigencia del Estado de Derecho.

De igual manera, cabe mencionar que las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita han surgido en el ámbito de la jurisprudencia norteamericana y, debido a la influencia que este país ejerce, se han extendido a otros ordenamientos jurídicos como lo es el español y el mexicano, también por la vía jurisprudencial.

El Estado, a través de sus órganos de control penal, establece políticas criminales tendientes a desaparecer o disminuir el índice de la criminalidad en una sociedad determinada. Para ello se realiza una alianza de estrategias de lucha política en las que se involucran no sólo sentimientos de venganza, sino que algo que es más peligroso, se confunde la efectividad, con el efectivismo, a la vez que, en nombre de dicha efectividad, en el control del crimen, se vulneran una serie de derechos fundamentales.

El Derecho Penal, desde su mejor configuración dogmática, es un instrumento idóneo para combatir la arbitrariedad. Mejor aún, las reglas del proceso penal que en esencia son reglas que juegan en favor del inculpaado y de la sociedad en general, en tanto colectivo de individuos y titulares de derechos fundamentales, a los cuales se tutelan. En este sentido, se estructura un derecho procesal, a la vez que instrumento de la pretensión penal del Estado, como un árbitro que media en

la relación de conflicto que existe entre el Estado y el individuo al cual se le imputa de un hecho criminal.

Así, lo que se pretende es crear un sistema penal y procesal penal tendiente a garantizar el mayor respeto de los derechos fundamentales y no hacer esa relación de conflicto inherente al proceso, una relación de desconcierto social, en donde dicha sociedad, a la cual se pretende tutelar con la intervención del Estado en términos sancionatorios, se sienta antes que protegida, amenazada.

Llevando esta relación y este orden de ideas la tendencia a nivel del conocimiento procesal penal están dados por la estructuración de razonamiento de exclusión de pruebas que se hayan practicado ilegalmente o que se haya utilizado (a pesar de su obtención ilegal) como medio idóneo para crear convicción condenatoria de parte del Juez. Así, poco a poco se van descubriendo nuevos supuestos de prohibición probatoria, sobre todo cuando es el Estado el persecutor, a través de sus órganos de control como la Policía, quien actúa en una primera fase indagatoria y por tanto constitutiva de elementos de juicio primarios a efectos de determinar la existencia del delito, así como su autoría. Es en este último supuesto en donde nos encontramos con el tema de nuestro estudio: las pruebas prohibidas o ilícitas.

Desde tiempos antiguos, tomando como referente a la antigua Roma, probar, significa conferir conocimiento a alguien, tiene un contenido, es decir; el contenido de la actividad probatoria, un objeto o finalidad, un destinatario, y ciertas características como actuación judicial. Ello le permite ser funcional al proceso penal, en orden a las garantías y respeto de los derechos fundamentales de la persona que el Estado, como titular de la pretensión punitiva y quien ejerce el monopolio de la acción penal en vía por ser el único legitimado para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, debe reconocer.

Tomando lo anterior como referencia, la finalidad de toda actividad probatoria es llegar a la certeza de los hechos, para ello, se deben utilizar los medios adecuados

de la manera correcta. Existen pruebas que si bien, son admitidas por el derecho positivo, éstas, de incurrir en ilicitud no gozarían de validez, 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 el medio de obtención de la prueba lo que determinará su utilización o no dentro del proceso penal. En este sentido, el contenido de la prueba está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el juzgador al fin de desvirtuar la presunción de inocencia.” (Montero Aroca, 2000)

Para entrar en materia, el profesor Gómez De Liaño hace referencia a que las pruebas deben cumplir ciertos requisitos, entre ellos:

- I. La carga material de la prueba corresponde fundamentalmente a las partes acusadoras.
- II. Sólo tiene el carácter de prueba como regla general la practicada en el juicio oral bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad.
- III. Debe haber sido obtenido por medios lícitos.
- IV. Requiere cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas.
- V. Pueden utilizarse cualesquiera medios personales, materiales o técnicos de documentación o reproducción, siempre que se ofrezcan con las debidas garantías de autenticidad. (Gómez de Liaño González, 1987)

Es aquí donde tomando como base lo pronunciado por el profesor Gómez, servirá para nuestro análisis durante toda la investigación, me refiero a la tercera afirmación: *Debe haber sido obtenido por medios lícitos.*

La terminología utilizada para calificar a este tipo de pruebas en el proceso penal no es uniforme. Así algunos autores se refieren a ellas como pruebas prohibidas, otros a la ilegalmente obtenida, otros a la ilegítimamente obtenida, otros a la ilegítimamente admitida, y otros a las prohibiciones probatorias. Las razones que puedan inspirar los diferentes nombres respecto de este tipo de pruebas pueden tener fundamento en tanto que existen pruebas que son lícitas pero que su obtención se debe a mecanismos ilícitos, otras veces existen pruebas que serán siempre ilícitas, porque así está declarado en la ley, independientemente de cómo se obtengan o cómo se introduzcan en el proceso penal, por tanto, su realización será siempre prohibida.

En todo caso, siempre que nos ocupemos de este tema estaremos haciendo referencia a la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal, por lo que es preferible usar el nombre general de pruebas prohibidas, para referimos a dichas limitaciones de la prueba en el proceso penal. Dicho término, entonces, no obedece a un concepto único en tanto que viene a indicar una multiplicidad de variables en función a los datos que la legislación de cada país regule.

Entonces, es necesario, establecer el concepto de dichas pruebas prohibidas y averiguar su contenido, toda vez que las mismas agrupan dentro de sí, una serie de restricciones respecto de la prueba y de cómo incorporarlas al proceso penal. La prueba ilícita o prohibida carece de eficacia dentro del proceso, ésta 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 de la licitud de la prueba, es de suma relevancia, porque estriba en la protección a las derechos fundamentales de las y los ciudadanos, también es pilar del debido proceso dentro del proceso penal, pero, así como es de importante, es muy fácil de viciar durante las diferentes etapas del mismo, convirtiendo a la prueba en un concepto sumamente complejo y controversial.

En México, 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”, ésta disposición 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). (CPEUM)

4.2. ALCANCES DE LAS FUENTES INDEPENDIENTES

La consideración de pruebas prohibidas trae consigo un enorme abanico de ejemplos, tomaremos dos para hacer referencia a este apartado.

Estos dos ejemplos pueden ayudar a entender el sentido de la excepción de la fuente independiente.

Ejemplo N°1: tras una detención ilegal donde se entiende que el crimen organizado tiene participación, la autoridad policial toma las impresiones dactilares del sospechoso, las que son excluidas debido a su origen ilícito.

Ejemplo N°2: Tras una declaración bajo tortura el sospechoso presuntamente miembro activo de un grupo de la delincuencia organizada, confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración.

Las pruebas prohibidas vienen a encuadrarse en la encrucijada que se presenta enfrentando los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales, al punto que el Estado no sólo pretende hacer efectiva la consecuencia

jurídica señalada para el delito, sino que tal interés se hace extremo convirtiendo al Estado en violador de derechos fundamentales, reconocidos y protegidos por la Constitución a través de una serie de reglas jurídicas y demás garantías procesales que hacen inviable una convivencia pacífica en un estado de derecho. En esta línea de ideas, el Estado buscará engrosar los cargos formulados contra el ciudadano, valiéndose de todo cuanto puede, y a veces, justificando tal actitud, bajo el irregular concepto de seguridad nacional.

Ya adentrándonos en la delimitación del contenido conceptual de las pruebas prohibidas debemos decir, en primer lugar, que tales prohibiciones afectan a la averiguación de los hechos constitutivos del objeto del proceso penal, incluyendo dentro de este cúmulo a los hechos objeto del enjuiciamiento decisorio, y las consecuencias jurídico-procesales de la inobservancia de tales prohibiciones. Tal es así que la doctrina alemana ha trabajado este tema bajo dos lineamientos: la naturaleza de las pruebas y la prohibición de las mismas y, por otro lado, el de las consecuencias de la inobservancia de prohibición de la prueba.

Desde esta perspectiva, la prohibición probatoria no se puede enfocar en un solo rumbo, al que hacen referencia los ejemplos, las pruebas ilícitas o prohibidas pueden delimitarse en varias vertientes como lo son; las prohibiciones de la práctica de la prueba, lo concerniente a la propia constatación de los hechos probados, las prohibiciones de la utilización de la prueba, la prohibición de la formulación de la prueba, la prohibición de los medios probatorios, la prohibición de los métodos de prueba, y determinadas prohibiciones relativas a la prueba.

Llegados a este punto hay algo sumamente interesante, un concepto poco estudiado pero de suma relevancia en el amplio abanico de la prueba prohibida, me refiero a la prueba provocada, que para explicar de manera muy general, es aquella evidencia que se obtiene de manera provocada como su nombre lo expresa, es decir; se acude mucho a este tipo de prueba en operaciones donde es necesario contar con personal infiltrado en alguna organización criminal por tomar un ejemplo,

el infiltrado o en el caso que nos ocupa “provocador”, va a propiciar muchas veces hechos ilícitos incitando o siendo parte de alguno, que posteriormente será utilizado como evidencia, mediante testimonio directo o algún otro medio probatorio, como medio de prueba para imputar a un tercero un delito, mismo, donde el estado es el provocador, resulta sumamente interesante, ya que la incógnita es; ¿esa prueba obtenida mediante la provocación es lícita?

El trabajo que resta es ver hasta qué punto resulta limitada la actividad de búsqueda de la verdad por parte del Estado, cuando se enfrenta a una criminalidad no convencional en términos de organización y operatividad. En este escenario, hasta qué punto resulta ilegal la obtención de una prueba por medio de la provocación y hasta qué punto, tal provocación probatoria, puede ser alcanzada por la lógica de prevención general y disciplinaria de las pruebas prohibidas determinando su nulidad procesal.

4.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE DE LA PRUEBA

Es interesante saber que la doctrina es unánime en considerar el caso Nix Vs Williams de la jurisprudencia estadounidense como aquella muestra paradigmática de aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable o en inglés “inevitable discovery”. En este caso particular, la Suprema Corte de Estados Unidos consideró útil la confesión de un imputado que padecía de trastornos mentales, la confesión de este sujeto era en torno al paradero del cadáver de su víctima, dicha confesión fue obtenida con transgresión a ciertas garantías, sin embargo, en vista de que los equipos de búsqueda de la policía de manera inevitable, hubieran encontrado el cuerpo de la víctima, ya que se estaban acercando a la zona donde el acusado escondió dicho cadáver.

Es así, que ciertos autores encuentran similitudes entre la excepción que nos ocupa, y la que compete a la fuente independiente. No obstante, otros autores están en desacuerdo con la postura anterior. Por ello, y en virtud de la teoría del hallazgo

inevitable, es, que los jueces admiten y proceden a valorar un dato “probatorio” que ha sido obtenido de manera ilícita, por medio de una hipótesis, esta hipótesis se basa completamente en el supuesto que dicho dato sería obtenido inevitablemente y de manera lícita. Al contrario, si se habla de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión del nexo causal, es decir, entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio el cual se valora en base a que este no deriva del primer acto, como su nombre lo dice, es independiente.

Como se puede apreciar, en este último caso se consideran dos datos de prueba: el primero de origen ilícito, y por otro lado se considera útil por estar desconectado causalmente del primero; en tanto que en el descubrimiento inevitable existe solamente un dato probatorio de origen ilícito debido a que lo utiliza el Tribunal, es una mera hipótesis para considerar que de la misma manera ese se pudo obtener lícitamente.

Cafferata Nores afirma, que “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 mentales.” (Cafferata Nores, 1998)

Por su parte Castillo Alva indica, que “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 existe, es una mera hipótesis que no puede servir como prueba de cargo y mucho menos para sustentar una condena.” (Castillo Alva, 2013)

4.4. LA BUENA FE FRENTE A LA PRUEBA PROHIBIDA

Nuevamente la jurisprudencia estadounidense es citada, en este caso por el maestro Brown, como la fuente de elaboración de unas de las excepciones más relevantes de exclusión probatoria. Brown dice lo siguiente: “Conocida como excepción de la buena fe. Se cree que se origina en el caso desahogado por la Corte de Estados Unidos, *Leon v. U.S.* ya que se admitió como evidencia la prueba obtenida ilícitamente. La prueba se obtuvo al registrar la propiedad, tal acción realizada por los policías bajo autorización judicial defectuosa, sin embargo la corte consideró que los elementos policiales actuaron bajo buena fe ya que tenían la convicción de que la autorización judicial era válida.” (Brown, 2007)

En tanto a la excepción de la buena fe en la actuación policial, el profesor Chaia comenta lo siguiente; “La regla de excepción o bien en inglés exclusionary rule, de acuerdo al Tribunal Supremo de Estados Unidos no será aplicable en los supuestos en que el agente de policía, actuando de forma ilícita lo hizo en convicción de buena fe, ósea dentro de lo dictado por la ley. Al contrario, esta clase de actuaciones eliminan el efecto disuasorio que yace en la regla de excepción.” (Chaia, 2010)

Para complementar lo anterior, se tiene el caso de *Massachusetts vs Sheppard*. “Este caso es un perfecto ejemplo de la excepción de la buena fe. El tribunal supremo aplicó esta excepción a la actuación de los elementos policiales bajo el

sustento de una ley que más adelante fue declarada inconstitucional. Tal excepción se aprecia nuevamente en el tribunal supremo, en el caso de Leon v. U.S, en este caso se realizó un registro domiciliario actuando supuestamente bajo derecho, tiempo después un órgano judicial superior dicto que dicho actuar vulneraba la cuarta enmienda al haberse realizado sin existir causa probable. El tribunal supremo admitió la valoración de las pruebas argumentando la buena fe de los oficiales de policía, es por eso que no opera el efecto disuasorio que persigue la regla de excepción para evitar actuaciones ilícitas de los elementos policiales.” (Massachusetts v Sheppard, 1984)

En la jurisprudencia estadounidense existe una línea bastante marcada de la excepción de la buena fe desde su primera manifestación en 1984, esto se refleja en casos posteriores como el de Illinois Vs Krull, en este caso se aplicó un cateo realizado por la policía bajo el amparo de una Ley que después fue declarada inconstitucional, de la misma manera en Arizona Vs Evans, la policía detuvo a un sujeto, debido a una errónea orden de detención, sin embargo, al esposarlo se le cayó un cigarrillo que desprendía un olor a marihuana, procediendo la policía a revisar el automóvil de este sujeto encontró una bolsa repleta de dicha planta.

Ciertamente la excepción a la cual se hace referencia propone valorar la prueba directamente obtenida vulnerando los derechos fundamentales, ya que se considera que en su obtención elementos policiales actuaron en la convicción que lo hacían bajo una completa cobertura de legitimidad y validez, por ende, convencidos de que procedían correctamente, es decir, actuaron en buena fe. Como puede observarse, se está frente a una prueba ilícita directa, al contrario de las excepciones examinadas con anterioridad que hacen referencia a la prueba indirecta o derivada.

Sobre el tema, el profesor Díaz Cabiale menciona que “se sabe que en la doctrina se advierten de los riesgos de la aplicación de buena fe de manera genérica. Si este

fuere el caso, es posible permitir toda cantidad de excepciones, lo cual crearía una inseguridad jurídica, al mismo tiempo que la regla de excepción pasaría a convertirse en regla general. Y es que, si se permitiese la aplicación de la buena fe de tal manera, se estaría permitiendo a los elementos policiales obtener la prueba ilícita, basándose en sus creencias y de igual manera se alegaría la buena fe.” (Díaz Cabiale J., 2001) Lo anterior proporcionará a los agentes encargados de la persecución penal la posibilidad para alegar buena fe en cualquier situación, aún en actuaciones dolosas.

Posiblemente resulte más conveniente argumentar buena fe para justificar violación cometida de derechos fundamentales a la hora de llevar a cabo la actividad de recolección de pruebas, esto con el fin de evadir una eventual responsabilidad disciplinaria por parte de los agentes encargados de la persecución penal, y así en vez de prestarle atención a tal suceso, se podrá admitir y valorar la prueba obtenida. Cabe resaltar que es una situación extremadamente complicada de probar en la mayoría de los casos, inclusive en Estados Unidos no existe consenso sobre la aplicación de esta excepción. Al respecto, es posible observar en el caso U.S. Vs Leon que se dejó en claro que tal recurso como lo es el de buena fe, en efecto permitirá a la policía violentar derechos constitucionales.

De igual manera, la excepción de la buena fe opera en la práctica inmovilizando la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo cual facilita la utilización en el proceso penal de aquellas pruebas obtenidas a través de la vulneración de los derechos fundamentales del individuo. Sin embargo, es importante hacer referencia a la excepción de la buena fe en aquellos casos donde la obtención ilícita encuadra en el supuesto de flagrancia. En tal caso, siempre y cuando fiscal o juez estén al mando, y se apliquen las reglas de la experiencia, es decir, la apreciación derivada del raciocinio que efectúa el juez, sobre la justificación dada por los elementos policiales acerca de la forma y circunstancia en que fue obtenida la prueba ilícita al haberse alegado buena fe.

El criterio anterior no posee de carácter vinculante, pero, es de suma importancia ya que encuadra el pensamiento de un sector importante en cuanto a Judicatura nacional.

Antes de realizar un análisis sobre cuando si procede una excepción en la exclusión de la prueba ilícita resultante de su eficacia derivada, se tiene que contestar a dos simples interrogantes, ¿Cómo? y ¿Por qué? Se debe de aplicar dicha excepción de la prueba ilícita.

Para esto, contamos con las palabras del maestro Rodríguez Choconta, quien menciona que, “la regla de la exclusión de la prueba ilícita no sólo 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 ellas.” (Rodríguez Choconta, 2014)

Complementando el párrafo anterior Cafetzóglus indica que, “la base de la doctrina mencionada gira en torno al objetivo final que persigue la regla de exclusión, el cual es la protección de los derechos individuales en virtud de tratarse de un Estado de Derecho. Por lo cual, si se admitiera la completa validez de la prueba indirecta o derivada, se estaría perdiendo la efectividad de la regla de exclusión la cual en cierta manera pretende proteger derechos fundamentales.” (Cafetzóglus, 1988)

A continuación, se presentarán algunos casos a manera de ejemplo sobre la experiencia jurisprudencial de México, Estados Unidos y España que datan el por qué se debe excluir tal prueba ilícita:

En primer lugar, se analizará el punto de vista de Estados Unidos.

1. “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*, (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.” (SILVERTHORNE LUMBER CO. VS. UNITED STATES, 1920)

La misma idea se ve reflejada en otros casos que le precedieron a este, como “*NARDONE VS. UNITED STATES*”, (1939) y “*BROWN VS. ILLINOIS*” (1975). En el caso de Nardone contra los Estados Unidos, la no admisión de los resultados que fueron obtenidos tras una intervención ilegítima de las comunicaciones, al no existir autorización judicial, por ende, se extiende también a los resultados obtenidos como consecuencia de la utilización de los conocimientos adquiridos en las conversaciones que fueron intervenidas por los elementos policiales.

2. En el segundo caso, “*BROWN VS. ILLINOIS*”, el Tribunal estimó que la “*exclusionary rule*” se extendía no sólo 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 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 sólo a la ineficacia de la prueba refleja o derivada sino también a sus excepciones.” (BROWN v. ILLINOIS, 1975)

Mientras tanto, Urbano Castrillo menciona que “Por otro lado, en España, un gran sector doctrinal tiende a considerar que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, además de abarcar la regla de exclusión de la prueba ilícita, también refiere la ineficiencia de la prueba indirecta o derivada.” (Urbano Castrillo, 2003)

1. “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 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 ilícita.” (Tribunal Constitucional de España, 1994)

Por otro lado, en México, el artículo 20, apartado A, fracción IX Constitucional se encarga de regular la regla de la exclusión de la prueba ilícita que posee un carácter genérico, por su parte los artículos 259, 263, 264 y 265 del CNPP, no hacen referencia a la ineficacia de la prueba indirecta o derivada. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) será la encargada de construir la doctrina

reconociendo la ineficacia de la prueba indirecta o derivada de la prueba ilícita, así como sus excepciones.

4.5. INTERPRETACIÓN JURÍDICO- CRIMINOLÓGICA COMO SUPUESTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA.

Como ya se hacía mención en líneas anteriores, bajo la denominación de pruebas prohibidas se esconde una serie de actos procesales irregulares a la vez que ilegales, sobre los que recae el fin disciplinador que la institución procesal de la prohibición probatoria quiere excluir, ya sea en su incorporación al proceso como en su valoración.

De esta manera encontramos un supuesto temático especial, que no ha sido del todo estudiado por los tratadistas pero que, en esencia, creemos, constituye un ejemplo más, aunque de orden relativo y especial de prueba prohibida en el nivel de la obtención de las mismas: las pruebas provocadas.

Un primer paso a efecto de estructurar una aproximación conceptual de lo que es la prueba provocada es determinar el concepto de agente provocador, desde una aproximación dogmática a la vez que interesarnos por la evolución que ha tenido en su aparición actual.

El origen de esta institución se encuentra en el período del absolutismo francés en donde para reforzar el régimen se crea la figura del delator, compuesta por ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir favores del príncipe. En esta época su actividad se limitaba a espiar y poner los hechos en conocimiento de la autoridad, sin que se realice una actividad de provocación. Con el paso del tiempo, la actividad de vigilar no sería suficiente para neutralizar la oposición al régimen y se pasa del espionaje a la provocación, técnica utilizada actualmente por servicios de inteligencia del mundo bajo el nombre de técnica de investigación del delito.

Siguiendo esta línea de ideas, la finalidad de la conducta del agente provocador es que el sujeto provocado sea castigado por ese hecho, citando al profesor Gómez Colomer quien más claramente ha formulado esta concepción del agente provocador dice que; es aquel inductor que quiere únicamente la tentativa, pero no la completa realización del hecho principal.

Retomando al agente provocador como modalidad de investigación encubierta, vamos a ver que también existen varias posibilidades de aproximación, su utilidad ampliada en términos de tratar de combatir formas de criminalidad no convencional como el terrorismo, el narcotráfico y el lavado de dinero, etc. Se distinguen básicamente dos tipos de modalidad dependiendo de la autoridad a cargo de la investigación, es decir; el confidente y el agente encubierto, en definitiva, desde nuestra perspectiva de desarrollo procesal, el concepto de agente provocador es aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias.

Pero aquí es donde surge la incógnita, ¿Cómo es que puede ser una prueba prohibida? Si la prueba provocada, como hemos visto sirve, y es útil socialmente, para supuestos en que la criminalidad resulta demasiado organizada y por tanto difícil de descubrir. Los límites que la doctrina han tratado de esbozar respecto de esta práctica y de prueba, por ser una potencial fuente de vulneración de distintos derechos fundamentales. Todo lo anterior tomando como argumento base que el Estado no puede castigar a quien él mismo ha llevado al cometimiento del delito.

Resulta interesante este análisis, mismo que profundizará en capítulos supervinientes, el objetivo de este análisis era hacer una introducción de manera general a las pruebas provocadas y analizar cómo están íntimamente ligadas a la labor de provocación del delito por parte del agente provocador y más precisamente cuando hablamos en modalidad de investigación encubierta. Nuestro análisis, se centra principalmente en la convalidación o no de esta forma de obtención

probatoria a efectos de materializar una pena o de desenmascarar a un delincuente, en violación de algunos de sus derechos constitucionales.

4.6. PRUEBA ILÍCITA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En esta situación específica, para aliviar las aflicciones de la naturaleza prohibida de la prueba ilícita, se ha descubierto la medida de proporcionalidad. Esto se basa en medir, en el caso particular, los derechos esenciales en conflicto y permitir extraordinariamente la presentación de la prueba, que, en diferentes condiciones, sería vista como ilegal, por ejemplo, utilizando una grabación, realizada por teléfono, en la cual la conversación gira en torno a dar cierta cantidad de dinero a cambio de matar a una persona. Ciertamente esto puede ser aprovechado para evitar la muerte de una persona, y ser utilizado en el proceso judicial, aun y cuando hubiese sido tomada sin autorización de la autoridad competente.

Por su parte, el tratadista Pellegrini Grinover señala que “la predominante teoría de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medio de la violación de derechos fundamentales, se atenúa a raíz de diferentes corrientes ideológicas que pretenden corregir las probables distorsiones que podría generar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad notable. Esto es el criterio de proporcionalidad en el cual los tribunales alemanes, admiten la prueba ilícita (tratándose de casos graves o de carácter excepcional) buscando en todo momento un equilibrio entre los valores enfrentados y los que se contraponen a estos.” (Pellegrini Grinover, 2008)

Por su parte, González-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 protegidos en conflicto.” (González Cuéllar, 1990)

Sin embargo, hay ciertas situaciones en las que el operador se encuentra con una colisión entre los derechos fundamentales. Por ejemplo; En el famoso caso de un pequeño niño de origen alemán, el cual fue secuestrado el mes septiembre del 2002, y cuyo paradero fue revelado meses después gracias a que los elementos policía, en un intento desesperado, amenazaran con torturar al presunto responsable de los hechos, si este no revelaba el lugar en cual se encontraba el menor; así con el propósito de salvar su vida.

Por otro lado, en el ejemplo siguiente se advierte que lo que está en conflicto es, por un lado, los derechos del acusado que en este caso son derecho a no recibir amenaza alguna y derecho a no auto incriminarse, y, por otro lado, se encuentra el deber que tiene el Estado de descubrir la verdad acerca de un hecho criminal y la preservación de la vida y salud de la víctima. Siendo esto así surgen varias interrogantes, tales como: ¿Es factible desde el punto de vista probatorio, tomar la declaración del autor aun después hecha la amenaza de tortura? Y la realizada amenaza de tortura, ¿invalidaría en cierto punto la declaración del imputado?

Cabe aclarar que este tipo de preguntas son resueltas bajo la cobertura del principio de proporcionalidad. Dicho principio no sólo opera en casos extremos como el que se expuso anteriormente, ya que este se aplica en todo caso en el que se produzca un conflicto entre derechos fundamentales.

En dado caso, se deberá cuestionar ¿cuál es el resultado perseguido?, en el entorno a los derechos fundamentales, y establecer si el resultado que se busca es adecuado o si es el más favorable. Suponiendo que la respuesta es positiva, se podrá decir que se cumple con el ámbito de idoneidad, esto quiere decir, que, si el fin que se busca no puede ser logrado por otros medios, los cuales impliquen un menor daño del interés en conflicto, se estará tratando de una injerencia necesaria.

Por tercer y último punto, el profesor Echandía menciona que “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 salvaguardar.” (Echandía, 1970)

Si se presta atención, es posible notar que, en este sentido, el principio actúa, como una excepción a la regla de exclusión debido a que es una herramienta que tiene la capacidad para justificar, tratándose de un caso concreto, la admisión de prueba ilícitamente obtenida. Para ello, es de suma importancia aclarar que se trata de un principio aplicable en varios campos del derecho y no únicamente en el ámbito de la prueba ilícita.

Ahora bien, tratándose de las desventajas que se encuentran en la doctrina de la ponderación el Doctor Binder apunta que “en efecto el juez puede llegar a favorecer por medio de la ponderación, los intereses de la persecución penal. Binder afirma que, en los casos de intereses generales y particulares no previstos por la ley, el juzgador puede interceder para limitar intervención penal, pero no podrá ampliar esta.” (Binder, 2006)

Por otro lado, varios autores mantienen una postura contraria al “criterio de proporcionalidad” debido a que ellos consideran un peligro su aplicación en vez de un beneficio, ya que alegan que es imposible justificar en la medida del punto ético la persecución penal sin importar cuál sea el precio a pagar.

A lo anterior añade el autor Edwards que, “La valoración requerirá de una ponderación subjetiva que en ciertos casos no sería lo más adecuado, incluso se podría decir que pudiera ser peligrosa. Por otro lado, la teoría de la ponderación podría representar para el juez una especie de permiso o licencia para resolver acorde a sus creencias, el caso en litigio. También es cierto que desde la

perspectiva del derecho constitucional se ha advertido sobre los daños y peligros que existen al resolver un juicio de violación de derechos fundamentales valiéndose de un juicio de ponderación.” (Edwards, 2000)

Lo anterior hace referencia a que, los operadores no deben elegir entre uno de los bienes jurídicos protegidos que se tiene conflicto a cambio del otro, debido a que al hacer esto se vulnera el principio de la unidad previsto en la Constitución. De tal manera Olano García, propone resolver tales conflictos por medio del principio de concordancia práctica con el cual “los bienes jurídicos constitucionales protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad”. (Olano García, 2014)

Cedeño comenta el respecto, que “si la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, y la valoración como variable final, en el ámbito de las exclusiones probatorias se deben plantear primordialmente para justificar la admisión y por ende la valoración de la prueba que fue obtenida de manera ilícita en casos de gravedad extrema, se estaría frente a una reducción aceptable de los alcances de la regla de exclusión y del privilegio de los derechos fundamentales.” (Cedeño Hernán, 2015)

Ciertamente la realidad nos alimenta con casos en los que, para garantizar recursos legítimos intrínsecamente seguros, por ejemplo, la vida o la rectitud física de las personas, es sensato recurrir a la ponderación de las lesiones u otros recursos o cualidades asegurados de manera similar. En los casos de la utilización de una cinta donde se haya grabado una conversación privada para detener una bomba o la interceptación sin autorización judicial de una conversación para localizar y salvar la vida a un individuo que fue privado de su libertad.

En cada uno de estos casos, nos enfrentamos a la lesión de recursos o cualidades intrínsecamente asegurados para esquivar los impactos o para evitar la comisión de un delito. En cualquier caso, una cosa completamente diferente es la utilización

sustancial de la información obtenida como evidencia real de la acusación. En eso radica el problema. Por lo tanto, el siguiente cuestionamiento se hace ¿en qué casos puede permitirse la ponderación?

Aquí, encaja perfectamente la tesis presentada por el profesor Guariglia ya que él menciona que se “ocasionalmente se considera admisible el recurso de valoración en ciertos casos donde se presenta la adquisición de la prueba sin violentar las reglas establecidas, que hace referencia a las prohibiciones de valoración independiente, sin embargo por diversas causas como pudiera ser la decisión del juzgador o que exista conflicto entre algún derecho fundamental, se tiende a excluir su valoración efectiva, a contrario sensu ocurre con los casos en que la prueba se obtiene a través de violentar normas previamente establecidas, y casos que responden a las prohibiciones de valoración probatoria independiente.”

4.7. NEXO CAUSAL ATENUADO Y PRUEBA PROHIBIDA

Esta doctrina se origina en la sentencia *Nardone Vs. United States* (1939), esta consiste en que, si la relación entre la obtención de pruebas y el origen legal de la fuente de conocimiento es insuficiente como para que la violación originaria no llegue a desacreditar la prueba derivada, esta es admisible.

Por otra parte, esta capacidad de la doctrina del “fruto del árbol envenenado” presenta contradicciones en cuanto a su ejecución, debido a que su desarrollo es consecuencia de la subjetividad de los jueces de turno. Así, Fidalgo Gallardo menciona en una de sus obras, que a fin de resolver cuándo se entenderá que la vinculación ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional, sin embargo, admisible, se hará caso por caso por los Tribunales cuando la jurisprudencia ha impuesto algunos criterios que precisaremos a continuación.

- a) Tiempo pasado entre la ilegalidad y la recolección de las pruebas derivadas: cuanto más tiempo corra entre la ilegalidad y la recolección de pruebas derivadas, más probable 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.
- b) Acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad y la recolección de las pruebas derivadas: este factor de atenuación hace referencia, por decirlo así a la 'longitud' de la cadena de causa y efecto. Cuanto más sucesos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad y la prueba derivada, más posible será que el Tribunal considere que el producto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta el acto del cual proviene.
- c) Gravedad de la violación original: cuanto más grave y flagrante sea la violación de derechos que está en el origen de la recolección de las pruebas derivadas, más complejo será que los Tribunales las admitan. Parafraseando la metáfora de la Corte, cuanto más envenenado esté el árbol más difícil será que los frutos estén sanos.
- d) Naturaleza de la prueba derivada: También puede afectar en la eventual legalización de la “mancha” de la ilegalidad primera. Concretamente, en UNITED STATES vs. CECCOLINI, la Corte Suprema sostuvo que sería más sencillo 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 recolección de confesión con todas las garantías hay un trascendental elemento de voluntariedad.

A través de esta excepción, también llamada “tinte diluido”, se toma en cuenta que la ilegalidad inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al paso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea, que es prácticamente inexistente en la prueba derivada y, por tanto, ésta puede ser

aprovechada. Algunos autores afirman que la excepción en comento es una variable de la excepción de la fuente independiente. Asimismo, nos parece que esta afirmación no es del todo correcta. Como ya lo explicamos en su lugar, en la excepción de la fuente independiente se presenta una situación de concurrencia de prueba legal e ilegal. Por otra parte, en la excepción del nexo causal por más atenuado que se contemple el nexo causal, éste siempre sobrevive.

Gascón Abellán, menciona que “dicha excepción se aplica cuando ha transcurrido un largo periodo de tiempo entre el primer acto viciado y la prueba indirecta, o bien, cuando existan muchos eslabones de la cadena causal, o en el supuesto de confesión voluntaria.” (Gascón Abellán, 2012)

Ahora bien, seguimos describiendo los criterios alrededor del nexo causal atenuado (*attenuated connection principle* o *purgettaint*) forma que especula la violación de derechos fundamentales y la existencia de pruebas o cualquier medio de prueba relacionado con la violación, pero vinculado tan tenuemente con ésta, que su exclusión puede concluir una decisión desequivalente y carente de verdadera utilidad; por ejemplo, en un interrogatorio al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos dirigidos a la protección del derecho a la no autoincriminación, que es ratificado posteriormente, luego de pasar un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales. Ésta figura, emana también de la jurisprudencia norteamericana y se compone en contemplar que en ciertas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse no existente.

Esto es así, cuando ha pasado 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 formada de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la llamada confesión voluntaria, que conforma el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado; lo que en su caso, supone a violaciones a

derechos fundamentales, como el ya comentado hecho sobre un interrogatorio aplicado al indiciado sin el acreditamiento de los requisitos dirigidos 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 presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales, se estime legal.

En la sentencia del 25 de enero de 1997, el Tribunal Supremo Español resolvió el caso de una persona detenida por razón de escuchas telefónicas ilícitamente ejecutadas (sin autorización), no encontrándosele inicialmente en su poder ningún tipo de droga. Pero posteriormente el taxista en cuyo vehículo fue transportado a la comisaria la detenida encontró entre el asiento y la puerta una caja que contenía droga y había sido dejada por la sospechosa. Este último elemento probatorio fue señalado por el Tribunal al considerarse que aparecía totalmente incontaminado respecto de las escuchas telefónicas ilícitas iniciales.

En la jurisprudencia estadounidense se señala como ejemplo paradigmático de esta excepción el caso WONG SUN VS U.S de 1963. En este supuesto la Corte Suprema Federal resolvió evaluar una confesión posterior al arresto ilícito de una persona y a su puesta en libertad, en razón de que se consideró que la voluntariedad de la declaración y la advertencia de sus derechos atenuados debilitaba la conexión causal entre el acto ilegal 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.

El planteamiento de la atenuación o debilitamiento del nexo causal entre el acto ilícito inicial y la prueba derivaba que se pretende hacer valer no parece del todo plausible. Por más debilitada que se considere la causalidad en mención es innegable que nos topemos frente a una prueba derivada de una fuente ilícita; además, lo que debe entenderse por atenuación es una cuestión conflictiva gracias

a la falta de parámetros objetivos de delimitación, lo que, según el doctor Hairabedián, ha propuesto ser resuelto por la jurisprudencia estadounidense por medio de los supuestos del lapso transcurrido entre el acto ilegal inicial y la prueba cuestionada, la cantidad de los factores lícitos influye en la cadena causal, la intensidad de la ilegalidad primigenia y la voluntariedad especialmente en los casos de detenciones ilegales.

4.7. ALCANCES EN LA DESTRUCCIÓN EN LA MENTIRA DEL IMPUTADO

En palabras de la Gascón Abellán, “la excepción de la destrucción de la falsedad del imputado se compone en la admisión de la prueba ilegal únicamente para destruir o desvirtuar la declaración del imputado en el juicio, más no para probar su culpabilidad. Por ejemplo, una declaración efectuada por el acusado antes del juicio, sin la colaboración de su abogado y en la que admite los cargos, que luego el fiscal pretende reproducir en el juicio para desaprobar la versión exculpatoria del imputado en este último escenario y probar que está mintiendo.” (Gascón Abellán, 2008)

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 resoluciones 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.

4.8. LA TEORÍA DEL RIESGO

Cuando un individuo se junta por voluntad propia con otra para platicar sus actividades delictuosas o realiza determinadas acciones vinculadas con el delito, está contemplando el riesgo de ser delatada. Se ha manifestado reiteradamente

que si el mismo interesado no protege sus garantías no pretenda que lo haga el Juez.

Este supuesto en análisis se ejecuta 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, etc.

En este criterio, 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 válido su testimonio posterior y la grabación de una conversación telefónica cuando uno de los participantes sea autor de la misma. Por otra parte, en cuanto al caso del agente encubierto, si bien los Jueces Superiores en lo Penal de Perú, admiten que existe una fuerte oposición para dar crédito a la información obtenida por esta vía, sin embargo, debido a “ la popularidad” de dicha metodología, finalmente terminan aceptando 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.

Por su parte, Asencio Mellado, haciendo referencia a la sentencia de 1 de marzo de 1996, del Tribunal Supremo Español, en un juicio en lo que lo cuestionado era una grabación de una conversación entre cuatro individuos realizada subrepticamente por una de ellas, asume el argumento fino 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...”. (Sentencia Supremo Tribunal Español, 1996).

En la doctrina brasileña, según expresa Torquato Avolio, “la prueba recolectada a través de grabaciones clandestinas seria 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 el permiso del remitente, no compone un delito contra la inviolabilidad de la correspondencia. Sin embargo, lo que no resultaría aceptable es la difusión de un dialogo confidencial como prueba penal incriminadora.” (Torquato Avolio, 2012)

Es necesario identificar dos situaciones concretas: en primer lugar, la intrusión realizadas por agentes de acoso penal estatal siempre exigirán la cobertura de un mandato judicial en regla y producirse dentro del marco de un análisis 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 ha de aplicarse la teoría del riesgo.

Cuando son particulares quienes brindan las grabaciones o filmaciones es notable que estamos hablando de un hecho extraprocesal. En este ámbito hay quienes podrían objetar que, al allegarse al proceso penal una fuente de prueba obtenida mediante la grabación o filmación de un diálogo, se estaría atentando el derecho a la intimidad de la persona contra quien se pretende hacer valer los datos así obtenidos 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, escuchas, inclusive actos fotográficos, que no cuenten con mandatos judiciales, pues dichos actos lastimarían la intimidad como derecho constitucional. (Carbone, 2008)

La teoría del “riesgo prohibido”, por el contrario, acepta incorporar al proceso la información adquirida por las técnicas arriba mencionadas sin que se considere arruinado el ámbito de la intimidad de las personas ni el secreto de las comunicaciones. Esto es así, primero porque en la manifestación o término de los pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de interés desde que nadie los obliga; y segundo, núcleo esencial de esta práctica, quien revela a su oyente situaciones que lo pueden exponer asume el riesgo de ser delatado, es decir, a que lo dicho en la entrevista trascienda de su ámbito inicial. Por otro lado, el

secreto de las comunicaciones está referido al amparo contra intromisiones de terceros ajenos a la conversación y no a una pretendida imposición de reserva para los intervinientes en ella. No es éste el caso, por supuesto, de las notificaciones hechas ante interlocutores impuestos por el secreto profesional a proteger reserva de lo escuchado, tales como abogados defensores, eclesiástico, especialistas, etc.

Más visible puede ser la existencia de una grabación telefónica o contenidos fílmicos en aquellos casos en que lo que se graba o filma es un acto ilícito. Nadie podría exigir razonablemente en estos casos que la víctima, que es la que aporta la grabación o filmación, tenga que recolectar previamente una orden judicial para reconocerle validez al aporte. Si en la práctica procesal, nadie cuestiona, que el destinatario de una carta la presente como evidencia al proceso, es lógico que también deba aceptarse 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 aún cuando es afectado por la conducta de su interlocutor.

Distinto debe ser el tratamiento de aquellas conversaciones que son grabadas o filmadas clandestinamente por terceros en un lugar privado (un domicilio, una oficina), sin la aceptación de los participantes. En estas circunstancias, si bien lo que se hubiese podido asegurar durante la conversación lo ha sido por voluntad propia, es innegable su ilegalidad gracias a la falta de conocimiento y consentimiento por parte de al menos uno de los interlocutores. Echando mano del ejemplo antes mencionado, puede mantenerse 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.

4.9. ALCANCES DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

Manifiesta 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 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 será aplicable a la teoría de “*fruit of the poisonous tree*”; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, definitivamente, es que la prueba recolectada ilegalmente puede no viciar a las restantes probanzas obrantes en la causa, porque es probable que no exista vinculación entre la actuación irregular y la evidencia.

El fundamento de la doctrina de la fuente independiente aplica como señala Gascón Abellán, 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 adquieran todas las pruebas de un delito se ponderan correctamente si se pone a la Policía en la misma posición, no es una posición degradante, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia.” (Gascón Abellán, Nix vs Williams, 1984)

Cuando las pruebas cuya admisibilidad se arremete, provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas colocaría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación”; sin embargo, señala el autor Fabricio Guariglia, que “En el marco legal, la doctrina de la fuente independiente, estrictamente no se cataloga como una excepción real a la regla de exclusión, debido a lo establecido que es que no hay vinculación causal entre el acto ilícito y la prueba que se está cuestionando, por lo cual no encuadra en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: en otras palabras, lo que la doctrina pretende explicar es, que dicha prueba proviene de un árbol sano, y no de un árbol envenenado.” (Guariglia, 2005)

CAPITULO V

EL DERECHO MEXICANO Y LA PRUEBA PROHIBIDA

5.1. ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL

En la actualidad el sistema jurídico mexicano le ha dado protección constitucional a la exclusión de la prueba ilícita. Este reconocimiento procede de las reformas efectuadas en el 2008 que entre otras se introdujeron reformas a los principios del proceso penal, con el artículo 20, A), fracción IX de la Constitución mexicana; en ella se establece que: cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula. Es decir, se sanciona con la nulidad a una prueba obtenida contraviniendo un derecho fundamental. Por consiguiente, la prueba pierde el valor probatorio dentro del proceso penal. Ha esta prueba la doctrina mexicana por consenso la denomina prueba ilícita, ya que se obtiene, como hemos mencionado, vulnerando derecho; asimismo, coincide en ello, afirmando que la prueba obtenida directa o indirectamente bajo el mecanismo que hemos señalado, está prohibida por ley (Polanco Braga, E, 2015, pág. 35).

La prueba prohibida por sí misma, que explica Benavente Chorres implica una restricción de los datos que pueden ser susceptibles durante la investigación y de los medios que pueden ser utilizados con el fin de obtener la convicción judicial. (Benavente Chorres, H, 2013, pág. 135). Cabe resaltar que; Urosa Ramírez, hace mención sobre el efecto o consecuencia de exclusión de la prueba derivada, ya que afecta en gran manera y en muchos casos generan la eliminación de prueba que deriva de esta. (Urosa Ramírez, G, 2013, pág. 88). Antes del 2008, la licitud probatoria se analizaba en el marco del debido proceso y de la garantía de audiencia del artículo 14 de la CPEUM, además, de los derechos contemplado en el artículo 16 de la CPEUM como son: la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia y protección de la persona frente a actos arbitrarios.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014 considera pruebas ilícitas sancionadas con nulidad o exclusión a las que se obtienen vulnerando derechos fundamentales, así lo establece en su artículo 264; así mismo, se establece de manera taxativa que las pruebas y datos deben obtenerse o producirse en el marco de la legalidad y la ley (Artículo 263); de la misma manera el artículo 357 ratifica que las pruebas obtenidas no respetando los derechos fundamentales no tendrán valor probatorio.

Posterior a la reforma, en el nuevo diseño procesal, la nulidad regulada por la regla de exclusión genera consecuencias según la etapa procesal en que se transita, de tal manera que, en la fase de investigación o de preparación a juicio, la exclusión supone la no admisibilidad de la prueba, mientras que, en la etapa de vista oral, la exclusión supone la no trascendencia de la prueba para el fallo, es decir, la completa interdicción en su valoración. Se entiende que la inadmisibilidad ha de operar como regla general: todo desahogo de prueba ilícita en juicio es indeseable en tanto implica un riesgo de contaminación del tribunal, y para no traducirse en violación al debido proceso, ha de suceder sólo en casos de descubrimiento tardío de la ilicitud u otra circunstancia excepcional. Dicho esto, debemos precisar que la inadmisibilidad ha de operar siempre como regla general, ya que cuando se detecta una prueba ilícita puede suponer una contaminación del Tribunal y para no violar el debido proceso debe darse la interdicción de su valoración cuando se da un descubrimiento tardío de su ilicitud. Para Reyes Loaeza, la exclusión se da, por un lado, con la inadmisibilidad del medio probatorio que debe suceder en la etapa intermedia o en la calificación de pruebas para que no sea valorada en juicio y el tribunal no se contamine; y por otro lado, en el mecanismo de no valoración, que debe darse cuando por alguna razón o circunstancia la prueba ilícita ha sido admitida a debate, ahí al momento de realizar la valoración debe manifestarse que dicha prueba no será valorada (Reyes Loaeza, J, 2012, pág. 22). De este modo, el derecho Constitucional mexicano reviste la protección a los derechos fundamentales elevando a rango constitucional, la prohibición de la prueba ilícita y sus correspondientes reglas de exclusión.

5.2. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El CNPP no ha definido la prueba ilícita, sin embargo, su descripción legal permite inferir que el legislador ha asumido un criterio en cuanto a la conceptualización de la prueba ilícita. Es decir, se ha considerado prueba ilícita sólo a aquellas que, para ser obtenidas, directa o indirectamente han vulnerado los derechos fundamentales de la persona.

Desde esta perspectiva un problema dogmático que se advierte al momento de determinar el alcance de la prueba ilícita, es determinar si comprende sólo su obtención ilícita o también su incorporación. El CNPP en sus artículos 259, 263, 264 y 265 hace referencia solamente a la obtención de las pruebas violando los derechos fundamentales; no obstante, esto no significa que no se debe estimar la posibilidad de excluir la prueba ilícita en el proceso, al momento de la incorporación de la fuente de la prueba. Es decir, este mecanismo está orientado a la inutilizabilidad o no valoración de la prueba.

Otro problema dogmático que se puede advertir está referido a comprender lo que debe entenderse por violación o vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Según Armenta Deu (2000, p.85) debemos entender que el contenido de un derecho fundamental, que se convierte en límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, no se pueden limitar, restringir ni vulnerar tales derechos. Cuando se traspasa dicho límite se estaría frente a la afectación de un derecho fundamental. Es decir, en cuanto concierne a la esencia del derecho (naturaleza) de modo que todo el contenido es en sí mismo es necesario, entonces se podría afirmar que se viola el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando se afecta el contenido determinado de su ámbito de protección de cada uno de los derechos existentes (Armenta Deu, T, 2000, pág. 85).

Para algunos autores, la prueba ilícita es consecuencia de la obtención o incorporación sin observancia del debido proceso. Para Armijo Sancho (1997), la prueba ilícita se produce por la violación de derechos procesales, y que para estos casos el corpus jurídico procesal prevé el régimen de nulidad. (Armijo Sancho, G, 1997, pág. 50).

Por otro lado, para los efectos derivados de la prueba, el CNPP establece de manera expresa que los medios de prueba obtenidos violando el contenido esencial de los derechos fundamentales son excluido o será declarados nulos. Es decir, las fuentes de prueba no podrán ser utilizadas o incorporadas al proceso ya que tiene un origen ilícito.

Estos criterios jurídicos están relacionados con la inutilizabilidad o ineficacia probatoria; ya que no podrán ser objeto de la valoración del juez. No obstante, el CNPP no hace referencia a la inadmisión de la prueba ilícita, lo que no implica que desde el propio Código abstraer una interpretación orientada a permitir la posibilidad de inadmitir una prueba ilícita. Es decir, el CNPP emplea el término “exclusión” para referirse a la inadmisión de las pruebas al establecer que el juez sólo podrá excluir las pruebas que no sean pertinentes o estén prohibidas por ley. Entre ellas, estaría la prueba ilícita dado su origen ilegítimo, por consiguiente, debe ser excluida por el juez.

En cuanto a las excepciones a la regla general de la exclusión, ya sea como inadmisión o exclusión en la valoración de la prueba ilícita, el CNPP no regula los diferentes supuestos ya sea que se haya obtenido directa o indirectamente una fuente de prueba, violando los derechos fundamentales, es posible su valoración del mismo modo que los supuestos la ineficacia de una prueba ilícita es producto de la jurisprudencia (Binder, A, 1993).

A diferencia de la jurisprudencia norteamericana, las excepciones que contempla la regla de la exclusión probatoria son producto de los fallos de la Suprema Corte.

Ellos emplean los principios de “proporcionalidad” y de “ponderación de intereses” para definir si se utiliza o no de las fuentes de prueba derivadas de la violación de los derechos fundamentales.

Finalmente, cuando la prueba prohibida es incorporada indebidamente en el proceso, el juez podrá excluirla de la valoración al momento de la deliberación. Según los artículos 259, 263, 264 y 265 del CNPP, este no puede utilizar los medios de prueba que hayan sido incorporadas al proceso cuando estas contengan fuentes de prueba obtenidos vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales. Es decir, el Juez sólo deberá utilizar para la deliberación las pruebas que legítimamente han sido incorporadas en el juicio; por consecuencia, se deben excluir las pruebas ilegítimas.

5.3. JURISPRUDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE LA PRUEBA

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia la Nación en el 2011, en su jurisprudencia ha establecido que el derecho a un debido proceso también comprende no ser juzgado en base a pruebas obtenidas sin cumplir los requisitos legales y constitucionales. Es así que el Tribunal establece que: si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular, no puede sino ser considerada inválida. (Tesis de jurisprudencia 1a./J. 139/2011, 2011).

Esta perspectiva de la jurisprudencia parece coincidir en la exclusión e invalidez, tanto a la prueba violatoria de las leyes y las normas constitucionales. Así mismo señala que las pruebas en el procedimiento penal deben declararse nulas cuando la norma transgredida establezca: garantías procesales, la forma en que se practica la diligencia o derechos sustantivos en favor de la persona y el efecto derivado de la regla de exclusión. Es decir, las pruebas derivadas deben anularse cuando

aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. (Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 140/2011, 2011).

En la misma perspectiva, el Tribunal Colegiado de Circuito ha considerado que la prohibición o la exclusión de la prueba ilícita es un derecho fundamental del inculpado durante todo el proceso, además, observa que está vinculada al debido proceso, a la imparcialidad de los jueces y a una defensa adecuada para esclarecer un hecho. (Tesis de Jurisprudencia I.9o.P. J/12, 2012)

Hasta aquí podemos decir, que en México la jurisprudencia sobre excepciones o limitaciones al alcance de la regla de exclusión está aún en desarrollo.

La tesis jurisprudencial hace referencia a “la teoría del vínculo o nexo causal atenuado”. Que debe derivar de un caso de segunda declaración lícita relacionada con una declaración inicial ilícita, aquí se autoriza a que el órgano decisor lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, en cada caso debe ponderar si existe en particular un vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada es tenue o débil.

5.3.1. ORIGEN INDEPENDIENTE Y SUS EXCEPCIONES

¿De dónde proviene la excepción de la fuente independiente? La (*independent source* doctrine) procede de la jurisprudencia norteamericana, esta establece que entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita exista una conexión causal, si no existe este vínculo no será posible excluir la prueba, por el contrario de deberá aprovechar su utilización; Es decir, la excepción de la fuente independiente consiste en afirmar esa desconexión causal, para admitir la prueba que no provenga de una actividad ilegal.

Así mismo, establece que la prueba obtenida ilícitamente puede no viciar a las restantes pruebas obrante en la causa, cuando es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia.

Para Marina Gascón Abellán, el argumento de la doctrina de la fuente independiente se encuentra en el precedente del caso *Nix vs Williams* relacionado básicamente con las 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 provienen de una fuente independiente aún en detrimento de la policía se debe referir el interés de la sociedad.

De este modo, para la autora, la prueba de fuente independiente no se presenta como una regla de exclusión; ya que si no hay conexión causal entre la prueba en cuestión y el acto ilícito por lo tanto no entra la regla de exclusión.

Sin embargo, el problema surge cuando se aplica la doctrina de la fuente independiente o se corre el riesgo de aplicarse donde si existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, ya que resulta relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. (Gascón Abellán, M, 2008, págs. 88 - 89)

Un ejemplo de una fuente independiente podría ser cuando en la actuación policial se dejan de cumplir con ciertos criterios primordiales que concluyen en un comportamiento ilegal por parte del policía aunándose en una fuerza punitiva ilícita. En un caso concreto de la fuente independiente podemos encontrar, por ejemplo, cuando la policía tiene elementos de información suficiente para implementar una orden de cateo, pero tal vez por su buena fe y en su manera de ver su cumplimiento del deber de llevarla a cabo, ingresan sin autorización al bien inmueble, en la cual encuentran evidencia por lo que proceden a solicitar la orden a un juez de garantías, esto tomando como base la información obtenida a partir de un hallazgo inevitable

e ilícito gracias a la acción antijurídica cometida por lo policías al ingresar al inmueble sin autorización. (Alfonso Rodríguez, O, 2004, pág. 482) refiere que:

El efecto indirecto de la vulneración, no es predicable cuando se distingue una desconexión causal entre las pruebas que se obtuvieron ilegítimamente contra las que no fueron consideradas como tal. Un ejemplo de este efecto indirecto podría ser el siguiente: cuando una prueba es obtenida mediante la pericia, como en el caso del cotejo de huellas dactilares, cuando estas se obtuvieron de una impresión en un objeto material, contra las que fueron conseguidas en una detención irregular, en el supuesto en el que haya sido detenido a un ciudadano irregularmente bajo cualquier cargo ; y en el arresto se le tomaron las huellas dactilares, y al cotejarlas con las tomadas en el lugar del delito, coincidieron. Durante la segunda prueba pericial fue ilícita por provenir de una detención arbitraria; empero, cuando se vinculó de nuevo al presunto culpable, presentando otra prueba pericial dactilar coincidente con las huellas halladas en la primera zona de cotejo, con huellas antiguas del mismo, que obraban en los archivos de la Policía, y que no tenían conexión con las recogidas tras la detención arbitraria. Esta nueva prueba pericial fue lícita porque fue alcanzada independientemente del arresto ilegal.

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:

- 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 fue recibida como motivo de su detención derivada del propio cateo, encontrándose detenido, en diligencia posterior, independientemente de la actuación ilegal.
 - b) Existe una ilegalidad en el proceso del cateo, se entiende que no se le dio el alcance a notificar la inspección de los bienes asegurados ni lo que con lleve sobre ellos.
 - c) Las pruebas independientes del cateo, recabadas subsecuentemente, como lo la declaración de los implicados o testigos.
 - d) Estas pruebas son independientes de su originalidad o fuente.
- 2) Cuando se realiza la imputación en contra del quejoso, los agentes aprehensores que han de encontrar las evidencias dentro del inmueble y por lo cual realizaron el aseguramiento, en la cual se da fe ministerial, el dictamen químico practicados sobre la misma, desprenden consecuencias necesarias necesaria durante el cateo ilegal, pues de no haber ingresado al inmueble, no se hubiera asegurado la evidencia ni lo que con lleva. 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 establecer estos argumentos se puede manifestar una inviolabilidad del domicilio es un derecho público subjetivo, sin embargo, esto permite que la autoridad haga practica de actos de molestia a los particulares e introducirse en éstos, bajo ciertas condiciones o requisitos, esto con el fin de que pueda cumplir con sus actividades, pero sin causar una molestia innecesarias; esto conlleva a que la autoridad deba respetar parámetros derivados de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos así como en materia en Derecho Humanos o como el ejemplo del 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 traen como consecuencia que la diligencia de cateo carezca de todo valor probatorio, al realizar un ingreso al inmueble ilícito, 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 registrado, según al respecto a la 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.

Se puede hacer una observación del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, dentro de la cual 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, ya que la validez formal del cateo se condicione a que exista una acta circunstanciada firmada por dos testigos, no implica que ellos deban de verificar que la diligencia se practique conforme a derecho, sino que solo deben de rectificar que queden asentados en una acta o informe, pues incluso, si se toma en cuenta que en atención al principio constitucional de adecuada defensa, el juzgador está obligado a recibir y desahogar las pruebas que ofrezca el inculpado, siempre que no sean contrarias a la ley, el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo debe realizarse con formalidades legales respectivas basándose en una causa probable, ello no impide que los hechos que del mismo derivan puedan controvertirse a través de un diverso medio de prueba, como los careos o la testimonial de quienes intervinieron en la respectiva diligencia. Por lo cual, los policiales designados como testigos de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del ocupante del inmueble cateado, hayan participado en la

ejecución material de la misma, no motiva la invalidez del cateo ni de las pruebas que se hayan conseguido gracias a la pericia, por lo que no da lugar a estimar que se infringe la independencia de su posición como testigos, ya que al rendir su testimonio lo hacen a nombre propio y sobre hechos que les constan como funcionarios públicos, correspondiendo al juzgador valorar la idoneidad de su ateste (tesis P./J. 1/2009, 2004, pág. 6).

De manera directa existe una vulneración; ya que los objetos y personas encontrados en el inmueble inconstitucionalmente registrado, no hubieran existido de no haberse practicado el cateo ilegal, lo cual evidencia el protocolo del mismo cateo y por lo cual resulta ilegal y, en consecuencia, carece de valor probatorio, esto influye de una manera directa actos posteriores, 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 puede tener el mismo nivel probatorio en juicio ya que fueron obtenidas producto de una 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 todos los requisitos constitucionales, sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo realizado en dicha forma en beneficio de la autoridad, toda vez que el cateo se declare sin valor probatorio, 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 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 jurídicos, toda evidencia que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio; ello debido a un mandato constitucional respecto de la orden de cateo que va dirigido a las autoridades cuya función son la procuración y administración de justicia pero que con su actuar pueden violar derechos fundamentales del

ciudadano que pueden trascender en diversos ámbitos, y por lo cual las autoridades deben cumplir con marco constitucional establecidos para estos efectos.

Empero, menciona que 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 procesos judiciales existe una investigación ministerial de un delito previamente cometido, 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 significa que 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 o que se está cometiendo una violación, que se posee droga o armas, tráfico de personas, pederastia estos son casos en los que no se necesita una orden judicial de cateo que autorice la intromisión a un inmueble en particular, ya que se está en presencia del acto delictivo. El art. 16 constitucional, menciona que cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, puede detener al indiciado y lógicamente hacer cesar el delito previamente cometido o en flagrancia; lo anterior, esto establecido cada vez que la Constitución no establece acotamiento alguno.

Solo cuando se trate de un delito cometido en flagrancia, establecido constitucionalmente y legalmente citado, puede la autoridad introducirse a un inmueble sin contar con orden judicial, esto derivado a que una posible demora podría hacer énfasis a la investigación de los delitos y la aplicación de las penas correspondientes; por lo que la autoridad policial podría irrumpir en el domicilio de un ciudadano sin contar con orden de cateo, esto cuando se esté cometiendo el delito dentro del domicilio o en su caso una vez ya ejecutado el delito en flagrancia, el inculpado es perseguido hasta el domicilio particular. Por lo que se determina que en los supuestos de flagrancia no se requiere, necesariamente, orden de cateo, ya que las evidencias por lógica están relacionadas con las detenciones

previamente realizadas, pues tendrán eficacia probatoria y corresponderá al juzgador valorarlas conforme a las reglas relativas; bajo la razón de que la autoridad policial debe de salvaguardar la seguridad y protección de la ciudadanía, por lo que se convierte en garante de los bienes de la sociedad y por lo cual puede ejercer este deber sin que expresamente la autoridad judicial lo determine.

Pues, si en la Constitución y en el Código Nacional de Procedimientos Penales se establecen los requisitos de la orden de cateo, sin los cuales la misma será ilegal, pero 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 correspondientes, en atención a los bienes tutelados que afecta, como tampoco, que ante conductas constitutivas de delitos, el Estado no actúe.

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 a lo antes señalado, un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecerán de valor probatorio. La validez de la diligencia de cateo a un estricto régimen de requisitos de formalidad y legalidad con el ánimo de justificar que la acción de los servidores públicos no quebrante el derecho de inviolabilidad del domicilio, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las pruebas o evidencias que se obtengan 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, 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 judicializarse la investigación respectiva 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 se llegará a acreditar que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión será ilícita.

Las explicaciones que marcan el inicio a dos jurisprudencias:

INJERENCIA DE LA JURISDICCIÓN EN UNA RESIDENCIA SIN MANDATO JUDICIAL. EFECTIVIDAD DE LOS ACTOS REALIZADOS Y DE LOS DATOS OBTENIDOS, CUANDO ES SUSCITADA POR PARTICIPACION DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.

No obstante, la gestión de registro fijado en el octavo acápite del artículo 16 constitucional asume la delegación de un falta, la realidad de una averiguación ministerial y la posibilidad de que en la residencia que se cateara se encuentra el individuo fútil o los objetos vinculados con el ilícito; esto no pasa en todos los casos, pues tratándose de flagrante falta, con esencia en que la dilación puede causar ilusoria la averiguación de la falta y la práctica de las sanciones, la regencia policial no requiere necesariamente distribución de cateo para incrustarse en la vivienda personal en el que se está cumpliendo la falta, ya que en ese caso, el auténtico artículo 16 constitucional señala apostar una omisión al respecto al aprobar a cualquier persona, y con máximo causa a la regencia, detener al indiciado, igualmente de que el Estado -como fiador de los ingresos de la sociedad- tiene la obligación de actuar a la brevedad en casos de flagrancia; por lo que en esas circunstancias, los medios de testificación obtenidos como resultado de la intromisión de la regencia a un piso sin sumar con mandamiento de cateo, motivada por la delegación de un falta en flagrancia, tienen capacidad probatoria, ya que al congeniar de hipótesis distintas, a significación de cronometrar su decisión probatorio, no se

aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una averiguación gubernativa. Así, las pruebas que se obtengan a seccionar de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el ochavo acápito del artículo 16 legal, carecen de capacidad probatoria, ello con emancipación de la trabaja en que las autoridades que irruman en el piso pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del alisamiento de un piso por noticiero de la regencia policial en azar de flagrancia tienen capacidad probatoria, aun cuando no exista distribución de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del alisamiento de un piso por noticiero de la regencia policial en caso de flagrancia, ésta obligación sumar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al piso sin distribución de cateo, los cuales deben aportarse en el instrucción en azar de consignarse la sondeo parecido a significación de que el Juez tenga instrumentos que le permitan ascender a la convicción de que verdaderamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante bienestar intromisión, carecen de capacidad probatoria (Jurisprudencia 1a./J. 21/2007, 2007, pág. 224).

Al igual que:

ALLANAMIENTO. EN ACEPTACION A LA CAUCION DE INTANGIBILIDAD DE LA RESIDENCIA, EL MANDATO HECHO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, TIENE QUE JUNTAR LAS CONDICIONES DADAS EN EL ARTICULO 16 DE LA CONSTITUCION, DE NO HACERLO ESTA ORDEN Y LAS EVIDENCIAS QUE SE HAYAN REUNIDO COMO RESULTADO DE ESTE, PIERDEN EFICACIA PROBATORIA Y NO SON LEGALES. Con el fin de auxiliar verdaderamente la persona, familia, residencia, carpeta e intereses de los gobernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que las órdenes

de allanamiento única y solamente pueden ser hechas por la soberanía judicial cumpliendo las siguientes condiciones: a) que este hecha por escrito; b) que exprese el punto que ha de inspeccionarse; c) que precise la disciplina de la inspección; d) que se oriente un certificado circunstanciado en audiencia de dos testigos propuestos por el inquilino del circunstancia cateado o en su desvanecimiento o negativa, por la gobierno que practique la trámite. En ese sentido, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cumplimiento a la fianza de inviolabilidad de la vivienda, establece que, si no se cumple con cualquiera de los requisitos del octavo acápite del antedicho precepto constitucional, la gestión carece de efecto probatorio. Así que, las pruebas obtenidas con incumplimiento a dicho respaldo, esto es, los objetos y sujetos que se encuentren, su detención en el apartamento oficial y las otras evidencias que sean efecto directo de las obtenidas en la manera referida, así como el certificado circunstanciada de la propia gestión, carecen de capacidad probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo principio sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y, por tanto, sin efecto probatorio en términos del señalado artículo 61, no tienen de efectividad legal, pues de no haberse hecho el cateo, tales prácticas no hubieran existido (Jurisprudencia 1a./J. 21/2007, 2007, pág. 111).

5.3.2. ENLACE ATENUADO

En relación, a la excepción del Enlace Atenuado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada CVI/2012(10ª), al gestionar el amparo en revisión 2420/2011, en plazo de once de abril de dos mil doce, estableció que en relación a la introducción a una vivienda por parte de los agentes policíacos, puede comportarse justificadamente por 1) la efectividad de una organización sumarial; 2) la delegación de un infracción en flagrancia; y, 3) la facultad del inquilino del residencia; posterior supuesto, que no constituye una creencia que deje sin existencia a la orden sumarial de cateo, esto es, la facultad del individuo no puede

ser entendida en el dirección de facultar cateos disfrazados, salvo que deben actuar con los lineamientos del artículo 16 constitucional; por lo que la facultad del individuo, como omisión a la inviolabilidad del vivienda, solamente podrá aparecer en acto en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria efectividad de una orden sumarial o de la delegación de un incumplimiento en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía avala a un llamado de protección de un particular, tal como se aprecia en el siguiente criterio:

INVULNERABILIDAD DE LA VIVIENDA. EL PERMISO DEL INDIVIDUO, EN CONSECUENCIA, DE AUTORIZAR EL INGRESO Y REGISTRO DE LA VIVIENDA POR PARTE DE LA AUTORIDAD, NO ADMITE LA ACTUACION DE CATEOS DISFRAZADOS.

El acceso a una residencia por parte de los agentes de policía, puede estar acreditado ya sea: 1) por la efectividad de una orden legal; 2) por la representación de un crimen en flagrancia; y, 3) por la autorización del inquilino de la residencia. Respecto a este extremo supuesto, es requerido iniciar de la noción de que la autorización del individuo, como exclusión a la inviolabilidad de la residencia, no se constituye en un potencial que palabra sin ingenuidad a la distribución legal de cateo. Es decir, esta exclusión se actualiza en escenarios distintos al de la distribución legal de cateo y al de la flagrancia. La habilitación del individuo no puede ser entendida en la orientación de permitir cateos disfrazados que hagan inaplicables las previsiones constitucionales. Conforme al artículo 16 constitucional, se requerirá la veracidad de una distribución de cateo para cualquier influencia de hostio que incida en el área jurídica de un sujeto, su familia, residencia, legajo o posesiones. La emisión de dichas órdenes es imperativa para que la autoridad pueda desempeñarse cualquier influencia de molestia. Por lo mismo, el citado artículo constitucional establece los requisitos que las órdenes de cateo necesariamente deben reunir para que el influencia de autoridad lleno con alegoría en las mismas sea constitucional, a saber: (i) únicamente pueden ser expedidas por la autoridad judicial a demanda

del Ministerio Público; (ii) en la misma deberá expresarse el ocasión a inspeccionar, la cualquiera o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan; (iii) al acabar la gobierno se adeudo relevar un acta circunstanciada de la misma en vista de dos testigos propuestos por el inquilino del ocasión cateado o, en su oscurecimiento o negativa, por la jefatura que haya practicado la gobierno. La habilitación del individuo, como exclusión a la inviolabilidad de la residencia, exclusivamente podrá impresionar en acto en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria verdad de una distribución legal o de la representación de un fallo en flagrancia, como, por ejemplo, en los casos en los que la policía contesta a un llamado de protección de una persona. En esta lógica, la jefatura no puede pasar por alto la necesidad constitucional de la orden legal de cateo con una sencillo demanda al particular para que le permita conseguir a su residencia, sino que la relación correspondiente debe datar precedido de una apelación del parcial en la orientación de la necesaria audiencia de los agentes del Estado a fin de vigilar una delimitación de emergencia. Así las cosas, y partiendo de lo anteriormente expuesto, esta autorización o aceptación protestativo se constituye en una de las causas justificadoras de la intromisión a la vivienda ajena. Esto es así, ya que, si el derecho a la inviolabilidad de la residencia tiene por intención que los individuos establezcan ámbitos privados que excluyan la vista y especificación de los demás y de las autoridades del Estado, es metódico que los titulares del derecho puedan comenzar esos ámbitos privados a quienes ellos deseen, siempre y cuando esta solución sea exento y consciente (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012).

5.3.3. EXCEPCIONES DEL DESCUBRIMIENTO INDEPENDIENTE O INELUDIBLE

El Estado tiene la obligación de garantizar los valores y los conocimientos que rigen a la sociedad, causa por la cual no puede rebozar los límites de la licitud, pues

podría acarrear un deterioro social al olvidar la legalidad en que tiene que sostener sus actuaciones. Por tal razón, el fiscal, el juzgador y las partes deben trabajar con lealtad, buena fe, objetividad, licitud en el debate probatorio y con pureza del sujeto humano, principios que constituyen los lineamientos principales a la tenacidad de los conocimientos de la exención de la certificación, la fabricación coactiva de la misma y el derecho de defensa. Así, entonces, en la instrucción no se puede explotar fundamentos de certificación que desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa disposición legal, un derecho central o un seguro judicial, toda vez que se pueden tener lugar de manera implícita, al respecto la Corte mexicana así lo precisó en los conocimientos de secreto de exactitud e in dubio pro reo, publicado en el Semanario Judicial de la Federación:

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREDICHO TACITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos procede la base de supuesta inculpabilidad, y con esta ilación, vinculada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del dicho reglamento, se deriva la presencia del principio in dubio pro reo, quien tiene como beneficio de rango constitucional. Siguiendo el caso, según el principio constitucional de la supuesta inculpabilidad, cuando se inicia el proceso al imputado, este no tiene la obligación de demostrar su inocencia, es el Estado quien tiene la carga probatoria del delito y es responsable de quien se imputa. Así que, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional prevé que las resoluciones que son hechas por el Estado deben ser entera, con eso se entiende que es obligación de los tribunales solucionar todas las controversias que llegan a ellos, y no deja de ser legal el emitir resolución ante alguna.

Por su lado, el citado artículo 23, in fine, señala el exculpamiento de dicho escrito, esto es, absolver de manera temporal al inculpado en una causa criminal cuando las pruebas otorgadas por la parte acusadora durante el juicio resultaron ser insuficientes para comprobar su culpa; por lo que el exculpamiento debe ser definitivo y no temporal, también el artículo 23 advierte que es ilícito juzgar en dos ocasiones a un sujeto por un mismo delito (principio de non bis in dem). De tal forma que si en el juicio penal el Estado no demuestra la culpabilidad criminal, el juez forzosamente tendrá que dar una resolución en la que se utilicen las cuestiones hechas (artículo 17, segundo párrafo) y ante la falta de pruebas tiene que alargar la decisión final, eximiendo de la instancia -O sea, postergando el juicio hasta un mejor momento- forzosamente tendrá que eximir al inculpado, para que cuando concluya el tiempo establecido de la instancia o terminados los recursos de procedencia, tal decisión adquiera calidad de cosa juzgada (artículo 23).

SUPUESTA INCULPABILIDAD. EL PRINCIPIO REFERENTE SE ENCUENTRA DE MANERA TACITA EN LA CONSTITUCION FEDERAL.

De la explicación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emana, por una constituyente, el comienzo del oportuno cambio legal que implica que al pronunciado se le reconozca el derecho a su escape, y que el estado exclusivamente podrá privarlo del mismo cuando, habitando suficientes instrumentos incriminatorios, y rectilíneo un cambio barco en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del petición, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la reproche correspondiente, el delicado pronuncie arbitraje verdadera declarándolo culpable; y por otra, el inicio acusatorio, mediante el cual corresponde al receptor subvención la factor persecutoria de los delitos y la obligación (censo) de examinar y presentar

las pruebas que acrediten la mercancía de éstos, tal y como se desprende de lo conveniente en el artículo 19, acápite primero, particularmente cuando previene que el coche de formal calabozo deberá expresar los datos que arroje la investigación previa, los que deben ser bastantes para asegurarse el multitud del desliz y efectuar veraz la deber del denunciado; en el artículo 21, al orientar que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; de igual modo en el artículo 102, al encauzar que corresponde al estancia presencia de la convenio la rastreo de todos los delitos del estructuración federal, correspondiéndole buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del oportuno proceso devoto y el acusatorio resguardan en manera tacita el distinto inicio de indicio de ablución, dando lugar a que el gobernado no esté preciso a deleitar la legalidad de su porte cuando se le imputa la comisión de un falta, en partida que el querellado no tiene la canon de ambicionar su higienización, extensión que el sistema previsto por la estatuto Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, con antelación, tal estado, al dirigir aposta que es al junta audiencia a quien incumbe paladear los instrumentos constitutivos del incumplimiento y de la culpabilidad del inculpado (Tesis 1ª. CXVII/2005, 2007, pág. 697).

CAPÍTULO VI

LA ANTIJURIDICIDAD DE LA PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO A LA LUZ DE SUS EXCEPCIONES

6.1. LA REGLA COMO EXCEPCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE LA PRUEBA DESDE UNA VISIÓN NORTEAMERICANA

Sin duda, el sistema jurídico de procedimiento criminal norteamericano es el sistema en el que el principio de la exclusión de prueba conseguida con transgresión de garantías constitucionales ha obtenido un reconocimiento más amplio, aunque no libre de discusiones polémicas y regresiones, aunque también ha logrado un desarrollo jurisprudencial más acabado.

Este tema se discute fundamentalmente en el plano constitucional, siendo decisiva al respecto la jurisprudencia de la Suprema Corte, aunque debe señalarse que en los Estados Unidos también existen regulaciones sobre la materia a nivel federal como estatal. Se puede afirmar que, en realidad no se conoce una única regla general de exclusión de prueba, sino que son varias, creadas a partir de la interpretación de diferentes garantías constitucionales.

6.1.1. Reglas de exclusión. Fundamento y status

En el referido sistema estadounidense existen las reglas de la exclusión de prueba procedentes de la infracción a las Enmiendas Quinta y Sexta de la Constitución Federal -La conocida como Declaración de Derechos (*Bill of Rights*, integrada por las primeras diez enmiendas del 25 de septiembre de 1789, ratificadas el 15 de diciembre de 1791), la primera respecto al derecho a la no autoincriminación y, la segunda, referida al derecho a la asistencia jurídica. Estas enmiendas textualmente prescriben lo siguiente:

Quinta Enmienda: "... tampoco podrá obligársele (a la persona)
a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará

de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”.

Sexta Enmienda: “En todas las causas penales, el acusado [...] contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa.

La interpretación de la prerrogativa de la no autoincriminación y del derecho a la asistencia jurídica ha dado lugar, entre otros aspectos notables, a una formidable protección de los ciudadanos frente a interrogatorios por parte de los agentes del Estado, especialmente por medio de las famosas reglas de Miranda (Miranda vs Arizona 384 U. S. 436, 1965), cuya transgresión conduce a la exclusión de la evidencia así conseguida.

Sin embargo, la más trascendental de todas las reglas de exclusión de prueba es la derivada de transgresiones a la Cuarta Enmienda, que textualmente señala:

Cuarta Enmienda: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarias, y no se expedirán órdenes en ese sentido sino en virtud de causa probable, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas”.

Esta garantía contra detenciones, incautaciones arbitrarias y allanamientos no sólo ha dado lugar a una significativa e interesante jurisprudencia sobre su contenido incuestionable e inmediato, esto es, respecto de los presupuestos de legitimidad de tal tipo de intromisiones o molestias en la esfera de los derechos de los gobernados, sino que también sobre las consecuencias que han de generarse por la inobservancia de tales presupuestos con el objeto de hacer efectiva realmente la protección constitucional, específicamente, ordenando que se excluya como prueba toda aquella que se haya conseguido con incumplimiento de la garantía.

La aplicación de esta regla de exclusión, se remonta a 1914. En *Weeks Vs United States* (232 U.S. 383, 1914), la Suprema Corte resolvió por primera ocasión que no podía aprovecharse como prueba de cargo en juicio evidencia material conseguida con trasgresión a la Cuarta Enmienda.

Por su lado, de acuerdo con lo resuelto en *Silverman Vs United States* (365 U.S. 505, 1961), también deberá excluirse los testimonios sobre informaciones obtenidas con la actuación ilegítima.

Esta regla de exclusión no ha estado exenta de discusión en los Estados Unidos, inclusive en la propia Suprema Corte de aquel país las opiniones disidentes se han hecho sentir, al dudarse especialmente que la exclusión de prueba realmente tenga efecto disuasivo, ello debido al argumento consistente en que el funcionario o servidor público que infracciona la Constitución no se le castiga y el delincuente no es sancionado, lo que genera un doble daño para la sociedad.

También se ha argumentado que tal vez resultarían más eficientes otras medidas para procurar el respeto de las garantías constitucionales y menos onerosas para los intereses de la comunidad, como pudieran ser las indemnizaciones por parte del Estado, entre otras.

Respecto al basamento de esta regla de exclusión, generalmente se señalan dos elementos: por un lado, la pretensión de disuadir a los agentes estatales para que no vulneren la protección constitucional, denominada *deterrence*, y, por otro, la protección de la integridad judicial dado que, los tribunales no deben, al admitir la prueba ilícita en el juicio, convertirse en cómplices de los ataques en contra de la Constitución.

Actualmente, el argumento respecto de la integridad judicial prácticamente está extinto y es el efecto de *deterrence* de los agentes estatales, principalmente de los policías, el que se ha mantenido como piedra angular en la aplicación de la regla de exclusión.

Resulta conveniente señalar que la Suprema Corte ha entendido que el efecto cardinal de la exclusión, el efecto de *deterrence*, queda suficientemente atendido, como regla general, mediante su aplicación en el acto del juicio. Consecuentemente, no se aplica al procedimiento ante el Gran Jurado en la audiencia preparatoria con carácter de antejuicio aplicable en el modelo de procedimiento criminal norteamericano (United States Vs Calandra, 414 U.S. 338, 1974), ni en los procedimientos cautelares de fianza, de determinación de las penas o de revocación de libertad bajo palabra.

6.1.1. LOS LÍMITES DE LAS REGLAS COMO EXCEPCIÓN EN LA SEPARACIÓN DE LA PRUEBA EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Aparentemente la regla de la exclusión de prueba tiene amplio espectro de aplicación, sin embargo, esta no se utiliza en forma absoluta. Procedo a describir brevemente los principales límites y términos a que está sujeta. Resulta oportuno señalar que en el derecho estadounidense la regla de exclusión relativamente, es decir, no de manera absoluta, no se aplica en materias que no son penales.

a) Impugnación de la credibilidad del acusado.

En *Agnello Vs United States* (269 U.S. 20, 1925) se propone que la prueba obtenida con violación de garantías constitucionales no sólo no podría utilizarse como pruebas de las imputaciones, sino que tampoco debería poder servir para impugnar la credibilidad de otros medios de prueba.

No obstante, en *Walder Vs United States* (347 U.S. 62, 1954), se resolvió que la regla no es impedimento para emplear la prueba excluida como medio de impugnación de la credibilidad de las declaraciones del imputado en el interrogatorio a través de su examen directo, argumentando con tal propósito que la finalidad de la regla no estriba en que se le permita mentir libremente a un imputado que, en todo caso, tiene derecho a no declarar en juicio y que si decide hacerlo, ello lo hace

por su propia voluntad. En suma, la excepción no se refiere a la sola negación de cargos por parte del imputado que contradice la evidencia excluida, sino que particularmente a todo lo que adicionalmente haya sido declarado por aquél.

Después, en una resolución muy controvertida y votada por mínima mayoría, la Suprema Corte extendió el perímetro de la excepción también a la impugnación de la credibilidad de lo declarado en el contrainterrogatorio del acusado por parte del fiscal en el examen redirecto (*United States Vs Havens*, 446 U.S. 620, 1980), aunque exclusivamente en relación a preguntas legítimas vinculadas a lo que declaró el imputado en su interrogatorio directo.

También debe mencionarse que, hasta los tiempos actuales no se ha extendido la excepción a la impugnación de credibilidad de las declaraciones producidas por otros testigos de la defensa o de otros medios de prueba ofertados y desahogados por la defensa (*James Vs Illinois*, 110 S.Ct. 648, 1990.).

b) Legitimación para reclamar la exclusión de prueba (standing).

Para la Suprema Corte norteamericana no basta solo resultar favorecido por la exclusión de prueba conseguida con transgresión de la Cuarta Enmienda para estar en la postura de poder reclamar tal exclusión, sino que, además se debe tener la posición de víctima de la infracción constitucional. Es esta última circunstancia lo que otorga la legitimación (standing en inglés) para requerir la exclusión de prueba.

A manera de referencia tenemos el caso *Rakas Vs Illinois* (439 U.S. 128, 1978), en el que la Corte Suprema sostiene que los derechos originarios de la Cuarta Enmienda son derechos personales que no pueden ser solicitados por terceros. Así pues, lo realmente debatido es la determinación de quién ha sido víctima de la vulneración constitucional. En este asunto en particular se declara concluyente el criterio de la legítima expectativa de intimidad en el lugar invadido.

c) Actuaciones de buena fe o Good faith exception.

Otro límite a la exclusión de prueba ilícita es el que se presenta cuando, a pesar de haber sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de una persona, tal medio de prueba puede ser utilizado en su contra cuando los agentes del Estado que lo obtuvieron lo hicieron actuando de buena fe.

Es oportuno puntualizar que, la exclusión continúa cuando un oficial de policía razonablemente bien capacitado cree que la orden judicial era válida, de donde se desprende que la excepción de buena fe se fundamenta en un examen objetivo normativo a partir de la figura ideal del “oficial razonablemente bien entrenado”.

Con esta regla de exclusión de prueba, en el derecho norteamericano se pretende lograr un efecto disuasivo en los agentes estatales, especialmente los policías, y evitar que con su proceder vulneren las garantías constitucionales de los ciudadanos con los que se interrelacionan, por lo tanto, si el agente actuó de buena fe, la exclusión de la prueba no serviría a ese propósito, pues no es necesario disuadir a agentes que no han pretendido quebrantar las garantías constitucionales, sino que, por el contrario, han actuado en la creencia o convicción de estar haciéndolo precisamente de conformidad con tales garantías.

Inicialmente la excepción referida en el párrafo precedente sólo se aplicaba a actuaciones policiales soportadas con orden judicial de apoyo, con lo cual, en principio, tal excepción no se ampliaba a actuaciones sin ese respaldo. Sin embargo, esto ha sido debatido en los últimos años, pues muchos de los razonamientos de esa resolución tienen validez también en relación a actuaciones sin tal orden judicial. Como ejemplo se cuenta con el caso señalado en *Arizona v. Evans* (514 U.S. 1, 1995.), donde se detuvo al imputado y se le incautó evidencia, en virtud de una orden dejada sin efecto pero que se conservaba vigente de manera indebida en el sistema de control computacional por omisión de un empleado judicial responsable de la actualización de los registros.

Por último, debo señalar que esta excepción asentada en la razonable y legítima confianza de los agentes policiales en órdenes judiciales con apariencia de debido derecho se ha aprovechado también en actuaciones policiales ejecutadas bajo el amparo de legislaciones que con posterioridad han sido declaradas inconstitucionales.

d) Actuaciones exclusivamente privadas.

Esta excepción se ha presentado, cuando son ciudadanos los que vulneran las garantías constitucionales y en base en su proceder se obtienen las pruebas tachadas como ilícitas. Se debe advertir la *deterrence* tiene como intención primordial disuadir a los agentes del Estado de vulnerar las garantías constitucionales, sin incidencia en el ámbito estrictamente privado. Pudiera considerarse que ni siquiera es una verdadera excepción, simplemente porque la Cuarta Enmienda sólo limitaría la acción estatal y no la de los particulares.

No obstante, la excepción culmina si la conducta de los particulares se conecta de manera significativa con la actuación de los agentes estatales, sobre todo si se realiza a instancias de los agentes estatales o en cooperación con ellos, resultando decisivo en éste último caso si la actuación de los agentes estatales agrega algo a la conducta de los particulares en el descubrimiento del hecho. Así se presentó en *Walter v. United States* (447 U.S. 649, 1980), en el que particulares recibieron paquetes postales por equivocación y al abrirlos se percataron que se trataba de películas cuyas imágenes externas sugerían material obsceno, razón por la cual las entregan a agentes del FBI. Los miembros de esta agencia son los primeros que ven el contenido de las películas y determinar que efectivamente se trataba de material obsceno. En este asunto la intervención estatal adiciona mucho al registro privado original, de tal suerte que se debió activar la protección constitucional. Circunstancia diversa hubiera sido el caso si los particulares hubieran procedido a descubrir también el contenido de las películas.

6.1.2. EL VICIO DE LA ATENUACIÓN DE LA PRUEBA Y SUS SUPUESTOS

a) Alcances de la exclusión: doctrina de los frutos del árbol envenenado y sus límites.

Uno de los aspectos más notables de la regla de exclusión de prueba lograda con transgresión de la Cuarta Enmienda es que ésta no sólo afecta la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los “frutos” de dicha prueba.

Éste es un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba en el derecho estadounidense y que se ha hecho famoso e identificado con el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*). Todo apunta a que esta regla fue originada en la resolución del caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 1920, en el cual se impidió forzar el interrogatorio “legal” de un testigo cuya existencia había sido descubierta gracias a documentación que con anterioridad había sido ilegalmente incautada.

La idea nuclear de esta doctrina o excepción no es otra que la efectiva vigencia práctica de los fines de la regla de exclusión, los que se pudieran eludir muy fácilmente si su efecto no se ampliara a los resultados mediatos de la vulneración constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido generando y, a la par, registrando algunos límites al principio, sobre todo por vía de precisar las características del vínculo causal que debe existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se pretende, vínculo causal que en algunos casos, pensando de manera estricta, puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea incuestionable, puede aparecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse depurado.

En términos generales, se puede decir que las excepciones se han presentado en tres grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*), la regla del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery rule*) y el principio de la conexión atenuada (*attenuated connection principie*). Me referiré en qué consisten estos brevemente.

b) Doctrina de la fuente independiente

Desde hace mucho tiempo se ha admitido que no debe excluirse la prueba que tiene su génesis en una fuente independiente de la ilicitud inicial, esto porque sencillamente no existe razón para considerar que es un producto o fruto de la ilicitud al no tener su origen en ella.

a) Descubrimiento inevitable

Tampoco se excluye aquella prueba que, si bien en lo particular no se consiguió de forma independiente de la obtenida ilegalmente, en todo caso, inexorablemente, iba a ser descubierta por medios legales.

b) Principio del vínculo atenuado o *purged taint*

Este principio parte de la idea de que el vínculo causal existente entre la ilegalidad y la obtención de la evidencia puede ser tan atenuado que llega a reducir al mínimo el vicio.

Se ha tratado de reconsiderar las razones esgrimidas para no la no aplicación de esta la regla de exclusión debido al escaso efecto disuasivo que ésta tendría. Esto es que, cuando la liga entre la ilegalidad original y la prueba derivada cuya exclusión se discute es muy atenuado, no puede indicarse que tal prueba derivada haya estado presente en la mente y consideraciones de los agentes policiales al momento en que ejecutan el acto ilegal, de tal manera que la amenaza de su exclusión no tendría efecto disuasivo.

También se ha puesto a considerar el costo social que implica la exclusión de este tipo de prueba, puesto que en esos casos la dispersión del vicio de ilicitud es tan laxo que, en realidad, no genera el efecto disuasivo que la regla de exclusión pretende y si dificulta la búsqueda de evidencia contra probables delincuentes.

En este tenor, se han sugerido diferentes criterios que servirían para considerar si se está ante un caso de un vínculo atenuado. Con toda reserva, no puede desecharse que, en todo caso, se trata únicamente de criterios orientadores generales que no excusan de un escrupuloso examen de cada caso en particular y en el examen a profundidad de toda su complejidad. Algunos de estos criterios son los siguientes:

1. **Extensión de la cadena causal.** En la medida que existan más factores entre la ilegalidad originaria y la recolección de la evidencia, más probabilidades existirán de la admisibilidad de la evidencia. Mientras más apartada de la ilicitud se halle la evidencia, es menos probable que la policía la conciba como un fruto de aquélla, por lo tanto, se minimiza el efecto disuasivo de la exclusión.
2. **Naturaleza de la evidencia derivada.** Cierta tipo de evidencia resulta, por su propia naturaleza, ser más susceptible de resultar saneada que otra. De manera concreta, resultaría más fácil sanear la prueba testimonial que la prueba material. Esto obedece a dos razones: En primer lugar, porque los testigos suelen surgir por su propia voluntad, mientras que los objetos materiales requieren ser descubiertos por otros; y segundo sitio, porque las probabilidades de conseguir prueba testimonial por medios legales son mayores, y por esa razón la policía tendrá menores incentivos para vulnerar la Constitución al obtener testimonios ilícitos.
3. **Acto libre de voluntad.** La intervención de un acto libre de voluntad puede depurar el vicio.

4. **Proximidad temporal.** Mientras más breve sea el tiempo que exista entre la conducta ilegal y la obtención de la prueba, se tendrán mayores posibilidades de que ésta sea declarada viciada.
5. **Gravedad e intencionalidad de la ofensa.** Mientras más grave sea la ofensa y menos accidental sea ésta, mayor debe ser el efecto disuasivo y, consecuentemente, el alcance de la regla de exclusión también debe ser mayor.

6.1.3. DESCUBRIMIENTO INELUDIBLE

Otro límite es el del llamado descubrimiento ineludible. Tenemos referencia de esta regla en el caso NIX v. WILLIAMS, 467 U.S. 431 (1984). El descubrimiento ineludible o inevitable permite la admisibilidad de la evidencia conseguida mediante otra prueba o procedimiento ilícito pues, de todas maneras, se hubiera logrado por otros medios probatorios o vías legales independientes y legítimos de la original conducta ilícita. Si esto es así, no resulta conducente establecer una regla de excepción.

6.1.4. LAS EXCEPCIONES DE LA BUENA FE

De este supuesto ya me he ocupado previamente. Se presenta en casos en los que la intervención de la autoridad no se cumple el fin preventivo de la representación de ilegalidad dado que ésta actuó de buena fe creyendo que lo hacía dentro de la ley. La buena fe policial puede encontrarse motivada por defectos de la Ley o por defectos en la representación del juez, requiriéndose, además, que el agente policial este adecuadamente capacitado en sus atribuciones.

6.3. LA ANTIJURIDICIDAD COMO EXCEPCIÓN DESDE LA VISIÓN ESPAÑOLA

En esta sección me referiré a un componente de la exposición del delito: la antijuricidad. En mano, la vinculación de antijuricidad es una construcción teórica del Derecho Procesal Español mediante la cual se pretende esclarecer cuándo deben ser excluidas del proceso las pruebas obtenidas a costa de la lesión de un derecho fundamental.

6.3.1. Regulación de la prueba ilícita en España

La primera norma relativa a la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español se contiene en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, de fecha 1 de julio de 1985, que es una disposición de gran alcance para la regulación de los aspectos organizacionales de la Administración de Justicia en España. Establecida en el apartado 1 del artículo 122 constitucional, dicha norma instituye que “En todo tipo de procesos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales”.

Dicha disposición carece de precedentes en el Derecho constitucional español o en su normatividad secundaria. Se afirma que perfecciona la situación legal anterior a él ya que, establece un criterio normativo cierto.

En el ámbito estrictamente penal, la ausencia de norma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal estimulaba un tratamiento disímil de este asunto por los órganos jurisdiccionales, los cuales en no pocas ocasiones forzaban el contenido del artículo 659, párrafo I de la Ley para no admitir la prueba ilícitamente obtenida, aun sin el debido sustento legal para ello.

Este artículo limitaba la inadmisibilidad de los medios de prueba a los casos de impertinencia en atención a aquel axioma que, en materia probatoria señalaba que lo que abunda no daña, pero no preveía un criterio para atender los casos de pruebas obtenidas ilícitamente.

a) Fundamento constitucional del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Constitución de España no contempla una prohibición expresa de la prueba ilícitamente obtenida o algún pronunciamiento en favor del derecho a la prueba lícita o la legal, aunque existe una norma de desarrollo en la Constitución española de 1978. En cambio, en otras constituciones de países latinoamericanos si hay esas disposiciones como en la brasileña (Artículo 5, LV); la guatemalteca (artículo 24, con especial referencia a la infracción de la inviolabilidad de la correspondencia, libros o registros), la de Ecuador (artículo 24.14 que extiende la ilicitud a las pruebas practicadas en contra de la ley; la de Paraguay (artículo 17.9) o de Honduras (artículo 88 que proscribe la violencia e intimidación para forzar una declaración) o la mexicana (artículo 20 apartado A fracción IX, que señala que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula).

Volviendo a la constitución hispánica, lo que se llega a establecer en materia de prueba es el derecho fundamental para que solo se practiquen medios de prueba que sean pertinentes (artículo 24.2) pero en sí, no es una prohibición genérica de la prueba ilícita, aunque si se establecen algunas prohibiciones específicas que violentan derechos fundamentales y que en ocasiones tienen incidencia en materia penal como el ingreso o el registro de domicilio sin contar con la autorización del propietario o con orden judicial, salvo en casos de delitos flagrantes (artículo 18.2), o la intervención de las comunicaciones telefónicas, postales o telegráficas (artículo 18.3) que también requieren de autorización judicial.

El enlace de la prohibición de la prueba conseguida ilícitamente con el derecho fundamental a los medios de prueba pertinentes es forzado, ya que involucra una interpretación forzada de un concepto establecido en la dogmática jurídico-procesal como es el de pertinencia de la prueba.

En sentido etimológico, pertinente proviene del latín *pertinens*, *pertinentis*, que es el participio activo de *pertinere*, que significa pertenecer, concebir, es decir, que pertenece a algo. En el espacio procesal, se destina a aquellos medios probatorios que son aptos para la demostración de los hechos debatidos por tener relación con

ellos o por tener como objeto los hechos mismos sobre los que trata el proceso, según esto, la licitud o ilicitud de la fuente de prueba nada tiene que ver con la relación material de dicha prueba con los hechos que se discuten y que son objeto del proceso, en otras palabras, de esta manera, ni la licitud de la fuente anticipa la pertinencia de la prueba, ni la ilicitud desvincula al medio probatorio de los hechos fundamentales del proceso.

No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional español se ha valido de la interpretación mencionada para determinar el vínculo entre la prohibición del medio de prueba y el sistema de derechos y garantías fundamentales que se integra en la Carta Magna. Esta argumentación no resulta muy convincente y puede ser innecesaria si el fundamento de las prohibiciones para conseguir medios de prueba puede tomarse de otras disposiciones de la propia Constitución. Así, el vínculo entre el deber de practicar la prueba con medios lícitos y la Constitución debe realizarse por el derecho a un proceso público, con todas las garantías del debido proceso que ello implica (artículo 24.2) y con el derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales (artículo 24.1 constitucional).

Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984, de 29 de noviembre, cuyo fundamento jurídico quinto dice, entre otras cosas, que: "Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce habrá de concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (artículo 24.2 de la Constitución) [...]".

De la misma manera lo ha sostenido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso Schenk contra Suiza, en la sentencia de 12 de julio de 1988, que considera la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas como contrarias a la idea del debido proceso. Paradójicamente, la interpretación otorgada al Convenio Europeo de Derechos Humanos tampoco admite que la prohibición de la prueba ilícita se ocasione al amparo de su artículo 6.2, de acuerdo con el cual toda persona acusada de una infracción penal se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada, sino al del derecho al proceso equitativo. En consecuencia, más que, que un derecho fundamental, nos hallaríamos ante una garantía procesal articulada sobre los derechos fundamentales; una garantía de la tutela efectiva de justicia que puede llegar a ser derecho fundamental.

b) La sentencia 114/84 del Tribunal Constitucional

Esta sentencia fue la primera dictada por el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión y resolvió un amparo promovido por un trabajador en contra de dos sentencias dictadas por la jurisdicción laboral, al entender que en las resoluciones se había declarado procedente su despido en virtud de que se había conocido los hechos motivo de aquel en base a dos conversaciones grabadas obtenidas con violación del derecho fundamental a la secrecía de las comunicaciones, que en el derecho español se garantiza en el artículo 18.3 constitucional, hecho que también constituía, a juicio del recurrente, una violación del derecho al debido proceso con todas las garantías. A fin de cuentas, en este caso el Tribunal Constitucional español no concedió el amparo, pero ello no le impidió, asentar las bases de la doctrina constitucional sobre la materia, previo a su perfeccionamiento legal ordinario.

La sentencia 114/1984, partiendo de la inexistencia hasta aquel momento histórico de una norma expresa sobre la prohibición de la prueba ilícitamente obtenida, planteó como criterio general el de la ponderación entre los intereses procesales en controversia, para concluir que la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su asentada condición de “inviolables”,

ello de acuerdo al artículo 10.1 de la Constitución española, establece la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental, aunque la garantía pueda ceder cuando su origen sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que adquieren su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal caso puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la etapa probatoria del proceso.

Así pues, en tales hipótesis nos hallamos ante un problema de conflicto entre derechos de igual calidad: el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes y, en contra del mismo, los otros derechos fundamentales y garantías procesales reconocidos por la Constitución (prohibición de la tortura y de los tratos degradantes, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas), y al ser la prueba un derecho fundamental, su ejercicio sólo puede ser restringido por el deber de respeto que merecen otros derechos de igual calidad, aunque también es viable estimar acordes a la Constitución las pruebas conseguidas con infracción de normas de rango inferior al derecho fundamental a la prueba.

La sentencia 114/84 del Tribunal Constitucional, acertadamente o no, no concibe la prohibición de la prueba obtenida por medios ilícitos como un derecho fundamental autónomo, sino como una garantía más de la primacía de los derechos fundamentales. Así pues, el sistema constitucional español, en vez de instaurar un derecho a que la prueba practicada no se consiga por medios ilícitos, impone el deber de obtener los medios de prueba por medios lícitos, como garantía de no vulneración de los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto con la adquisición de la prueba.

Dado que el Tribunal Constitucional español optó por la ponderación, ello nos lleva indudablemente al ámbito del principio de proporcionalidad, que exige al momento de estimar la licitud de la práctica de determinados actos de investigación restrictiva de derechos fundamentales, en el sentido de que la misma sólo podrá entenderse

constitucionalmente legítima si se efectúa con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para conseguir un fin constitucionalmente legítimo y es idónea e imprescindible para la investigación de los hechos jurídicos que indispensable y legalmente lo requieran.

La ausencia del reconocimiento expreso de un derecho a la prueba lícita entraña algunos riesgos, por ejemplo, el que, en atención de las necesidades de la política criminal de un Estado, la interpretación jurisprudencial de la garantía acarree un aumento de los casos excepcionales a la regla de ilicitud y se desvirtúen las fronteras de la garantía y, con ello, los límites razonables de ciertos derechos fundamentales.

c) Contenido de la norma y efectos de la prueba obtenida ilícitamente en España

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inciso final, se circunscribe a señalar que no surtirán efecto las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales.

En esos términos es obvio que nos encontramos ante una norma de carácter prohibitivo. En consecuencia, a la hora de desarrollar su contenido, importa abordar separadamente, en primer término, lo relativo a la conducta prohibida y, en segundo lugar, lo referente a las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta cuestionada. Abordaré ambos aspectos a continuación.

- **Conducta prohibida:** obtener medios de prueba violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales.

La razón de esa restricción aparentemente radica en que, por virtud del equilibrio en la ponderación de derechos, siendo la prueba una actividad fijada en el derecho a la tutela judicial efectiva, y reconociéndose en la Constitución de manera expresa el derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes, la prueba sólo puede soportar limitaciones por

contravención de derechos de idéntica calidad, esto es, de derechos fundamentales. En este sentido, de acuerdo al mandato referido las fuentes de prueba conseguidas con violación de otros derechos, sin la relevancia constitucional de derecho fundamental, no pueden ser privadas de eficacia probatoria.

De acuerdo al precepto señalado, es necesario diferenciar la prueba “ilícita” de la prueba “ilegal”. Para el caso español, dentro de la primera categoría está la prueba viciada desde su origen, por serlo también la fuente de la prueba; y la prueba ilegal es aquella practicada con violación de las normas procesales que la regulan. Así pues, la ilicitud de la prueba depende de un hecho anterior al proceso o, aun simultáneo a éste, realizado fuera del proceso mismo o en un momento diferenciado de la fase de prueba en la audiencia correspondiente; la ilegalidad se corresponde con la infracción de las normas procesales que regulan el ofrecimiento práctico o la valoración de la prueba en cuestión.

En su sentencia número 64/1986, de 21 de mayo del año en cita, el Tribunal Constitucional de España expresó que la garantía únicamente se refiere a la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba, no en la que se origina durante su práctica o valoración.

La circunscripción del supuesto de hecho se contempla en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la referencia de la prueba obtenida “directa o indirectamente”. En consecuencia, se amplía la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido declarado ilícita sino también para las pruebas conseguidas en principio por medios lícitos, pero como derivación de hechos demostrados a partir de pruebas con fuente vulneradora de los derechos fundamentales .

- **Efectos de la vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de la fuente de la prueba.**

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece los efectos del quebrantamiento de los derechos fundamentales en la consecución de la fuente de la prueba, indicándose que éstas no surtirán efecto. En tales términos, nos encontramos, en origen, ante el efecto propio de la nulidad de pleno Derecho. Por ello la ineficacia se produce no desde el momento de la declaración, sino absolutamente desde el momento en que se originó la vulneración. La norma no propone expresamente la nulidad, sino al efecto propio de ésta.

La solución legal es imperativa, pues establece un régimen uniforme, incluso con independencia de que se trate de pruebas directas u obtenidas de forma mediata de la fuente ilícita, y deja poco margen a la interpretación del juez. Sabemos que, la flexibilización de la regla de ineficacia de la prueba derivada nace en el Derecho norteamericano con la teoría de los frutos del árbol envenenado. El Derecho español ha admitido la influencia de esta tendencia relativizadora de la regla general de ineficacia de la prueba ilícita a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo(Sala segunda, 4 de marzo de 1997; 5 de junio de 1995) y del Constitucional en diferentes sentencias(282/1993, 86/1995, 54/1996 y 81/1998) que desarrollan la teoría sobre la conexión de antijuricidad (Díaz Cabiale, J. A.(2002) pp. 39-49), partiendo de la base de que en supuestos excepcionales, a pesar de que las pruebas de cargo se encuentren naturalmente vinculadas con el hecho constitutivo de la violación del derecho fundamental por emanar del conocimiento alcanzado a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, se las debe reconocer como válidas y aptas, por tanto, para disminuir la presunción de inocencia.

Para establecer si las pruebas conseguidas a través del conocimiento procedente de otra perpetrada, violando un derecho fundamental, deben ser prohibidas o no, ha de precisarse si se encuentran vinculadas a las que trasgredieron el derecho fundamental sustantivo de manera directa, esto es, habrá que establecer un vínculo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se amplía también a las

segundas, esto es lo que se conoce como “conexión de antijuridicidad”. Esta postura la precisare líneas más adelante.

El régimen previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea algunos problemas en la praxis. De manera fundamental, ante la inexistencia prácticamente de normas de desarrollo en las normas procesales penales. La norma señala que las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales “no surtirán efecto”. Sin embargo, la cuestión es establecer cómo, en qué momento y a iniciativa de quién se invalida la prueba en el desarrollo del proceso.

La cuestión es difícil no sólo porque es usual que el conocimiento de la ilicitud de la fuente se obtenga con posterioridad a la incorporación de la prueba al proceso, incluso con posterioridad a la práctica o conocimiento de ésta por el tribunal. Esta particularidad se da en el caso español cuyo procedimiento mantiene al juez de instrucción. De ser el caso, bien está que se pueda decretar su ineficacia procesal, pero ¿cómo lograr que una prueba conocida y apreciada por el juez no sea asumida en el proceso interno de formación de su convicción sobre los hechos punibles? Esto solamente sería posible por medio de la aplicación de una regla de abstención o de recusación del juez que, además de ser inexistente en el derecho español, tendría muy compleja articulación orgánica y un costo de tiempo y económico posiblemente no asumible por la administración de justicia.

En el caso español, la solución razonable para cubrir la omisión legal se ha encontrado con la aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en cuyo artículo 287 se establece un incidente para alcanzar la declaración de ilicitud de un medio de prueba, antes de su práctica.

d) La antijuridicidad como excepción desde la visión española

La sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional señala: “En la presencia o ausencia de esa conexión (de antijuridicidad) reside, pues, la ratio de la interdicción

de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”.

En este sentido, la argumentación existente 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. (Jäger, C., 2003, pág. 93)

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:

6.3.1. VISTA INTERNA

Es obligatorio que la prueba refleja o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a (o particular de) la violación del ordenamiento jurídico, lo que tendrá lugar cuando la noción obtenida mediante la vulneración inicial del derecho que no logre ser requerido y decisivo frente a la aplicación sobre los hechos en la segunda prueba; esto es, tal es el caso de, cuando el interrogatorio se hubiera podido obtener normalmente por principios independientes de los lineamientos ilícitos. La creencia de la cifra de la independencia exige tener en cuenta en qué circunstancias y de qué índole, junto a las características de la infracción originaria sobre su obtención, es igual a su resultado (Llobet Rodríguez, J, 2006, pág. 90).

Un juicio que se obtiene determinando, desde un punto de vista interno:

- a) la índole y características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria;
- b) su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla y desde un punto de vista externo;
- c) las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho vulnerado exige.

6.3.2. VISTA EXTERNA

Esta vertiente requiere que no sea necesaria una sólida protección legal que se deteriorada por la ilegalidad. La causa de esta cifra se tendrá que tomar en cuenta sobre la objetividad de la transgresión del derecho de forma directo cometida al igual que la existencia o no de la intencionalidad o quebrantamiento grave (López-Barajas Pérea, I, 2006, pág. 45).

Si bien es cierto, de forma adecuada bajo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España, para poder tratar de evaluar si existe cierto enlace de antijuridicidad que pueda existir o no, confirmado al tener que investigar, en primer término la índole y características de la violación de algún derecho, cuando se materialice la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar, si desde un punto de vista de fondo, su inconstitucionalidad se trasmite o no por medio del elemento probatorio conseguido de aquélla; no obstante incluso, se debe meditar, desde una cierta realidad, sobre las necesidades esenciales de observancia que la sinceridad y efectividad del derecho (Pellegrini Grinover, A, 2007, pág. 41).

La proposición sobre la conexión de antijuridicidad condiciona de cierta manera la admisión de las pruebas de origen ilegal e indirectas, exceptuado de la autonomía jurídica cuando se lesiona el derecho y la prueba que deriva de ella, a la inexistencia

de necesidades importantes sobre la protección del violación de un derecho; se entiende que, la independencia jurídica se debe analizar de manera educada sobre la violación de los derechos fundamentales y determinar se es viable admitir una prueba que proviene de forma ilegal, sin que tenga que afectar de manera contundente la esencia del fondo de los hechos que se buscan tutelar (Maier, J, 2003, pág. 97).

Desde otra perspectiva, sobre la eliminación desde un punto de vista preventivo, se toma como referencia a la doctrina norteamericana del de *terren effect*, sin embargo, frente a una vulneración del derecho e independiente de la prueba, que se tenga que eliminar se debe condicionar sobre los aquellas necesidades que se vienen discutiendo, asimismo, el tribunal en un inicio había establecido ciertos lineamientos sobre la exclusión sobre la constitución como salvaguarda de la esencia procesal, teniendo que ser formulada una vez más sobre sus fundamentos, teniendo que acercarse sobre algunos pronunciamientos típicos existentes en la jurisprudencia norteamericana.

Luego de un año de la estructuración sobre la doctrina, la STC 49/1999 es claro el cambio sobre los lineamientos que se tienen que aplicar en la exclusión, la cual existe como consigna frente a un juicio dicha ponderación fundamentada en el interés público en la búsqueda de la verdad con la finalidad de proteger los derechos fundamentales. Es así que dicha ponderación por parte del investigado debe de ser discrecional, teniendo que dejar bajo la administración del Juez la certeza sobre la garantía de sus derechos (Salas Calero, L., 2002, pág. 386).

Mediante la evaluación sobre la independencia jurídica se tiene que tomar en cuenta cuales han sido las condiciones que han originado la vulneración inicial sobre el derecho, teniendo en cuenta que la consecuencia sobre su discreción es importante en el juicio; es más se encuentra con ciertas limitaciones sobre el convencimiento de su aplicación rígida frente a los lineamientos que poseería frente a cierta repercusión perjudicial sobre la credibilidad frente a los sujetos en la administración

que se realiza en el poder judicial, pero teniendo en cuenta que en el proceso penal lo tomarían como si fueran individuos que aparentemente son culpables exonerándose en la consideración como detalle técnico que carece de importancia y sobre si se hace referencia a preceptos más profundos de categoría filosófica política donde los derechos fundamentales no puedan ejercer representación frente al estado de forma infranqueable asimismo del derecho (Velasco Nuñez, E, 1996, págs. 10164-10165).

Dentro de los que defienden este tipo de debilidades sobre los lineamientos basados en la separación de la prueba, hay algunos que se muestran en contra de ello por ser muy blandos con los derechos fundamentales, cuando existe una necesidad de tener que sancionar el delito por parte del Estado; la cual considera que desarraigarse de la violación sobre los derechos prohibiendo que se tenga que admitir la prueba ilegal, para evitar acciones de esta índole como tener que premiar al afectado prácticamente, se podría sancionar al policía quién violó los derechos fundamentales al obtener la prueba pero no dejar como si no existiera lo que en realidad si existe (Alfonso Rodríguez, O, 2004, pág. 41).

Pareciera que existieran dos tipos de ideas; primero los que protegen los organismos sobre Derechos Humanos donde no coexiste cierta razón, ideología, política, militar, etc. De cualquier idiosincrasia la cual tenga que ser un hecho que demuestre de manera justificante la violación de los derechos humanos sobre su universalidad (Muñoz Sabaté, L, 1997, pág. 4).

Por consiguiente, se consideran desde otro punto de vista que los Derechos Humanos son concernientes y dependen del:

- a) Ambiente cultural.
- b) de conocimiento político
- c) de preservador de la seguridad del Estado.

Los Derechos humanos se consagran como un producto occidental, que es el resultado posterior a la Segunda Guerra Mundial; la cual posee determinadas obligaciones que se sostienen en base a los valores sobre la revoluciones americana y francesa, y sus respectivas declaraciones (Martínez Pineda, Á, 1995, pág. 253).

Como referencia tenemos a los países de Latinoamérica la cual poseen experiencias diferentes, una de ellas es la colonización con el problema sobre el indígena y su dominación por los europeos y no por la Segunda guerra mundial. Sin embargo, dicha apreciación sobre los derechos humanos como un cuerpo normativo universal lo que busca es que se incorporen visiones occidentales sobre determinados tipos de vida, dentro ello las decisiones personas que se rigen en las relaciones entre personas y su afinidad con el Estado. Lo que sí enaltece es la diversidad cultural y su identificación nacional (Montañes Pardo, M, 1999, pág. 417).

En el proceso del desarrollo capitalista, la cual representa como un intercambio de mercancías, la cual ha sobrellevado un largo intercambio de cultura sobre aquellos valores y creencias que se han venido entrelazando y multiplicándose, que supera los límites de la occidentalización. Sin embargo, tenemos hoy en día que hallar culturas donde sus tradiciones sean justificables, teniéndose como expectativa el relativismo que se ha venido construyendo en su conjunto con una teoría que se encamina a tratar de aplicar de forma justificable en las acciones autoritarias por medio de los estados del tercer mundo. Frente a ellos existe una interpretación novedosa sobre un principio de no discriminación ya sea por su raza, sexo, religión, etc., la cual se refiere de que el goce de los derechos humanos no puede estar sujeto al disfrute de un individuo como pertenencia a un Estado confinado a las fronteras de una nación (Chipoco, C, 2005, pág. 45).

No es posible llegar a un punto discriminatorio desde una postura sobre la pertenencia sobre una cultura; Hernán Montoalegre sostiene que: determinadas personas, como son los terroristas o subversivos no poseen derechos, la cual sobre

ellos no existe seguridad por parte de la nación. La cual para poder defenderse una nación tiene que violentar los derechos humanos, no obstante, no se logra especificar sobre cuáles son los medios por la cual se avalan para su seguridad (Berizonce, M y Roberto, O, 2005, pág. 366).

Los ciudadanos son parte de la nación, son quienes la constituyen y sería todo lo contrario violentar los derechos humanos de estas personas frente a la figura de la seguridad nacional. Sería algo ilógico que se justifique por medio de grupos militares, políticos o por medio de la delincuencia organizada, que acepten la violación de los derechos humanos, lo que sería todo lo contrario a la seguridad nacional, en casos como el narcotráfico, secuestro, homicidios, etc. Debe tenerse presente que los derechos humanos son universales que son parte de una herencia que recae sobre toda la humanidad (Chipoco, C, 2005, pág. 35).

La presente investigación es importante porque no es renuente a los derechos fundamentales, como una esencia básica para la gestión política, teniendo que priorizar los derechos con la demanda social sobre la justicia y la seguridad, anulando de una forma u otra la trascendencia, teniendo en cuenta una postura sobre el texto en la constitución mexicana que es tajante, donde la legislación secundaria hace hincapié como una excepción, dicho esto se encuentra amparado sobre una idea donde un sistema absoluto se encuentra sujeto a prioridades la cual son diferentes sobre los bienes y derechos constitucionales, porque en su eventualidad tendrían que ser resueltos por medio de un juicio donde se tenga que ponderar los conflictos sobre circunstancias de hechos reales (Berizonce, M y Roberto, O, 2005, pág. 368).

Al tener que dejar ciertos asuntos a la discreción sobre una decisión, ello provoca que diferentes intereses sobre los derechos fundamentales en espacio a otro tipo de valores, como es el aumento de la criminalidad, la cual se va expandiendo y se consolidará como una forma de reglamentaria de ser excluida bajo cierto lineamientos interpretativos, aunque tenga que contravenir sobre el reconocimiento de la

actividad empleada en los derechos humanos y su eficacia, sujeta a un modelo de proceso constitucional que no se encuentra únicamente en la investigación sobre la verdad, sino que incluye la protección de los derechos la cual la verdad no puede ser sujeto de persecución bajo cualquier precio (Vega Torres, J, 1993, pág. 414).

Se demuestra cierta conexión sobre los hechos antijurídicos que existen sobre ciertos análisis que el Tribunal Constitucional aplica:

- Primeramente, las características y cualidades que los derechos fundamentales que sean susceptibles de vulneración estén sujetos a una prueba iniciaría como por ejemplo el secreto de las comunicaciones.
- Se ha logrado conseguir como resultado para poder establecer desde una perspectiva interna, aquella inconstitucionalidad la cual se trasfiere por intermedio de la obtención de dicha prueba (prueba refleja)
- Se toma en cuenta un aspecto externo para poder considerar aquellas necesidades primordiales que son la protección sobre seguridad del derecho fundamental nos exige como ejemplo se tiene el secreto de las comunicaciones.
- Los dos puntos de vista sobre lo interno y externo se complementan, sin embargo, el Tribunal Constitucional confirma que la prueba refleja que la constitución ampara y la hace legítima si es ajena de forma jurídica a la violación de un derecho y la prohibición al ser valorada no necesita esencialmente una protección del mismo.
- El Tribunal Constitucional realiza ciertas justificaciones, que refieren a no transgredir de forma negativa sobre ningún aspecto que se alinee con cierto contenido del derecho fundamental sustantivo.

El análisis central sobre el derecho fundamental sustantivo en el resultado que se obtenga al ser vulnerado, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre ello diciendo que el derecho procesal como tal es un derecho adjetivo del material.

Al parecer, para tener conocimiento si en realidad han vulnerado ciertas garantías procesales, se tiene que observar en su conjunto que el derecho fundamental sustantivo engloba algunas limitaciones con la constitución por el resultado que se obtendría, asimismo si se menciona las necesidades esenciales que en realidad son la protección que hace que el derecho sea efectivo y exigible. Sin embargo, todo esto es por medio del test del *balancing* que se efectúa por intermedio de la jurisprudencia norteamericana, con cierta objetividad a través de sus premisas. Dicha situación se tiene que venir relacionando de acuerdo a la doctrina norteamericana al tener que ingresar al juego de las ponderaciones entre el tiempo y la vulneración según tendrá que verse según lo mencionado con anterioridad.

Determinadas posturas conllevan a ciertos peligros que suelen dar soluciones frente a idénticas vulneraciones, bajo un pretexto que tenga que ver con el resultado. Por lo tanto, se tendrá de comprobar si existe algún caso donde se haya dado una intervención telefónica de manera ilegal, que se sustente con escasa motivación o control judicial, donde se hace mención sobre un dato neutro, la cual se debe desprender de la conexión que tenga que ver con la antijuricidad sobre las pruebas en su conjunto con la vulneración de forma idéntica, la cual tendría que ser anulado todo lo actuado por que dicha información era definitiva. Asimismo, frente a estos dos aspectos, los investigados por determinados hechos delictuosos que funden cierta alarma en la sociedad, agregando a un tercero tan indeterminado como la retractación por medio de los policías, sobre el alcance del bien jurídico que se protege, etc. Dicho balance si es aún más peligroso, se puede comprender en la lógica sobre estas proposiciones, pero en dicha opinión, favorecen en crecimiento sobre la inseguridad frente a los poderes públicos que son allegados a actuar con celeridad.

Se trata en realidad de tener que disponer de argumentaciones nuevas como también medidas doctrinales con un enfoque constitucional para que, en ciertos

tribunales se logre decidir por la legitimidad sobre el amparo a la seguridad de los ciudadanos teniendo que resolver de forma restrictiva y condenatoria frente a hechos o supuestos hechos muy graves que tengan que ser de un elevado sobresalto social y para que se tenga que brindar cierto tratamiento apacible para otros hechos que no sean tan alarmantes para la sociedad pudiendo ser absolutoria.

Sobre lo dicho con anterioridad sobre las distintas doctrinas o innovaciones que se apliquen en una sentencia, la finalidad es que se incentive en cierto aspecto la comisión sobre las infracciones al obtener la prueba, por ello el TC ha iniciado con algunas limitaciones que exigen en ciertos casos la protección sobre el secreto de las comunicaciones. Por lo tanto, cuando esto ocurra, la prueba podrá ser salvada y no estaría sujeta a una anulación eficaz del artículo 11.1 LOPJ.

Lo sobresaliente es que haya prueba de cargo, debido a que la falta daña la presunción de inocencia y que no señale dudas acerca de los cargos de culpable In dubio pro reo. Tratando esta situación, se ha mostrado una reacción contraria al interés de 1984 con la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, ya que ella dicto la norma de exclusión de las pruebas directas y derivadas – a raíz del planteamiento acerca de lo ocurrido en EEUU, en el año de 1998 llego a su máximo la doctrina del árbol envenenado, pero con números menores , primeramente, la garantía procesal, que da a lugar , en segundo plano, desacreditar una situación excesivamente garantista de esa doctrina. Lo seguido a esa doctrina en la jurisprudencia estadounidense da señales de verse en la segunda etapa investigada, donde pensamientos económicos y de seguridad de la población, proclaman empezar a señalar excepciones a la regla. Se crea la desconcentración de la *exclusionary rule* y de la *fruit of the poisonous doctrine*.

Una muestra de este tropiezo en la dualidad sobre libertad y garantía del investigado y seguridad colectiva se observa de igual manera en la exposición de motivos del cambio paulatino de la LEcrim de 2004 (sin embargo, no en la materia que nos

incumbe). Lugar que dice textualmente la obligación de cuidar el proceso dos de dualidad, estamos hablando de la protección del pueblo contra la impunidad que el imputado, investigado a la pereza de la justicia, sin cargo regresa a las calles al pendiente del juicio. Una nueva manera de ver la situación es primordial: prima el cuidado del victimizado contra la que genera un agravio, situación que se ha promovido por lustros.

En forma de sinopsis en esta moderna doctrina magna, existe la opción de que permanezcan los hechos jurisprudenciales que se nombran a continuación:

1. Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos son nulas como resultado de la exigencia en sí del Estado de derecho, que la CE instaure.
2. El punto de separar una muestra nombrada como anti constitucional es también rechazada, será un deber pensar en un binomio el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales.
3. Para considerar si una muestra señala que es o no anticonstitucional, deberá probarse viendo desde la opinión del derecho a un proceso justo. De esta forma habrá que pensar en criterios siguientes:
 - a) Que haya o en su defecto que no haya algún hecho que se relacione de forma antijurídica entre las muestras.
 - b) Con el fin de señalar la presunta conectividad habrá que mencionar:
 - La raíz del derecho dañado y lo que conlleva, con el fin de decretar si, viéndolo de manera interna, su inconstitucionalidad se propaga o no.
 - El pedido de la persona afectada, que en ocasiones podría si quisiese señalar una prueba anulada. En ese caso, se debe de revisar el derecho sustantivo vulnerado y su fuerza, con el fin de señalar correctamente si la protección del derecho necesita un señalamiento de nulidad.
 - Si las muestras correlativas tienen una raíz verdadera distinta y alejada a la acción constitutiva, las muestras serán acreditadas.
4. Si se determina que la ilegalidad de una prueba en particular viola el derecho a un juicio justo en ausencia de otras pruebas válidas, una condena basada en

dicha prueba violaría el derecho a un juicio justo, así como la presunción de inocencia.

5. Si una prueba es rechazada y el tribunal tiene otras pruebas incontaminadas que infieren que el imputado es culpable porque se obtuvo debido a una violación de derechos básicos, se respetará el derecho a la presunción de inocencia, incluso si se viola el derecho a un juicio justo.
6. La legalidad de las pruebas depende del contenido del derecho a un juicio imparcial, no de la presunción de inocencia.
7. Años más tarde, otra doctrina insistió en que, de hecho, el nacimiento de la doctrina de la conexión ilegal constituye una conexión más con la aplicación de la regla de la prueba obtenida por exclusión del daño en la ya larga y restrictiva cadena estándar. Derechos fundamentales, especialmente el desarrollo de estructuras que excluyen los frutos del árbol emponzoñado (González Cussac, J, 2008, pág. 2).

De hecho, el Tribunal Constitucional parece haber adoptado un nuevo enfoque de nuestras garantías constitucionales -la vinculación de actos ilícitos- lo cual no es correcto. Fundamentalmente, esto es solo porque solo introduce categorías fuera de nuestra tradición jurídica, por lo que proporciona una perspectiva. Es difícil igualar la naturaleza de los derechos procesales básicos en nuestro marco legal (José Antonio, D y Morales, R, 2001, págs. 93-94).

Antes de emitir un nuevo juicio restrictivo, el foco de la discusión es limitar el ámbito de aplicación del principio de interceptación de pruebas que violen derechos básicos sobre las pruebas obtenidas a partir de otras pruebas ilegales. Es decir, no a partir de pruebas directas de vulneración de derechos fundamentales, sino a partir de conocimientos derivados de los primeros, conocimientos obtenidos de las llamadas pruebas indirectas o reflejas.

Es en esta situación que cobra sentido el surgimiento de la doctrina de la "conexión ilegal" en el derecho constitucional cuando se trata de establecer un estándar para extender el principio de interceptación de pruebas obtenidas ilegalmente a las pruebas indirectas. O reflejar conocimientos adquiridos a través de conocimientos que violen directamente los derechos fundamentales. En palabras de Vives Antón, el problema es determinar "cuando el resultado de una acción ilícita en la constitución -obtener evidencia de una violación de derechos básicos también es ilegal en la constitución. Por tanto, porque el resultado es otro Un tipo de evidencia -si se usa un derivado- también debe aplicar la regla de exclusión (Vives Antón, A, 2008, pág. 2).

La importancia del fallo innovador del Supremo Tribunal Constitucional. El 2 de abril de 81/1998 fue el primer modelo en establecer un clásico, y también se le llamó "conexión ilegal" por primera vez, dándole un contenido puramente normativo a la jurisprudencia, no solo de causalidad, lo que ayudará. La definición asume que, en comparación con otras pruebas reflexivas que pueden ser evaluadas, la primera prueba obtenida ilegalmente también arrastra la inconstitucionalidad de la prueba reflexiva porque no está legalmente contaminada por la prueba original. Cabe señalar que esta nueva doctrina ha sido seguida y aplicada en posteriores resoluciones, siendo las más importantes las contenidas en la SSTC 49/1999 de 5 de abril; 94/1999 de 31 de mayo; y 22/2003 el 10 de febrero de 2003. Asimismo, la jurisprudencia común se hace eco de esta doctrina en muchas resoluciones. Creo que los parámetros legales provienen de STC. 81/98 y menos.

En principio y por regla general, la prueba directamente relacionada con la violación de derechos básicos es constitucionalmente ilegal, por lo que se sigue manteniendo este principio, pues cuando la prueba utilizada viola directamente los derechos básicos, existe una mayor necesidad de protección.

Una vez establecida esta idea general, la conexión de ilegalidad simplemente resuelve este problema: cuando la evidencia obtenida de otros la cual fractura los derechos básicos, también se puede considerar como una violación de normas básicas. Es decir, en este caso se ha trasladado la ilegalidad constitucional de la

prueba que originalmente violaba los derechos básicos, alcanzando o contaminando la prueba derivada o reflejada (González Cussac, J, 2008, pág. 36).

6.4. LA RELACIÓN DE ANTIJURIDICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA ENTRE ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Sabemos que la teoría de la imputación objetiva en derecho penal, en definitiva, consiste en que la relación de causalidad (conexión física) entre comportamiento y resultado -aunque necesaria- no es suficiente para atribuir el resultado al primero. Esto requiere agregar un enlace legal. De esta forma, para poder atribuir objetivamente el resultado a una determinada acción, debemos preguntarnos si la acción es suficiente para producir el resultado de forma anticipada, teniendo en cuenta el conocimiento humano y el conocimiento especial que pueda tener el sujeto activo (Martínez Escamilla, M., 2003, pág. 26).

De hecho, como dijo recientemente la Corte Suprema en su sentencia No. 1. El 28 de noviembre de 867/2013, El punto de partida de la teoría de la atribución objetiva es que la verificación de la causalidad natural por sí sola no es suficiente para determinar la atribución del resultado, porque una vez probada la causalidad natural, se necesita un juicio de verificación para producir el resultado. Para evitar el peligro de desaprobación legal, el resultado es la realización del mismo peligro que ocasiona el litigio y, en todo caso, esta es una de las consecuencias que debe evitar la normativa penal.

En palabras de Quintero Olivares con la doctrina de la imputación objetiva, es posible superar la obediencia al dogma de causalidad y encontrar verdaderamente al "autor" (categoría criminal) del acto, y tiene poco impacto sobre el tema de la actividad causal, porque la atribución del resultado se convierte en atribución legal en lugar de causal. (Quintero Olivares, G., 1996, pág. 282).

Se comprende que está estructurado de manera teórica donde existe un enlace antijurídico y que la misma dogmática penalista sobre la imputación objetiva concuerda (Vives Antón, A, 2008, págs. 5-20). De hecho, si bien esta medida pretende limitar objetivamente la aplicación de los tipos delictivos, en términos de violaciones probatorios constituye una condición básica para una patente mayor para los jueces, siempre y cuando estos últimos puedan hacer efectivas las medidas probatorias. Su evaluación está fundamentalmente prohibida. 11 LOPJ. Por tanto, si bien en el derecho penal los puntos adicionales de causalidad que representa la teoría de la imputación objetiva es obviamente fortalecer la garantía del imputado, en el derecho procesal penal la garantía puede verse seriamente debilitada por la teoría jurídica. Conexión ilegal: construcción teórica que se opone a la ley, en cuyo caso los preceptos legales abolidos apuntan al desarrollo de derechos fundamentales.

La Segunda Sala de la Corte Suprema Peruana no es inmune a las críticas al respecto, y tiene razón en su segunda sentencia. Ley N ° 1.005 de 11 de noviembre de 2010, la denominada "conexión-desconexión ilegal" constituye una "categoría de concepto penal sustancial. La Corte Constitucional ha extrapolado esta categoría de concepto a la Ley de Procedimiento Penal para abolir Aboga por una interpretación literal de los preceptos favorables lo que es arte para el acusado. 11.1 LOPJ ", arrojándole flechas venenosas para otros (Garrido Lorenzo, M.A., 2011, pág. 6) esto no tiene parangón para el tribunal de garantías, al considerar el derecho de revocación cancelado, los parámetros hermenéuticos de su funcionamiento y la jurisdicción constitucional se interpretan en su plazo de prescripción en sus Sentencias N° 63/2005 y 29/2008 Los parámetros hermenéuticos utilizados en la ley son totalmente opuestos. Entre ellos, el significado literal de la norma es un principio universal (artículo 132.2 de la Constitución), y su significado gramatical supera a otros significados, lo que puede extender su interpretación en perjuicio del imputado. Por supuesto, no es un estándar a seguir en el tema de las pruebas ilegales, porque las pruebas ilegales las injertan en el art. 11 Las categorías de la doctrina penal de la LOPJ, basadas en la estandarización de la relación causal

descrita en las normas a través del concepto de imprecisión e incertidumbre significativas (...), en última instancia, distorsionan en gran medida la clara redacción literal de las normas aplicables. Por su parte, la votación especial sobre STS No. El 15 de septiembre, la Resolución No. 768/2010 amplió el alcance de los temas que el Comité Técnico viene resolviendo, en cierta medida, contrario a la práctica de la prueba ilegal: RAMOS El juez GANCEDO recordó que el 28 de abril de 58/2008 aplicó al art. 58.1 CP, el tribunal de garantías resolvió el problema del cálculo del período de prisión preventiva, reconociendo que en la ejecución de la pena se ha tenido en cuenta la posibilidad de dos motivos distintos de la prisión preventiva, concediendo así la siguiente posibilidad: pese a acordar tomar medidas preventivas, pero en la práctica esto significa que se calculó dos veces con fines de cumplimiento punitivo en el mismo período. Todo ello se fundamenta en la interpretación literal de los preceptos de que el condenado goza de libertades fundamentales, y esta pretensión impide la implementación de otras interpretaciones amplias o análogas.

Finalmente, agrega, en otros casos, el significado literal de los preceptos es beneficioso para el imputado o se puede obtener una explicación que proteja en mayor medida un derecho fundamental. El TC sigue el mismo principio. El crimen de agresión (STC No 111/1993) se aplica a los delitos que obstaculizan el ejercicio de los derechos civiles; (STC No. 167/2001); o, en definitiva, en la interpretación de las normas, alegando las garantías procesales del imputado y atribuyéndolas al máximo efecto posible. Por tanto, ante la falta de intenciones exhaustivas, además de otras materias relacionadas con los derechos fundamentales: en materia de detención temporal (STC No. 61/2001), citaciones (STC No. 176/1998), el principio de acusación (STC No. 347) / 2006), el derecho a la defensa y asistencia letrada (STC No. 160/2009), el derecho a la prueba (STC No. 208/2007), el derecho a doble proceso penal (STC No. 123/2005) o garantía Prueba oral derecha (STC 118/2009).

En el juicio. En la Resolución No. 81/1998 de 2 de abril, la Corte Constitucional estableció el significado de volver a la teoría directa, es decir, aunque se demuestre que existe una relación de causalidad fáctica entre el resultado y la intervención

ilegal. El resultado de la violación y la fuente / medio de prueba obtenido. Desde el principio, este juicio generó controversia y fue ampliamente discutido por muchos autores (González Cussac, J, 2008, pág. 2)

En pocas palabras, los principios establecidos por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia. 81/98 se pueden resumir de la siguiente manera:

En esta etapa del cambio de doctrina, aún no se reconoce la existencia del poder procesal básico y autónomo de la entidad.

El Tribunal Constitucional hizo el anuncio con referencia a sus principios STC. En 114/1984, ninguna prueba ilegal o prohibida apareció como una regla clara en la Constitución Española. Se señaló que está prohibido evaluar en los tribunales pruebas que vulneren derechos fundamentales sustantivos, y está expresamente prohibido imponer en las disposiciones constitucionales, o no sucederá de manera inmediata por el derecho sustantivo inicialmente afectado (...) Para observar si se viola esta garantía al procedimiento, y celebrar con todas las garantías, es necesario observar conjuntamente los derechos fundamentales sustantivos y sus restricciones, u observar las garantías procesales (restricciones a nivel constitucional) en las restricciones procesales.

La Corte Constitucional considera que los derechos fundamentales sustantivos son los elementos básicos del orden objetivo del Estado y la sociedad bajo el imperio de la ley, porque son las reglas básicas de todos los procedimientos democráticos y, por lo tanto, tienen un significado procesal.

Esta es una información muy nueva a considerar. Hasta el momento, se entiende que, ante una simple valoración de prueba ilícita, el juez se ha contaminado, lo que atenta contra el derecho a la presunción de inocencia. Es decir, los derechos

básicos y las garantías procesales infringidos son independientes, y solo se benefician a efectos de protección cuando existe una "conexión" entre las pruebas.

En base a las nuevas reglas que se maneja en el derecho, y está ligada a los derechos y obligaciones de los individuos que contienen nexos con el orden jurídico propuesto por el estado. De tal manera que el vínculo procesal no está en orden en la admisión de tales procesos de evidencias que se presentan. La Corte Constitucional nos dice que dichos momentos son considerados parte del derecho sustantivo.

El principio jurídico penal que nos establece la inocencia de la persona como regla se ve quebrantado cuando no se lleva a través de un juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, dicho esto solo a través de este proceso se podrá imponer una pena o sanción.

Dándonos a entender los párrafos pasados que antes era de manera contraria, no se la daba la oportunidad a las personas a demostrar que eran inocentes. Ya que no existían maneras previas de dar fe a esto en base a análisis de dicha presunción. En la actualidad antes de juzgar a una persona o sentenciarla se debe hacer constancia de la violación del derecho fundamental por el cual está siendo sometido a un proceso otorgándole todos los derechos. Los preceptos de las normas vigentes lo construyen las pruebas de validez del contenido de las garantías o derechos fundamentales.

La secuela no es de poca sustancia o importancia, ya que los términos de la acción nos llevan a un filtro de distinción la presunción de inocencia, por lo cual se dan muchas variables que en el proceso nos lleve a una sentencia condenatoria.

Detalla y conjuga la resolución STC81/1998 su doctrina de presunción de inocencia, que se ve obligatoria en juicio en la jurisdicción ordinaria, como el derecho del inculcado a no recibir una sentencia si no se demuestra que él es

responsable de los delitos que se le inculpan, dando fe de la licitud de las pruebas obtenidas en su contra, dando fe de estas los jueces y tribunales en las funciones correspondientes que el artículo 117.1 C.E nos señala.

Solo se puede acceder a esto en base a un recurso de primera instancia cuando no se pueda probar el cargo que se viola en la carta magna, de la cual se puede inferir la punibilidad, dando positivo desde la STC 31/1998 a las demás tales como SSTC.24/1994 y 45/19997.

Un componente original que nos trae esta STC. 81/1998 de 2 abril es que: se presume la inocencia, como aquel derecho a no tener que ser condenado por medio de pruebas que no han sido validadas, en lugar de que sea válido dicho canon sobre las pruebas, por consiguiente, funcionan como garantías fundamentales en un juicio.

Lo que se señala, de acuerdo con dicha sentencia de la Corte Constitucional es que el origen de las pruebas tiene que tener garantía de validez para llevar un proceso adecuado, esto a través del juicio probatorio de desconexión de antijuricidad, en el cual se ve la acción de validez, de dichas pruebas, por lo tanto, llegado dicho momento el juez o el tribunal dictara la presunción de inocencia.

Otra novedad del veredicto, y que da inicio a la declinación de la licitud de las pruebas en España, es el resultado de la argumentación que se señala en el principio dicho con anterioridad, a pesar del incumplimiento de las garantías, se puede dar fe a otras formas de presentar pruebas y que se puedan comprobar los términos de la corte al señalar: Por medio de dichos indicios, se puede confirmar, que la valoración de la prueba en la forma de obtenerla vulnera un derecho fundamental o son parte de un resultado que las vulnere o lesione dicho derecho sobre la presunción de inocencia. Si la condena se ha fundamentado de manera específica sobre determinadas pruebas y si pudieran existir otras que no sean de su validez o de forma independiente, puede pasar que aun así se vulnere el

derecho al proceso se garantiza la presunción de inocencia, pero puede que no resulte, finalmente, infringida.

Delimita que «juicio de experiencia» ligado a la prueba de conexidad jurídica entre la licitud de las pruebas o las que se ven relacionadas o vinculadas bajo el proceso que es llevado para el examen en que se someten dichas pruebas para ver si son originales o son pruebas que se ven derivadas a las naturales.

Una vez que se prueba la antijuridicidad en la primera fase de admisión de las pruebas, el juez podrá observarlas y dar fe de si estas pueden ser demostradas en juicio o simplemente son desechadas, esto es para que se lleve un debido proceso judicial según el artículo 11.1 LOPS.

Con las recientes normas y leyes las diferentes variables se convierten en requerimientos que son repetidos varias veces hasta que se pueda llegar a un resultado positivo ante los diferentes recursos que se pueden interponer en la corte constitucional, hasta que se llegue al último recurso de la falta del principio de presunción de inocencia, se vendrá a superar diferentes instancias de la norma, que tienden a ser complicados.

Los principios procesales van relacionados directamente de que se quebrante o se vea afectado el derecho, este solo podrá ser llevado a un recurso de apelación, cuando la conexidad sea arbitraria, o exista parte una enervación en el principio que se lleva señalando como un prueba de culpabilidad, en los diferentes casos, se pueden llevar la licitud de las pruebas hasta el momento en que el juez las va revisando, puede provocar que las acepte o que no dependiendo el caso cuando esta sea única prueba de culpabilidad y el juicio fuera diferente, en el caso de que surjan pruebas no naturales, que sean relacionadas, la presencia del juez para que de fe a las garantías procesales, este dirá si se lleva a cabo un juicio procesal ya que no solo se lleva a juicio en base a esas pruebas.

Con relación a la norma de la corte constitucional una de las funciones es que permanezca centralizado la razón de hacer constar la argumentación que da ese juicio sobre la relación o no de la conducta delictiva que da origen a que surjan las diferentes pruebas con las cuales se busca la permanencia de la jurisdicción de rango ordinario.

Se entiende que el vínculo entre las pruebas no es un acontecimiento sino un juicio para percatarnos de la relación de pertenencia de las pruebas que se presentaron, por la cual, se hace una excepción del control constitucional, ya que esto corresponde a los jueces y tribunales, la prueba de la corte constitucional tiene que llevar a la comprobación y veracidad de la misma (fundamento jurídico 5, 1993). Expresa que en el presente caso no se toma en cuenta que sea irrazonable o arbitrario, por ende, finiquita que estimación de la prueba refleja aplicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

Otra parte de la sentencia señalada nos dice que hace una referencia a juicio de experiencia que se debe de hacer en los diferentes procesos que se llevan a cabo en la corte según lo señala la misma esto que se viene mencionando es una forma de expresar 3 veces un examen con 2 formas diferentes de ser corregidos, por otra parte se entiende su intensidad o gravedad, y en otra parte se atiende de manera interior a las diferentes variables para el resultado que se desea obtener después de que se vea vulnerado desde una perspectiva externa y se lleven las necesidades de una observancia en cuanto a derecho sustantivo.

Se interpone por la corte que en los diferentes sucesos en que esta situación sale a relucir las diferentes esencias ya de dependiente o independiente de la actividad que conlleva a probar respecto a la violación de un derecho, se tiene que llevar a poner una zona en la cual se especifique dicha problemática. Nos comenta

también que las diferentes pruebas que se hacen en el proceso judicial desde la carta magna no pueden ser contrarias al derecho de las comunicaciones telefónicas, por lo cual el derecho se lleva con los principios constitucionales señalados como garantías.

Se señala de manera puntual que, solo en ciertos casos se da nacimiento a la falta de constitucionalidad y esto puede quedar aparte de la prohibición de valoración y por lo cual, desde otro ángulo, las pruebas que se guarden no tienen relación con la acción y la violación del derecho fundamental sustantivo en palabras del TC “si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo”-, serían incuestionables su validez y valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia.

6.4.1. LA TEORÍA DEL ÁRBOL ENVENENADO COMO RESULTADO DE LA MANIFESTACIÓN

Como se ha visto, el leading case en esta materia nos lo brindó hace más de cincuenta años la Corte Suprema norteamericana en el caso Wong Sun et Al. v. United States. El expresado Tribunal excluyó todas las evidencias y manifestaciones de los imputados (durante y después de sus detenciones y registros) al haber sido obtenidas con ocasión de registros domiciliarios (y de un establecimiento dedicado a la lavandería) sin autorización judicial y detenciones ilegales. No obstante, admitió la validez de la declaración policial de uno de los coimputados detenidos (Wong Sun), el cual, tras ser puesto en libertad, compareció voluntariamente al cabo de varios días en las dependencias policiales y, previa información de sus derechos, llevó a cabo una declaración incriminatoria. La Corte, a pesar de no tener más remedio que reconocer que de no haberse producido las detenciones y registros ilegales, muy probablemente no se habría producido confesión alguna, enfatizó su voluntariedad, así como que la misma tuvo lugar

previa ilustración al imputado de las Miranda warnings, de tal manera que, a juicio del Tribunal, la confesión constituyó un acto independiente sanador. Así, reconociendo el carácter atenuado de la conexión entre la detención inicial y la posterior declaración afirmó que: the connection between the arrest and the statement had become so attenuated as to dissipate the taint. La conexión entre el arresto y la declaración se ha vuelto tan atenuada que se disipa la mancha.

Algún tiempo después de Wong sun en el caso Brown v. Illinois, habla sobre la declaración de una persona que se creía que había realizado el asesinato, pero no se siguió su debido proceso a la hora de la detención para que este diera su relato de los hechos en la fiscalía correspondiente, al finalizar de dar a conocer los derechos que él tenía conforme a las exigencias de Miranda, se determina junto con diferentes componentes de cargo de la instancia con esa basto para olvidar la detención ilegal. No obstante, la Suprema Corte, desecho la condena por no considerar suficiente la instrucción de derechos desligados para la narración de los hechos de la violación por lo cual se ve anulado la confesión aun y cuando este seguía detenido. La Corte estipulo de lo opuesto con efecto de la exclusión de la regla sustancialmente diluido y se animaría a los agentes policiales a detener ilegalmente en la convicción de que las fuentes de prueba que de ellos derivaran merced a su confesión podrían ser admisibles en juicio mediante el sencillo expediente de la ilustración de derechos de *Miranda*, lo que, a juicio del Tribunal, determinaría que cualquier incentivo para evitar violaciones de derechos quedaría desentrañado por el mero hecho de convertir a la instrucción de derechos en un curalotodo. Este término, magistralmente seleccionado para la ocasión por parte de la Corte, será, como veremos, un fantasma que planeará sobre la confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba y del que resultará muy difícil liberarse.

De cualquier otra forma y con la intensidad de nada velado del miembro inexistente, se debe hacer énfasis en la de similitud fundamental de la norma de exclusión en el ordenamiento norteamericano y en el español, tanto que en el último mencionado

el fundamento es parte de la carta magna, y en el norteamericano (Ambos, K., 2013, pág. 15), en el necesario disciplina por parte de los órganos de la persecución penal, o, como hemos venido diciendo, en la disuasión de violaciones por parte de éstos.

6.4.2. LA MANIFESTACIÓN VOLUNTARIA COMO EXCEPCIÓN DEL ACUSADO

Esta rareza es producida por la teoría de conexión de actos ilegales lo cual da un cambio a la jurisprudencia según la corte institucional la teoría se produce con antijuricidad, como lo hemos explicado, para dar a conocer y checar las pautas de la concepción.

Así es, la excepción de confesión voluntaria del inculpado se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/1999, de 27 de septiembre, en un caso por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en el que se halló la droga y los utensilios para su preparación y venta como consecuencia de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. A partir de ahí el Tribunal Constitucional sentenció que la «confesión» (en realidad admisión de los hechos criminales) voluntaria del inculpado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuricidad con el registro ilegal, lo que permite la condena del acusado. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

La ilicitud constitucional del acto de investigación ejecutado en fase de instrucción tiene pues una consecuencia jurídica añadida: la exclusión probatoria cuyo alcance se detalla en dichas resoluciones, que son expresión de la doctrina sentada en las SSTC 114/1984, 81/1998 y 49/1999. Pero el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que «no fue hallada la droga» o que la misma «no existe, porque no está en los autos». Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse

judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías.

Suceso que va después de que la Corte difundiera la declaración exponiendo que el hallazgo de dicha fuente alucinógena es considerado un acto que va en contra de la ley, pero esta no supone que la droga no es encontrada, sobre esto al ser encontrada no se puede poner como prueba ya que esta de ser llevada de esta forma el mismo no hubiera sido conforme a la ley. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parta de su existencia. Precisamente, el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles.

Viendo de otra forma el mayor interprete de la carta magna nos señala que las actuaciones se desprenden que sobre el inculpado confeso recurrente para la aclaración en sentido estricto.

La Corte Constitucional aumenta el relato que el estudio no puede ser detenido en tal punto pues se argumenta una suerte de error en el que habría incurrido al creer que se iban a utilizar contra él las pruebas derivadas del registro que evidenciaban la tenencia de la sustancia alucinógena. Según el pensamiento de la corte constitucional de haber sido declarado desde la primera instancia la invalidez del ingreso y registro, sus formas hubieran sido otras, y otra hubiera sido su estrategia a la hora de llevar la defensa.

En otro apartado declara que el acusado admitió voluntariamente la tenencia de la droga: Al margen de que no puede este Tribunal reconstruir los hechos a partir de acontecimientos que no sucedieron, lo cierto es que el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podía impugnarlo a través de otros remedios jurídicos -el

recurso de casación contra la condena, y eventualmente el recurso de amparo-, por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna.

No se toma en cuenta la queja que el recurrente planteó sobre la inflexibilidad de la aplicación sobre el supuesto juicio, diciendo que se aprecia que la referencia sobre el recurrente en la admisión parcial sobre los sucesos de la ocurridos frente a la acción lesiva de la no violación del domicilio. El Tribunal detalla que este parecer se apoya en varios motivos:

- Al denunciado, y anticipadamente al imputado, se le reconoce constitucionalmente el derecho en su contra y a no declararse culpable Su manifestación, si es en razón de tener que privarlo de su libertad, tiene derecho a ser asistido jurídicamente, ex art. 17.3 CE. La misma que asegura sobre el que asiste se presenta en el juicio oral como un medio de protección ante cualquier tipo de forma coercitiva y de manera no legítima sobre su coacción, por lo tanto, en su declaración otorgada en juicio oral, puede que sea valorado siempre y cuando en el caso se pueda fundamentar la condena.
- Frente a la autoincriminación existen garantías que pueden en cierta medida aplicarse cuando han sido respetadas, como son la espontaneidad y voluntariedad en manifestar la declaración. Por consiguiente, la libertad por parte del investigado si desea declarar o no sobre los hechos que se le inculpan, ello puede crear cierta coyuntura interna que en la realidad jurídica frente a algún tipo de relación sobre la causa frente a un hecho ilícito. Que desde una coyuntura externa frente a los hechos ilícitos y a la voluntad en su manifestación dicha postura puede atenuar la necesidad de la separación de la prueba, teniendo en cuenta que al admitir de forma voluntaria sobre los hechos ocasionados se puede considerar una adaptación que lesionaría el derecho fundamental, asimismo, la necesidad de tener que tutelar quedarían compensadas con la separación de la prueba ya declarada.
- Para que sea válida la declaración, según lo refiere la STC 86/1995 de fecha seis de junio, al tener que examinar lo siguiente: no puede sostener por medio de quien confiesa una dependencia, teniendo en cuenta que por su misma

naturaleza que es ser independiente de cualquier tipo de circunstancia dentro del proceso, sabiendo que todo el contenido está a disposición del acusado la cual es solamente dependiente de su propia voluntad donde no tenga que ser obligado, e intimidado, etc. O cualquier tipo de agresión. Esta forma de inseguridad en su mayoría sucede cuando el derecho fundamental es lesionado por medio de las condiciones que se buscan regular en las declaraciones donde resulte una autoincriminación, por ejemplo: tener que declarar sin tener presente a su abogado defensor.

Como parte de un precedente el tribunal considera que es razonable y que justifica dicha decisión tomada por el Tribunal Supremo como una prueba independiente sobre la acción que lesiona el derecho a la no violación de domicilio por lo tanto es una actividad probatoria válida, ya que su obtención es válida para poder sustentarse en ello la decisión condenatoria, la cual conlleva a rechazar porque se lesiona un derecho que sería la presunción de inocencia.

Cabe resaltar que la sentencia a manera de resumen, ha logrado establecer que la doctrina apoya la declaración voluntaria por parte del investigado, teniendo en cuenta que los requisitos que se han planteado, resquebrajan dicha conexión como elemento antijurídico sobre la obtención de una prueba de origen ilegal. Siendo así, por medio de la confesión una prueba válida se logra incorporar en el proceso como medio probatorio, pero es inverso a los derechos fundamentales por ser de origen ilegal.

La doctrina que se plantea en el Tribunal Supremo, este sujeto a críticas porque, en la experiencia, los datos obtenidos suelen tener una procedencia directa y con relación a las formas ilícitas. Pero en realidad los problemas que se han ido revelando puede que sean sobre la declaración voluntaria como se ha venido manifestando en el Tribunal Supremo, por ejemplo: de fecha 22 de septiembre la sentencia 1048/2004 sobre un caso de tráfico ilícito de drogas:

(...) frente a estas circunstancias sobre la valoración que debe darse al problema al tener que autoincriminarse en su declaración, ello es prueba de su autonomía e independencia que no son afectadas por la nulidad por medio de los audios telefónicos (...)

Es importante tomar en cuenta con la STS 498/2003 de fecha 24 de abril, es un proceso donde se debe diferenciar entre aquellas pruebas que son nulas así sean originales y las que, derivadas siendo estas directas e indirectas, en concordancia con el art. 11-1 LOPJ, sobre aquellas que son autónomas y que pueden surgir de manera sobre el hecho que lo constituye generando cierta conexión lesionando el derecho, teniendo en cuenta que al ser jurídicamente independiente y que su procedencia es de un origen contaminado, al igual que otro tipo de pruebas que serían el resultado de su obtención por otros medios de investigación, la cual se tendría que establecer ciertos hechos donde se originó la prueba prohibida, la cual sería la interceptación de llamadas telefónicas, la cual no se dilataría hacia las esferas policiales donde su obtención fue únicamente por medio de un seguimiento acordado, frente a esos casos la antijuricidad sobre la prueba ilegal o la derivada, si las pruebas son inculpativas sobre lo dicho por la STC 161/99 de fecha 27 de septiembre, existiera una causa fehaciente y diferente en su totalidad sobre la violación de aquellos derechos fundamentales, su valor frente a la validez causaría efectos donde se logre presumir la inocencia del investigado, siendo esta indiscutible.

De manera decisiva la doctrina que el Tribunal Constitucional en este ámbito se expanden los efectos de forma indirecta sobre aquella prueba prohibida donde se establece una causa sobre el hecho jurídico y la derivada en relación a la prueba ilícita, siendo esta precisa sobre su nulidad y no simplemente una eventualidad que se pueda dar de forma natural o material, de tal manera que, siguiendo con la sentencia citada con anterioridad sobre los hechos de no haber manifestado que se registró la vivienda, la cual no se pudo encontrar la droga y de no haberse

hallado ésta, no se podría haber recibido dicha manifestación, que posteriormente termina siendo de reconocimiento por parte del investigado donde acepta que la droga es suya, no habiendo sido aceptado por el Tribunal Constitucional se extienden dichos elementos de la prueba siendo nula su manifestación, siendo insuficiente para la argumentación jurídica en estos términos.

Su criterio planteado al igual que el STC 86/95 el día 6 de junio, la cual poseen en común la prueba sobre la declaración que del investigado, teniendo en cuenta que dicha manifestación una vez verificada y sobre el salvaguarda que tiene todo investigado, donde se declara que dicha validez de la manifestación y la postura tomada sobre ello como la prueba puede ocasionar la ruina de la presunción de inocencia la cual no puede estar sujeta a motivaciones internas de quién es capaz de dar su manifestación, sino de las mismas situaciones externas que se han dado para obtenerla.

De tal manera que al igual que la STC 2309/99 del día 20 de diciembre, donde hace referencia la doctrina que hay una forma de existencia vinculada con la antijuridicidad que pueda invalidar una declaración que el investigado hace sobre la obtención del arma en su vivienda, declaración que se tomó en el acuerdo plenario, sobre la acción nula por el registro efectuado en la vivienda no teniéndose que investigar el motivo sobre el investigado en el plenario, donde reconoce la obtención del arma como propietario teniendo en cuenta que podía negarse o quedarse callada (STS 498/2003, 2003).

De manera decisiva, el tener que dar como concluido dicho enlace entre la prueba sobre la manifestación, donde el investigado pudo manipular como una prueba independiente, sobre aquella que se declara su nulidad, siempre y cuando se compruebe que se realizó dicha manifestación:

- De manera antepuesta a la investigación sobre los derechos

constitucionales, dentro de ello podemos encontrar el negarse a responder y quedarse en silencio.

- Al momento de dar su manifestación debe encontrarse acompañado de su abogado defensor.
- Si se tratara de una manifestación voluntaria, sin ningún tipo de excesos ni manera de poder alterar su voluntad en aquellas circunstancias donde lo trasladan a poder realizar dicha manifestación de manera correcta, siendo así la ocasión donde se debe garantizar la protección de los derechos en su mayor desenvolvimiento.

Se puede afirmar en la citada STC161/99 del día 27 de septiembre donde se procura proteger la prueba que se lleva a cabo por medio de la manifestación, que por su esencia es independiente frente a cualquier situación que se suscite en el proceso porque dicho contenido es manifestado por el investigado y es dependiente exclusivamente por su voluntad, hecho por la cual no sería un acto fraudulento sujeto a intimidación.

Se exhibe la postura crítica en la jurisprudencia doctrinal, que se expresa en lo siguiente:

No es desconocido que en la Sala se emitieron dos sentencias, que son 23/2003 del día 21 de enero y 58/2008 del día 22 de enero donde se realizó un comentario en el espacio sobre la expansión de ciertos resultados sobre la prueba indirecta y su nulidad en dicho caso la información que se obtuvo es nula desde su origen, por lo tanto, dicha consecuencia aplicada el interrogatorio en dudosas condiciones la cual estaría viciada porque, desde un inicio, la base de la información obtenida es nula como tal, por lo tanto, su existencia en la esfera jurídica no se tomaba en cuenta como una prueba real, por consiguiente, habiéndose prestado la seguridad posible e informado sobre dicha nulidad, la prueba seguiría siendo nula ya que los datos de su hallazgo se habrían obtenido de manera no válida, no obstante como resultado es imposible poder aplicar al investigado un cuestionamiento sobre lo

obtenido como prueba que en realidad es nula, teniendo en cuenta sus fuentes que inducen al error.

En tal sentido, sobre el hallazgo que se me menciona en la STC 161/99 del día 27 de septiembre, sobre la droga en la vivienda donde dicha acción es ilícita por que no se puede presumir sobre una prueba la cual no puede aplicarse si no hubiera ocurrido, teniendo en cuenta que la droga si se encontraba allí, asimismo fue decomisada y examinada, la cual se concluye diciendo que no puede ser aceptada dicha aseveración por parte del demandado ya que no se le podía indagar por dichos elementos que era la droga.

Es sumamente explicito saber que dicha sentencia del Tribunal Supremo 1203/2002 del día 18 de julio (...) hace referencia que este tipo de formulación pueda constituir una fuente de inseguridad que pueda llenar de contenido de forma valedera la disposición legal que se positiviza en el art. 11 – 1º LOPJ la cual nos haga remontar sobre aquellos elementos que se toman como criterio probatorio y que se deben de superar con aquella aceptación de la LOPJ, por lo tanto, es puntual el examen sobre aquellas condiciones en la que cada hecho la cual se llevó a cabo una manifestación con resultado incriminatorio, en dicho orden se pueda corroborar que es un factor libre sobre la voluntad de cada investigado para la cual no debe ser viciada por el descubrimiento de la droga. (STS 160/2003 , 24).

Debemos iniciar desde una fuente donde los elementos para poder obtener la prueba sean efectivamente respetuosos de los derechos fundamentales que se han establecido en la constitución y que no afectan el proceso sobre la irregularidad, por más grave que pueda ser ésta, cuando mencionamos las intervenciones en las llamadas la cual incurriría en ciertas violaciones a los derechos que poseen trascendencia constitucional, por ser ilícitas y violentar el derecho a la privacidad como un derecho fundamental, que cabe mencionar:

- Cuando la prueba es nula de forma constitucional se impide que en el proceso pueda ser acreditada como tal en todos sus extremos, por su origen y la conexión que posee sobre la causa, siempre y cuando en no se encuentre conectada de manera material y directa para encontrarse limpia desde un principio.
- Finalmente, es decisivo que en la parte probatoria que tenga que devenir de una fuente contaminada y que su conexión se encuentre enlazada con la causal, debe existir una causa que pueda hacer de ella inhabilitada y por lo tanto al ser corrompida desde un inicio la prueba de ello deriva a una antijuridicidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 2210/2001 del día 20 de noviembre nos hace recordar que el tema que se tomó en cuenta en diferentes resoluciones de sentencia del mismo Tribunal Constitucional, la cual se han precisado de manera cuidadosa sobre la causal en materia de nulidad en la prueba y sus resultados la cual no derivan de ella el enlace con la causa que permita extender las consecuencias de la prueba que conlleve a su nulidad sino aquel enlace con la antijuridicidad como resultado al obtenerse como un elemento probatorio.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 161/99 del día 27 de Septiembre: hace mención que el enlace que existe con la antijuridicidad en comparación con otras pruebas que son incriminatorias, éstas se declararon nulas por diferentes causas distintas a la finalidad de la protección de los derechos fundamentales, asimismo, su validez y la posible valoración de dicha prueba puede causar ciertos efectos la cual generen una presunción de inocencia la cual sería discutible (...) (STS. 1048/04, 2004).

Sin embargo, existe un parecido con la STC 86/95 del día 6 de junio, la cual guarda una estrecha relación sobre la manifestación confesora del investigado, expresó: que dicha actitud tomada en la manifestación una vez que se comprobó sobre las

garantías de todo procesado o investigado, que declare como válida dicha manifestación iniciará el desencadenamiento de la presunción de inocencia la cual no puede estar en dependencia de ciertas motivaciones que el confesor ha hecho sobre algunas de las condiciones en las que fue dada la manifestación y como se obtuvo.

También es posible invocar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, la resolución 239/99 del 20 de diciembre reafirmó que ningún contacto ilegal podría invalidar al condenado sobre la realidad del uso de armas en el domicilio, la confesión en el pleno y la vivienda encontrada en el allanamiento, y el recurrente en el pleno. El motivo de las instrucciones correctas, cuando simplemente podía negarse a testificar o permanecer en silencio, decidió admitir la obtención del arma.

Como resumen de las excepciones para el imputado y la confesión voluntaria del imputado, podemos resumir las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo descritas en este apartado:

A) Tesis Mayoritaria

Luego de que la Corte Constitucional estableciera su teoría de conexión ilegal en su sentencia No. 81/1998 del 2 de abril, se produjeron importantes cambios legales, que sesgaron la prueba refleja y la afectaron en cierto sentido. Prueba de confesión voluntaria del acusado. Incluso si se trata de un producto derivado o contiene elementos manchados y contaminados por el fruto corrupto de árbol venenoso, se puede considerar como una prueba autónoma e independiente de una o más pruebas que se declaran vacías.

Para comprobarlo como prueba fehaciente, se debe probar que la declaración realizada es: a) Conocer con anticipación sus derechos

constitucionales, lo que incluye guardar silencio o negarse a contestar. b) A quien asistió su abogado en la presentación. c) Debe ser una declaración voluntaria. No tiene la posibilidad de cambiar este vicio voluntario o situación sugestiva. Todas las condiciones que nos llevaron a designar la sesión plenaria como la situación de esta declaración, porque fue precisamente este derecho y garantía el que se desarrolló en ese momento. en la mayor medida.

La jurisprudencia también aclaró los siguientes motivos de confesión:

- Se trata de prueba de garantía de confesión, en esencia, la prueba de confesión no tiene nada que ver con ninguna otra circunstancia del procedimiento.
- El contenido de la confesión está disponible para el acusado.
- Todo depende de tus deseos,
- Libertad de coerción, fraude o coerción.

B) Tesis Minoritaria.

Se combinan las doctrinas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional:

- El interrogatorio realizado en este caso ya es viciado porque el conocimiento de este hecho se basará en evidencia inválida.
- En la sesión plenaria, la confesión de culpabilidad del imputado, aunque se obtengan todas las garantías y se notifique a tiempo su testimonio, su confesión será inválida, porque los datos utilizados como base para el interrogatorio provienen de las conclusiones de la prueba nula.
- Es necesario evitar el contacto ilegal como fuente de inseguridad, lo que invalida las disposiciones legales explícitas en la tecnología existente. 11-1º LOPJ, lo que nos devuelve al estándar de prueba que ha superado la aprobación de la LOPJ.

Entiendo que el argumento de la minoría resultó ser la posición más adecuada para proteger los derechos fundamentales en los procesos penales. Las conexiones ilegales se han convertido en un estándar legal conveniente a través de las estrictas excepciones propuestas por los Estados Unidos que puede usar argumentos menos sólidos para evitar posibles evaluaciones de evidencia ilegal que sean independientes e inmaculadas. Violación de evidencia directa. Por lo tanto, los hechos y hallazgos (anteriormente abolidos por violación de la constitución) pueden ser cuestionados con base en los hechos conocidos de la investigación, lo que puede causar un auto enjuiciamiento innecesario del imputado o imputado. Creo que también debe eliminarse de la prueba contundente. Por ejemplo, antes de investigar el tráfico de drogas, realizaron un registro domiciliario (que luego fue declarado nulo por violación de la constitución). Durante la investigación, encontraron no solo una gran cantidad de importantes sustancias controladas e ilegales, sino también algunos billetes falsos y un arma. Si durante el interrogatorio, por cualquier motivo, el imputado no se quedó callado y mencionó la libertad del narcotráfico -como todos sabemos, en comparación con el narcotráfico, esta conducta conlleva una pena mucho mayor que la posible posesión ilegal de armas- en cuestión. Antes, ¿cómo explicabas las armas ...? Él respondió: Sí ... lo único que me pertenece es la pistola de la marca (...). La confesión será desfigurada por violación a la Constitución y no es prueba independiente válida, porque además del posible delito de poner en peligro la salud pública bajo investigación, los deseos del imputado también se ven afectados por hechos o resultados incidentales de la investigación.

CAPITULO VII

LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL DERECHO COMPARADO Y SUS EXCEPCIONES

7.1. PRUEBA PROHIBIDA EN CHILE Y EXCEPCIONES

No hace mucho, en los países del sur, la nueva Ley de Procedimiento Penal introdujo un procedimiento penal acusatorio para reemplazar el antiguo modo de investigación de la Ley de Procedimiento Penal de 1907). No desarrollar evidencia ilegal de manera clara y sistemática. Sin embargo, el artículo 276, inciso 3 (excluyendo prueba de los juicios orales) establece: De igual forma, el juez excluirá la prueba obtenida de los procedimientos declarados nulos o incumplimientos.

Garantía básica.

Como se expresa en la doctrina chilena, la falta de desarrollo sistemático del sistema en la materia del ordenamiento jurídico no significa que la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente no se aplique en el sistema chileno, pues se origina en una posición privilegiada ocupando derechos básicos en el orden constitucional. País regulado. En este sentido, el cuarto párrafo de la Constitución Política estipula: El Estado sirve a la humanidad y su propósito es promover intereses comunes. Para ello, el Estado debe contribuir a la creación de condiciones sociales que permitan el disfrute de todos. El pleno respeto a los derechos y garantizar los mayores logros espirituales y materiales posibles de los miembros de la comunidad étnica establecida por esta Constitución.

En cuanto a la excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita, el artículo 215 de la Ley Procesal Penal (Objetos y Documentos No Relacionados con los Hechos Investigados) contiene una disposición interesante: Si se encuentra un objeto durante el proceso de búsqueda, o se sospecha, si existen documentos o documentos sancionables, distintos de los documentos que constituyen el objeto

del trámite para dictar la orden correspondiente, la incautación puede continuar después de las órdenes judiciales. Dichos elementos o documentos serán conservados por el fiscal. El mandamiento parece confirmar el descubrimiento accidental. Excepciones, pero mediante posterior autorización judicial y el fiscal conservó los elementos y documentos descubiertos por la relación causal.

7.1.1 LABOR DE INVESTIGACIÓN

Siguiendo a López Masle (López Masle, J y otros, 2002, págs. 36-37), uno de los principios alentadores de los sistemas procesales modernos y chilenos es la convocatoria de procesos penales oficiales formales o simples. Señaló que el Estado debe perseguir los hechos delictivos de oficio sin verse afectado por la voluntad del infractor o de terceros, y no debe esperar que tomen acción alguna. Este principio está relacionado con el concepto de monopolio estatal en los actos delictivos, bajo este concepto se cree que la sociedad se encuentra verdaderamente en una posición peligrosa en el proceso delictivo por su legitimidad como método de organización comunitaria. Conforme lo expresa Claus Roxin:

(...) uno de los motivos para que se dé esta regulación debe estar expuesta en razón del interés público sobre aquellos hechos que sean indignos y que se queden sin ser alcanzados. En su mayoría los individuos no están dispuestos a ejercer dicha situación de manera independiente; en lo general pueden estar dispuestos a denunciar por la vía penal por el miedo que tomen represarías contra ellos o su familia y otro inconveniente. (Roxin, C, 2003, pág. 83).

Estas características que se han señalado y resaltado son completamente efectivas en delitos públicos, y pierden poder o vitalidad en delitos mixtos y privados. Sin embargo, para el propósito de este trabajo, considerando que los hechos delictivos privados y mixtos son casos bastante excepcionales, es cierto que la regla general que prevalece en el sistema procesal penal chileno es que las investigaciones penales sean realizadas por particulares siendo responsable el Estado.

En resumen, ahora es necesario plantearse una pregunta: además de las investigaciones nacionales y las investigaciones oficiales, si las personas pueden realizar investigaciones complementarias o paralelas a la actividad económica, ya sean imputados, víctimas o terceros, generar pruebas y utilizarlas. ¿Prever la prueba futura definitiva? Por razones relacionadas con el propósito de este trabajo, es imposible estudiar este tema en detalle, pero sí propone algunas ideas que son la base necesaria para el desarrollo del tema de investigación.

Cabe señalar que, si bien esta pregunta no es fácil de responder de manera inmediata, desde un punto de vista empírico, los operadores procesales penales chilenos creen que la respuesta a la pregunta planteada es afirmativa, lo cual es una naturalidad. Todos los días, en la preparación de la audiencia de juicio oral, se aceptan las pruebas recolectadas por los interesados sin la intervención del país investigador. Por ejemplo, consideremos los testigos aportados por la defensora e identificados por ella, que no fueron mencionados en la investigación fiscal; o los documentos (laborales, psicológicos, etc.) obtenidos por la propia imputada.

Además de los principios generales de inspirar al Ministerio Público a realizar acciones investigativas que aseguren la eficiencia, equidad y diligencia de su desarrollo, es innegable que sus acciones muchas veces chocan con las expectativas del imputado. Los artículos 183 y 257 de la Convención determinan si existe un procedimiento de denuncia antes de que el fiscal no resuelva el proceso, y luego, una vez finalizada la investigación, determinar quién puede ordenar el cumplimiento de la solicitud denegada ante el juez patrocinador. Sin embargo, desde un punto de vista empírico, se puede observar que, entre las reclamaciones resueltas por el mismo órgano de apelación, el primer arbitraje y el segundo mecanismo de arbitraje son relativamente tardíos, y para las partes que no están satisfechas, poco tranquiliza.

Sin embargo, tiene sentido utilizar el estatus formal como principio rector del sistema, ya que incluso puede facilitar el proceso penal y mantener un espacio para que los acusados y las víctimas actúen de esta manera durante la fase de investigación. También pueden servir como un equilibrio de toda la discreción técnica del acusador para elegir el procedimiento de investigación y su momento. Según lo expresado por Aguilera Bertucci: en la doctrina, en el proceso penal de las partes, los particulares actúan de manera asistida o auxiliar por el Estado, entienda esta participación Tiene como objetivo controlar la persecución de las agencias estatales (Aguilera Bertucci, D, 2001, pág. 35).

Del mismo modo, Luigi Ferrajoli refiere:

“Obviamente, si la publicidad de la denuncia requiere que el organismo público competente cumpla con sus obligaciones, entonces no significa que se adapte completa y exclusivamente al modelo de la teoría de la culpa en modo alguno, es decir, formas autónomas, libres y subsidiarias de acción de la opinión pública. Integración. Acciones del sector público en la defensa de los derechos e intereses de las personas o grupos que han sido violados por los delitos; solicitando y, en su caso, subsanando la inercia negligente de las instituciones públicas; posibilitando la participación en actividades delictivas y control de las personas y control indirecto de toda la función judicial” (Ferrajoli, L, 1995, pág. 569).

7.1.2. JURISPRUDENCIA

➤ Sentencia ROL N° 37018-2015, dictada el 29 de enero de 2016¹²³

Sucesos: Debido a un robo violento en el Centro de Atención de Valparaíso, la Fiscalía presentó una denuncia, la Fiscalía emitió una orden amplia para identificar a la persona involucrada en el delito, pero no brindó más información. Descripción. De acuerdo con esta orden, el equipo de investigación policial asistirá al evento,

exhibirá equipos fotográficos a víctimas y testigos, y realizará entrevistas con testigos que proporcionaron el nombre del presunto autor que ha estado involucrado en diversos robos. Caso en investigación. El mismo lugar.

Mediante este acuse de recibo, se indagó sobre los datos del imputado para obtener la dirección de su residencia, donde la policía lo arrestó.

En ese lugar, cuando la abuela del imputado autorizó el acceso a la propiedad y obtuvo un certificado de autorización policial, lograron recolectar más pruebas, pero esta situación no se ha registrado en las partes. Todos estos incidentes ocurrieron dentro de las 12 horas posteriores al incidente.

En este caso, la Corte Suprema dividió el análisis del recurso de apelación en dos partes: la primera parte se refiere a las acciones policiales realizadas sin orden del fiscal; la segunda parte se refiere al ingreso y allanamiento de la propiedad del detenido. Y el producto de la incautación de pruebas relevantes para la investigación.

En cuanto a la primera pregunta, muestra que el tribunal ha dictaminado en varias ocasiones que la Ley de Procedimiento Penal regula las funciones de la policía en la investigación de conductas punibles y le otorga cierta autonomía para formular acciones conducentes al éxito de los delitos policiales.

Señala las normas que rigen la actuación policial. En él se encuentra el artículo 83. Esta norma les otorga cierto grado de autonomía. Pueden actuar sin instrucciones previas del fiscal. También señala cosas como la detención en casos de soborno abierto, el derecho a la protección. En el lugar del evento, enviar declaraciones voluntarias, realizar verificaciones de identidad basadas en supuestos legales, recibir quejas del público, etc., con el fin de formular actividades. A pesar de lo anterior, se evidencia que en este caso se cumple con el requisito de actuar antes de que el fiscal emita una orden, porque el fiscal ha dado instrucciones para

determinar el tema, por lo que los funcionarios se limitan a seguir las pautas del fiscal. Los fiscales son más o menos precisos. Por lo tanto, cuando muestran equipos fotográficos a testigos del hecho, revisan las cámaras de seguridad del lugar, y preguntan con precisión sobre los datos de la dirección (incluyendo nombre y apellidos) del imputado, y no actuó de forma autónoma. El apellido, como responsable del delito, descartó por tanto violaciones al artículo 83.

En cuanto a la ambigüedad de la instrucción, el tribunal la ponderó para mostrar que el hecho es que su tipificación legal es una sanción penal, y solicitar o negar la validez de la prueba obtenida de la policía solo significa un sistema burocrático, en la perspectiva de evitar que la policía persiga, no es particularmente necesario o no es ejecutable.

Además, asumiendo que no hay instrucción del fiscal, la efectividad del fiscal no puede ser cuestionada, porque estamos bajo la descarada hipótesis que establece el código, y tomando en cuenta los diez puntos mencionados en el último párrafo del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Penal. Durante el lapso de dos horas, así como una organización conjunta que presenció directamente al imputado. Además, existen algunos registros de seguridad que permiten identificar su ropa y utilizar un arma que apareció en el lugar del incendio y fue encontrada en el edificio donde fue detenido.

En cuanto a la segunda parte, la denuncia por la vulneración de la intimidad e inviolabilidad de la vivienda violó el artículo 205 de la Ley de Marcas. La defensa no se percató de que el responsable de la residencia (abuela) había aprobado este hecho. Pero solo cuestiona cuestiones que no han sido ingresadas en el informe policial, por lo que no está dentro del alcance de la ley.

Para descartarlo, citó el artículo 205 y verificó la actuación de la policía, y con base en las circunstancias del caso -la propiedad se encontraba a solo unas cuerdas del lugar del incidente- era perfectamente razonable asumir que el imputado estaría en

su domicilio. Según el tipo de delito, y por tanto tiene un objetivo claro y la autorización del responsable (como se desprende de la ley de autorización), 205 se cumple en su totalidad.

Teniendo en cuenta, en el acta policial no se llegó a consignar la autorización por parte del comando, se sustenta que sobre ello existe una diligencia ilícita, si bien es cierto la defensa no ofreció las pruebas para demostrar que dicha fuente era ilícita, surgen dos personas como testigos sobre dicho accionar la cual señalan que la autorización brindada fue únicamente prestada.

Desde una perspectiva general, parece que la decisión de los magistrados por intermedio de la sentencia es correcta, colocándose en los hechos supuestos donde se lograría hacer un cuestionamiento sobre la legalidad de dicha acción, para luego ir retirando cada una de ellas.

Las que pudieran ser más importantes para la sección presente, es aquella que guarda una interrelación con los actos de detención y ella misma, con el garantismo que busca el derecho a la libertad proteger por intermedio del artículo 130, donde se estipulan determinados contextos para que la policía pueda efectuar una detención por intermedio de una medida cautelar de aplicación personal la cual restringe la libertad personal del detenido, pues al no hallarnos en un caso como este, la cual se debe comprender que existe una violación sobre los derechos fundamentales, por consiguiente debe excluirse la prueba.

Sobre lo expuesto con anterioridad, se debe comprobar si en realidad dicha detención se realizó en plena flagrancia de acuerdo al artículo 130, donde se estipula sobre hechos en específico que permiten aplicar dicha acción que puede corresponder a la letra e) es la aplicable (donde se sustenta la sentencia emitida por la Corte), teniendo presente que la detención efectuada se ejecutó dentro de las doce horas de producido el delito, asimismo, la captura se llevó a cabo por intermedio de los testigos que se encontraban presentes en los hechos y que

señalaban a la persona autora del delito y que se encuentra ahora en calidad de imputado, con lo cual se estaría cumpliendo con los requisitos que la norma refleja, teniendo que excluir dicha transgresión de fuente ilícita para el derecho sobre la libertad ambulatoria.

Si bien es cierto, se cuestiona desde una perspectiva de la flagrancia la cual no coincide con el orden sobre la fuente originaria del vocablo flagrancia (Real Academia Española, 2001), de tal manera que se pudiera ser aplicada en los casos donde el fiscal tenga que solicitar al juez que se emita una orden de detención, sobre el resultado de la investigación situada en base al mérito para poder otorgar el permiso de detención cuando se encuentran los hechos delictuosos dentro de las doce horas que son previstas en la norma, apartando lo mencionado anteriormente sobre el procedimiento que se tiene que seguir para solicitar la detención (Poder Judicial de Colombia, 2016).

7.2. LA PRUEBA PROHIBIDA EN COLOMBIA Y EXCEPCIONES

La regla que se tiene que seguir de forma expresa en Colombia sobre el aislamiento de la prueba obtenida de forma ilícita. El artículo 23 del Código Procesal Penal, ley 906 del 2004, se funda en lo siguiente: *toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nulas 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 se aprecia en Colombia el legislador descarta de forma explícita ya sea la prueba ilícita de forma directa como también la derivada o llamada refleja.

Por un lado, el artículo 455 del mismo ordenamiento jurídico instituye que para efectos donde se tenga que aplicar el artículo 23 se debe tener en cuenta ciertos lineamientos como: la fuente tiene que ser independiente, debe existir un lazo atenuado, que los hechos sean inevitables al ser descubiertos y todo lo que

establece la norma. Pues, es claro que al legislador le resulte que exista una posibilidad de tener que aplicar determinadas desigualdades para poder atenuar por intermedio de la doctrina una causal que se anexe con los hechos, sobre la fuente independiente, que los hechos encontrados sean ineludibles, todo ello establecido en la norma como una cláusula abierta. Sobre lo dicho, Castro Ospina, toma en consideración que la prueba tiene un precedente o reflejo, que, por intermedio de una reflexión interpretativa diferente, pues conducirá de forma ineficaz la finalidad garantiza que tiene la separación como causal. (Castro Ospina, S, 2005, pág. 72)

Al enmarcarnos en la Constitución colombiana sobre el Artículo 29, ésta consagra como un derecho fundamental que se proteja el debido proceso para lograr preservar la prueba como un derecho, teniendo que disponer luego de pleno derecho sobre la prueba siendo esta nula, ya que su fuente como obtención tiene como origen la ilicitud que vulnera el debido proceso.

En dicho país por intermedio de la Corte Constitucional en la sentencia C-591, tal instancia ha podido establecer disposiciones que el nuevo Código Procesal Penal sobre los efectos que puede originar una prueba que proviene de un registro de allanamiento con una orden que posee vicios y que dicho apartamiento es la excepción expresa que se aplica. Sobre ello se tiene que señalar que en el artículo 232 del presente Código se instruye que si el allanamiento en conjunto con la orden de registro que expide la parte fiscal, ésta se encuentre con vicios donde carecen de ciertos elementos fundamentales que se prevén para que dicha orden tenga validez, lo que genera como resultado es su invalidez sobre la determinada diligencia, por lo tanto, la obtención de evidencia material, física pues dependen de forma directa y exclusiva de cómo se procede en la diligencia siendo esta un elemento sujeto a impugnación y que sea separado como medio probatorio.

Asimismo, se interpretó por intermedio de la Corte el vocablo: directa o exclusivamente, dicha expresión sustenta en el artículo 29 hace referencia que vulnera la constitución como tal, la cual daría como resultado la nulidad sobre la

prueba y su obtención de pleno derecho siendo una violación al debido proceso, únicamente si ésta depende de forma directa y exclusiva, respecto a la expresión declarada por la Corte. Por último, cuando se refiere al artículo 455 de Código Procesal Penal, donde refiere de forma expresa sobre las excepciones conforme a la aplicación del lazo atenuado sobre el origen del descubrimiento ineludible e independiente y que lo que establece la norma, sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana, basada en la Sentencia SU-159- del año 2002, expresa que no se quebranta sobre la constitución en relación a los lineamientos que proceden de los ya señalados como autorizar sobre la recepción de pruebas y que estas sean admitidas si derivan de una ilegalidad o inconstitucionales, donde señalan todos ellos que se debe considerar solamente como admisible sobre aquellas pruebas que su origen provenga de forma independiente, autónoma y separada del proceso, pero que guarde relación con la prueba primigenia ilegal la cual tenga que ser tenue para poder ser considerada que se ha quebrantado (Cabezudo Rodríguez, N, 2010, pág. 232). Asimismo, por tales fundamentos al artículo se declaró factible.

Según comenta Parra Quijano, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha tenido la oportunidad de poder pronunciarse sobre la figura de la prueba ilícita, teniendo que sustentarse como referencia al caso de una Juez dictamina sobre una conversación grabada de forma telefónica realizada por la misma víctima. Sobre ello, la Corte Suprema sostiene que: (...) al momento en que una persona en un caso en específico, se convierte en víctima sobre un hecho punible y valiéndose de la tecnología, accede a pre constituir un hecho que se sustente como una prueba sobre el delito, para lograr constituir como tal se necesita de una autorización por parte de la autoridad de su competencia, es proceso decir con una base documental que promueva dichas acciones para ser pertinente. Esto sucede cuando la persona que graba es el destinatario de dicha llamada.

Existen herramientas necesarias en el ordenamiento jurídico de Colombia que para lograr alcanzar una solución sobre los inconvenientes que se pueda suscitar sobre los medios probatorios, cuando éstos tengan que contravenir con la constitución o

la norma, siempre y cuando su obtención vulnere los derechos fundamentales de la persona quién está siendo juzgada en el un proceso. Entonces, la prueba de origen ilegal es porque existe cierta ausencia de los elementos sufrientes para que el legislador disponga que dicha obtención tiene como origen una vulneración de los derechos garantistas que es el derecho fundamental. Como ejemplo se debe tener presente las pruebas obtenidas por tortura, tratos inhumanos, crueles, etc. Donde se tenga que aplicar directamente a la persona para poder obtener información que sirva como prueba de declaración por intermedio de los miembros representando del Estado, para que de esa manera la interceptación de una llamada telefónica, sin ninguna orden emitida por el poder judicial que expida un juez de control de garantías le de validez.

Se emplean los dos tipos de modelo sobre la regla de exclusión dilucidados: a la cabeza el de los EE.UU como el anglosajón y el europeo. Es claro que la Corte Constitucional se encuentra adscrita al modelo estadounidense, pero en el tipo de argumentación que se emplea posee una afinidad con el modelo europeo relacionado a los derechos fundamentales. Todo ello con una finalidad que es la regla sobre la exclusión, como una manera de poder prevenir que las partes procesales no se desvíen y de esa manera también los investigadores, teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales y garantizando dichos derechos del acusado.

7.2.2. JURISPRUDENCIA

Es importante poder analizar el contenido de la sentencia SU -159 DE 2002 a profundidad, ya que en esta se puede precisar lo siguiente:

La fuente legal sobre la exclusión se indica en el artículo 29 parte superior de forma genérica la cual hace referencia sobre la obtención de la prueba y su nulidad de pleno derecho por violar el debido proceso al ser obtenida. La presente disposición se logra desarrollar por intermedio del legislador

para que de esa manera pueda señalar dos fuentes jurídicas sobre la prueba sustentada en la exclusión: primeramente, la prueba inconstitucional hace referencia que fue adquirida violentando derechos fundamentales y segundo, la prueba ilícita tiene cierta similitud por la forma de cómo se obtiene la prueba y qué mecanismos ilícitos se han empleado para que se configure una violación sobre las garantías para el acusado. Sobre las condiciones del debido proceso el legislador de forma independiente sobre la practicidad de las pruebas y los requisitos que se obtienen de forma sustancial y específica sobre un tipo de prueba, donde la labor del juez es tener que observar y analizar si cumple con el deber ser, pues al momento de tener que determinar si es procedente o ilícita la prueba.

El impulso penal que le ha dado el legislador sobre las disposiciones que ha convenido como resultado de las consecuencias sobre la obtención de los elementos probatorios que son contrarios a un debido proceso y que vulnera los derechos fundamentales que trae como resultado la ineficacia de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y de esa manera excluirla como elemento probatorio válido (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Sobre los aparatos aplicados en la exclusión de la prueba se encuentra pre establecido en el artículo 250 (Decreto 2700 de 1991), el mencionado artículo hacía referencia sobre el rechazo por medio de la providencia legalmente, siendo está prohibida e ineficaz dictaminada por un funcionario judicial. En tal sentido se relacionan con los siguientes artículos (161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991).

Sobre lo expuesto con anterioridad, se entiende que, en el ordenamiento jurídico de Colombia, siendo este un Estado de derecho donde garantiza de forma efectiva el respaldo a la dignidad humana, pues logra evidenciar que frente a la prueba ilícita no ha existido una postura doctrinal, sin embargo la Constitución Política de 1991 es clara al tener que afirmar que al obtenerse la prueba por medio de mecanismos

ilícitos trae como consecuencia su nulidad de pleno derecho y no tiene importancia en el proceso, postura que toma relevancia alguna en un proceso penal donde en realidad se deben tomar con cuidado las decisiones sin vulnerar derechos fundamentales, teniendo en cuenta que existen personas de por medio que se encuentran sujetas a investigación por un hecho delictuoso, que contraviene con las conductas sociales y la verdad material, tomando en cuenta la posición del derecho anglosajón con algunas exclusiones sobre la prueba ilícita.

Entonces cuando la prueba ilícita es nula desde su origen, las consecuencias sobre el procedimiento irregular de cómo se obtuvo, por intermedio de qué práctica se vulnera un derecho fundamental, esto tendrá que ser separado del proceso, solicitar su nulidad de todo lo que se ha venido actuando en base a esa prueba, pues únicamente limitar la exclusión del procedimiento en base al artículo 29 de la constitucional: entendida como la inadmisibilidad en la etapa del juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contraria a las garantías constitucionales (González Navarro, A., 2011, pág. 1025)

En esta línea, el privilegio a la naturaleza prohibida de la prueba ilícita en un Estado de Derecho, en ese momento comprende una garantía procesal planificada para proteger a la persona de posibles abusos en las demostraciones de examen previstas para la adquisición de pruebas. (González Navarro, A., 2011, pág. 1027) Tal como la construyó Fierro Méndez en la práctica, la regla del rechazo, por su sustancia y naturaleza, sin perjuicio de las realidades a evaluar, no es más que difícil de abordar o fijar sus puntos de corte o sustancia; además, requiere un frágil juicio de aforo y una sólida estructura razonable y aptitudes, capacidades y habilidades expertas a la hora de su aplicación y es lo que se puede conocer como los modelos de regulación. (Fierro Méndez, H., 2010, pág. 1010)

La pauta general de prohibición comprende, como se ha expuesto en líneas anteriores, en que, si una prueba legítima se obtiene de una prueba ilícita, debe evitarse, en todo caso, tanto de derecho como de principio esta circunstancia es

distintiva al venir tolerando los modelos de la fuente libre, la conexión debilitada y la revelación ineludible que establecen casos especiales al uso de la regla del rechazo.

En la Sentencia SU 159 de 2002, que inició como consecuencia de una actividad de tutela establecida por Saulo Arboleda Gómez contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, da lucidez respecto a la tasación de la evidencia ilícita.

Misma que se transforma en una columna para la administración de la última mencionada, donde se considera que la Ley 906 de 2004, manejó explícitamente la nulidad del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, de todos modos lo necesite, la cual lo acepta de manera directa ante la duda de la evitación en el proceso penal colombiano, recomendando en el artículo 23: "Será nula y sin efecto toda prueba obtenida con infracción de las garantías mayores, en este sentido, deberá prohibirse la actividad procesal. Igual tratamiento se dará a la prueba que es el resultado de la prueba prohibida, o la que debe ser divulgada por su realidad "(Código de Procedimiento Penal, 2015). Así, se construye que el intento de captura de intercambios será visto como ilícito y evitado del grupo de prueba, dado que: (I) no existe solicitud judicial, sea o no la crónica realizada por uno de los individuos o un forastero; (ii) falta alguno de los casos previstos por la ley; (iii) no se cumplen las costumbres demostradas en la ley.

En este sentido, está claro cómo la Corte Constitucional propone a los administradores legales la utilización de la hipótesis anglosajona donde se permiten reglas de rechazo y donde acepta que una vez que se ha completado la investigación separada del tema en particular, tanto ilegal las pruebas, por ejemplo, las que se obtengan de ella deben evitarse por ser inválidas y nulas, para ello la autoridad designada debe impulsar una valoración de las realidades; observe la

tasa, la relación y la confianza entre unos y otros; y además, decidir si el supuesto verificable que se encapsula en alguno de los principios legítimos se construyó para decidir si la conexión causal se rompió en el caso particular. (González Navarro, A., 2011, pág. 1025)

Admitiendo esta metodología, el Tribunal Constitucional en las sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, delimitó para el grado nacional la Teoría del rechazo de la prueba denominada "regulación de los productos del árbol envenenado", propuesta que demuestra que cualquier prueba obtenida a través de la infracción de un estándar crucial, independientemente de si es por reflejo o impacto subordinado, será mal concebida simplemente como la prueba ilícita que la inició, de modo que la prueba ilícita subyacente se influye en sí misma. Precepto que capta de manera clara y fehaciente nuestra promulgación en su artículo 23, para luego conseguir que se demuestre la responsabilidad de los casos especiales del artículo 455 de la Ley 906 de 2004. De esta manera, surge la imperiosa necesidad de examinar e informar los resultados genuinos que esencialmente incidir en la devolución de los privilegios clave del demandado y en la rectitud del trato justo penal, que surge de la relativización del estándar de prohibición probatoria. De esta manera, debemos ser francos al expresar que no existe un método legal para ensayar la prueba restringida.

Asociativamente con lo anterior, en la sentencia de unificación antes mencionada que ocurrió con el argumento de que el ofendido piensa que la condena recibida por la Corte Suprema de Justicia ocurrió en el evento del intento de captura del teléfono distribuido por Revista Semana, obviamente afirma:

El principal dato que tuvo la Fiscalía General de la Nación sobre el hecho de las ocasiones fue a través de un artículo editorial donde se descifró una conversación telefónica entre dos clérigos de Estado, captada por desconocidos, sin previa solicitud legal. La Fiscalía solicitó a los medios que le enviaran las crónicas telefónicas y luego inició el movimiento analítico.

En ese momento, el Tribunal pregunta: ¿Un objetivo de acusación y una sentencia penal dictada en un procedimiento que comenzó con una noticia que descubrió una cuenta obtenida ilícitamente por personas desconocidas ignora el privilegio de un trato justo? No. La Corte afirma que el relato no fue el motivo de la elección de la acusación y que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia impugnada, sostuvo que la crónica era ilícita y no podía ser valorada como prueba. En esta línea, la Sala Penal aplicó efectivamente el estándar de rechazo de la grabación telefónica adquirida infringiendo el trato justo (Sentencia SU 159, 2002).

En esta línea, entonces los cargos del ofendido se encuentran sin auxilio legal ya que la Fiscalía General de la Nación inició su fiscalización de manera casual similar a su obligación, a pesar de la presencia de algunas cuentas telefónicas que destaparon la comisión del culpable directo de intriga en la finalización de acuerdos, particularmente cuando se enfrenta a una instancia potencial de corrupción donde la regla de adquisición abierta en Colombia aparentemente fue ignorada al otorgar frecuencias de estaciones de radio, lo que adicionalmente refleja cómo el marco legítimo colombiano se mantiene firme a un por la convención anglosajona donde la prueba de que los conflictos con derechos clave está prohibida para esta situación trato justo relacionado con un lado de la seguridad y donde debe subrayarse que la prueba ilícita de esta situación no es definitiva para abrazar la elección ya que, había diferentes componentes probatorios materiales para crear un nivel de certeza adecuado y el administrador legal, como lo reveló el Tribunal Constitucional en la sentencia de unificación antes mencionada, retomando lo elegido por la Corte Suprema de Justicia, expresando que si una prueba imperfecta debe excluirse del procedimiento, esto no sugiere realmente la nulidad de todo actuó, con el argumento de que solo cuando es una prueba fundamental, cuyo ritmo todo el tiempo o en la elección es tal que sin él no se hubiera llegado a la condena, continúa la revocación de todo lo actuado.

Como tal, el procedimiento puede declararse inválido y sin efecto si la imperfección probatoria consiste en haber examinado una prueba ilícita o ilegal que influye inequívocamente en la elección recibida por el juez. El Tribunal Constitucional ha dicho de tal manera que, si la prueba ilícita o ilegal es significativa para la selección de la demanda legal, es decir, si su efecto sobre la elección jurídica es de tal magnitud que, en caso de que no hubiera sido considerada, la decisión sanamente podría haber sido otra, el juez de tutela está obligado a revocar el procedimiento por una genuina infracción al trato justo de los influenciados (Fierro Méndez, H., 2010, pág. 36)

En todo caso, ¿qué hubiera ocurrido si frente a abrazar la situación del Tribunal Constitucional para evitar la prueba ilícita, se hubiera recibido la situación del Tribunal Supremo de Justicia?

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha construido diversas reglas a las del Tribunal Constitucional en lo que respecta al intento de captura de correspondencias, planteando que el intento de bloqueo de intercambios no se excluirá del montaje de pruebas, en cualquier evento, cuando no exista solicitud legal, siempre que se considere en las condiciones adjuntas: (i) que la crónica sea hecha, fundamentalmente, por uno de los particulares, no por un extraño; (ii) que se haga para mantener una distancia estratégica de la culminación de una infracción; (iii) que se complete para garantizar que el beneficiario (Giacomette, F. A., 2014, pág. 175)

En consecuencia, en ese punto, se puede decir especulativamente que el intento de captura de teléfono realizado en los dos clérigos anteriores sería sustancial simultáneamente si el examen no se hubiera realizado de manera casual, si no utilizando solo el intento de bloqueo del teléfono, ya que sirven para mantenerse alejado de la comisión de una fechoría contra la gestión de la política, particularmente por parte del exministro Saulo Arboleda quien ocupó el cargo de

Ministro de Comunicaciones y que fue responsable de este tipo de ilícitos directos, por ejemplo, el ilícito entusiasmo por la terminación de acuerdos.

Convención indicada por la cual, en la remota posibilidad de que la conexión entre la prueba injusta y la prueba sea cuestionable, en ese punto la prueba inferida es admisible; la regulación de la fuente autónoma, según la cual es admisible la prueba a partir de una prueba esencial ilícita, en caso de que se demuestre que la prueba determinada fue obtenida por métodos lícitos libres simultáneos, inconsecuentes a la primera pista de la prueba ilegal; La enseñanza de la revelación inevitable, según lo indicado por la cual la prueba legítimamente obtenida de la prueba esencial ilícita es aceptable si la Fiscalía demuestra de manera convincente que una prueba similar habría sido obtenida independientemente por métodos legales, en este sentido, la primera prueba esencial debe excluirse; y el principio de la demostración de la libertad de principio a fin, según el cual, cuando una prueba se obtiene por la libre elección de un individuo, se rompe la conexión que podría unirse a la confirmación equivalente obtenida de la verificación primaria imperfecta.

Estos acontecimientos permiten diseccionar la posición recibida en cuanto al tratamiento de la prueba ilícita, estableciendo que si bien los derechos principales no son absolutos, y cuando están en pugna con otro privilegio de una posición central similar, se debe hacer una prueba de proporcionalidad, en toda actualidad no se debe abusar de ellas para cumplir con las razones del Estado, por lo que a pesar de la forma en que la prueba ilícita es válida, no cumplirá como premisa decisiva cuando se quede corta, ya que el estándar social del derecho asegura el predominio de los privilegios esenciales de la persona sin perjuicio de la forma en que el individuo ha perpetrado una infracción, por lo que bien podría decirse que la ley está constitucionalizada, ya que la Constitución Política de Colombia es la columna clave para un amplio abanico de opciones en las distintas zonas de derecho.

En conjunto, que no se abusa de los derechos principales, por ejemplo, el trato justo o el privilegio de la seguridad en cuanto a la situación en evaluación cuando se confirma la proximidad de la prueba que podría ser ilícita, ya sea por la forma en que se obtiene o por la estrategia, en realidad el caso particular debe ser concentrado con cautela a fin de determinar si existe ilicitud en alguna de las pruebas, verificar que si esto sucede, la prueba ilegal no establece una prueba decisiva de la importancia del procedimiento y de igual manera que se investigue la prueba que se pueda obtener de ella considerando que existen excepciones a la regla de elusión, por lo que se debe desglosar individualmente, comprobando la asociación que existe con la prueba ilícita. Debido a la ilegalidad del intento de captura de intercambios, no exclusivamente se abusa del derecho básico a un trato justo, sino que se influye adicionalmente en el derecho esencial a la seguridad, ya que la correspondencia, las correspondencias telefónicas y otros están inevitablemente garantizados, a pesar de que en una similar la Corte Constitucional ha descubierto que en las personas de información abierta, por ejemplo, los trabajadores de alto rango, este privilegio está restringido aquí y allá, ya que son responsables de una obligación estatal excepcionalmente aplicable.

Al administrar el C-591 de 2005, la Corte Constitucional analizó la legalidad de ciertos principios del marco punitivo previsto en la Ley 906 de 2004.

Entre los arreglos analizados se encuentran los que aluden al modelo de prohibición de la prueba ilícita y sus casos especiales. En la comprensión del ofendido, la Constitución Política en su artículo 29 no establece excepciones a la nulidad de la prueba adquirida infringiendo el trato justo, esto implica que tanto la prueba obtenida como el impedimento del procedimiento son inválidas por ley resueltos de forma natural y lícita, por ejemplo, los que surgen de éstos.

Se establecía en el artículo 232 sobre la forma de eliminación de las evidencias y aquellos elementos que provengan de forma directa sobre una orden de registro exclusiva en su conjunto con un allanamiento indebido que fue emitido a través de

Fiscalía; por consiguiente, por intermedio de ello quedaba de forma abierta cierta posibilidad de que dichos medios no contuvieran un enlace directo y exclusivo sobre la orden obtenida de forma ilegal, es decir, que no vienen de forma directa, porque siendo así se desprendería únicamente de la prueba ilícita que se obtuvo teniendo que ser parte de la investigación y del mismo proceso. Sin embargo, una orden de investigación y allanamiento supone la Corte Constitucional que carecería de ciertos requerimientos legales que se exigen para que pueda accionar la Fiscalía, arts. 220-232 Código donde hace referencia sobre la vulneración al debido proceso ya que es una diligencia que contaminada por la invalidez; de tal manera que la evidencia como todo elemento tiene que ser separada, las que son parte de un resultado directo de origen ilegal como también los resultados que se originan de ella; sobre lo dicho la Corte Constitucional determina que es inexecutable dicha expresión directa y exclusiva que se estipula en el artículo 232, la cual busca que se desestime dentro del proceso penal al igual que la forma directa sobre la vulneración del debido proceso, conjuntamente con las indirectas que tienen un origen antijurídico.

Por otro lado, lo mencionado en el artículo 455 sobre los efectos que causan el artículo 23 donde se hace referencia de cómo se tiene que considerar sobre los criterios en base al lazo atenuado, el origen independiente y su descubrimiento ineludible y todo lo que la ley instituya.

Al referirse sobre los razonamientos en los que el legislador tiene que determinar sobre un artículo citado, se conocen en el derecho comparado ciertos criterios donde se comprende por el lazo atenuado o vínculo atenuado que existe un enlace entre la prueba ilícita que emana de forma tenue, por lo tanto, es admisible si se apela a la buena fe como principio, pues el vínculo que existe en ambas da como resultado un enlace de causalidad donde; (iv) el origen independiente que al finalizar la prueba obtenida como evidencia es ilegal, por consiguiente no se aplica como teoría del árbol envenenado; y (v) sobre el descubrimiento ineludible, donde la prueba es aceptada si en realidad puede demostrarse por

intermedio del órgano de acusación así sea su origen de obtención ilícito (C-591/2005).

Se entiende para la Corte Constitucional sobre aquellos discernimientos que logren establecer cierta vinculación sobre la prueba y a la forma en cómo se obtiene por medio de acciones antijurídicas contraviniendo al ordenamiento jurídico y especialmente al debido proceso en materia penal. En otras palabras, la prueba si es ilícita posee un enlace con otro tipo de prueba la cual se procura que tenga cierta validez en el proceso. Se compone por ciertos elementos de detección cuando nos encontramos frente a una prueba derivada, que en otras palabras se quiere decir que son producto de las pruebas que han sido separadas o que únicamente pueden manifestarse en base a la razón de su coexistencia.

Respecto de dichos resultados, el juez tendrá que tener en cuenta ciertos lineamientos sobre su experiencia y crítica sobre la precisión de tener que examinar la presencia pues no de un lazo causal entre la prueba y otra, sino que debe de poner en un orden de prelación priorizando sobre distintos factores, tomando en cuenta los derechos fundamentales en este caso del imputado, las víctimas y terceros, conjuntamente con el desempeño estatal de tener que investigar y condenar de manera efectiva los hechos delictuosos (C-591/2005).

La Corte interpreta a su criterio que no es una excepción a la regla sobre la separación de la prueba de origen ilícito en el proceso, sino que concuerda con el artículo 29 de la Constitución, donde cualquier tipo de prueba ya sea directa o derivada, de la forma que se haya podido obtener, pero vulnerando las garantías procesales y derechos fundamentales tiene que ser absolutamente separada como medio probatorio. El lazo atenuado, el origen independiente y el descubrimiento ineludible son posturas que permiten lograr aplicar en cierto modo la regla de separación de la prueba; por lo tanto, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico antes de que se tenga que autorizar las pruebas que son de

origen ilegal o que contravienen con la Constitución, la cual se direccionan para poder tomar en cuenta si se admiten solamente las pruebas que se han determinado y que su vínculo sean fuente autónoma como prueba inicial e ilegal que se considera que la tenuidad se ha roto.

7.3. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN ALEMANIA

Por intermedio de la doctrina alemana dominante se puede distinguir sobre las restricciones probatorias como un precepto general, entre las restricciones o prohibiciones que son parte de la elaboración de pruebas y las restricciones de las pruebas. La primera busca que se regule o restrinja la forma de cómo se han obtenido las pruebas, la segunda sobre su empleo en la vía judicial luego de ser adquiridas las pruebas. Pues, dentro de las restricciones que tengan que ver con la elaboración de la prueba se diferencia de la otra por los temas que se emplean como medio y restricciones metódicas probatorias (OLK, Grundkurs, cit. nota n° 25, 28 nm. 1 ss, 1967, págs. 91-94).

Las restricciones sobre los medios de prueba no permiten valerse de medio de prueba definitivos, como ejemplo: cuando un testigo emplea su derecho para no declarar. Pues, dichas restricciones en las técnicas probatorias limitan en cierto punto que se obtenga la prueba, por ejemplo: la técnica sobre el interrogatorio la cual distingue ciertas limitaciones sobre determinadas pruebas absolutas y relativas. Por lo tanto, mientras que las pruebas al ser absolutas poseen una eficacia general, sin embargo, las relativas se encuentran limitadas en razón de la obtención de la prueba, con el sentido único sobre aquellas personas que se encuentran autorizadas para poder realizar y ordenar una elaboración probatoria, teniendo qué, de cierta forma, establecerse determinadas restricciones sobre cualquier otra persona la cual, posee medidas de forma coercitiva para su validez en casi todo, pues como principio general es el juez quien en realidad puede ordenarlas.

De manera general existe un consentimiento sobre el hecho de que pueda existir una restricción sobre el empleo de la prueba no dependería de manera formal sino de forma expresa su categorización (OLK, Grundkurs, cit. nota n° 25, 28 nm. 1 ss, 1967, pág. 457), en definitiva dándole un sentido material acorde a la razón sobre la vulneración de una norma procesal sobre aquellos intereses que buscan obstruir la obtención de información sobre los hechos. De otra forma, se tendría que exigir por intermedio de una disposición expresa y que sea legalmente motivada sobre la restricción del empleo probatorio, en otras palabras, se tendría que restringir la aplicación probatoria de forma codificada, en consecuencia, esto indicaría el final de las discusiones político criminal como también las dogmáticas procesales de forma rápida, teniendo en cuenta que las regulaciones sobre la restricción legal señaladas son escasas e inequívocas.

7.3.1. JURISPRUDENCIA

Conforme al estudio analítico que Mariano Gabriel Juárez a realizado, sobre los lineamientos de exclusión o separación sobre la prueba prohibida desentrañando la jurisprudencia internacional relacionada a los derechos humanos; casos como la tortura y la ponderación sobre el caso de referencia Gäfgen contra Alemania del 1/06/10 – demanda Nro. 2297/05, se expresa lo siguiente:

Llamó la atención en las opiniones públicas del país alemán, donde un niño de la edad de 11 años fue sujeto de secuestro y por medio de ello se pedía un monto dinerario por su liberación. Frente a ello se instaló un dispositivo con una función de vigilar un determinado lugar sabido para poder hacer uso del retiro del dinero con la finalidad que sea empleado para el rescate y de esa manera se pudo identificar a un individuo de nombre Magnus Gäfgen, a quién más adelante se logra capturar en el aeropuerto de la ciudad de Frankfurt en Alemania, lugar donde se suscitaron los hechos.

Posterior a los tres días sobre la desaparición del niño, Gäfgen fue detenido por la policía en la sede central donde un detective lo interrogó sobre la ubicación del niño, mientras tanto otros agentes policiales allanaban su departamento donde encontraron parte del dinero pagado para el rescate, también anotaciones que vinculaban al sujeto con los hechos.

Sin embargo, antes de ser entrevistado por su abogado en la madrugada del mismo día de la detención, el detenido insinuó a la policía que el niño aún se encontraba con vida y se encontraba retenido por otros sujetos a las afueras de la ciudad en una cabaña.

Luego, al día siguiente en el cuartel de la policía, el jefe Wolfgang Daschner ordena a uno de los agentes policiales que amenace al detenido sometiéndolo a tortura (dolor físico) si no manifestaba o decía la ubicación exacta del niño, pues dicha consistía en no ocasionarle lesiones. Entonces el agente policial cumpliendo las ordenes de su jefe la cual indicó que el niño se encontraba sin vida indiciando la zona donde estaba su cuerpo, sin embargo, el detenido aún bajo la custodia de los policías se pudo hallar el cuerpo del menor con huellas de las ruedas del auto del detenido.

Durante el viaje de retorno el detenido fue confesando y aceptando que él fue quien secuestró al niño y luego le dio muerte, luego forzado por los agentes policiales, dijo con posterioridad donde se podría lograr hallar las pertenencias del menor y la máquina que usó para escribir el mensaje referente al rescate. Sin embargo, al regresar a la dependencia policial es cuando el detenido pudo entrevistarse con su abogado una vez más, quien lo había estado buscando durante el día.

Entonces, el día 01 de octubre de 2002, el jefe Wolfgang Daschner agregó al expediente de la policía un informe con su firma, donde dejaba como referencia que el niño aún se encontraba con vida y que corría peligro al encontrarse sin alimento alguno y al aire libre, pues ordenó que se amenazara al detenido para poder salvar la vida del niño.

En diferentes oportunidades frente a la policía, el fiscal y el juez del distrito, el detenido confirmó su confesión. En consecuencia, durante la audiencia preliminar que se da en el Tribunal Regional de Frankfurt, la parte de la defensa del investigado solicitó que se cierre por completo el proceso o, sino que las declaraciones otorgadas por su patrocinado fueran desestimadas, ya que fueron producto de amenazas efectuadas sobre su patrocinado. Sin embargo, pidió que se tuviera de adherir al caso como parte dogmática la figura del fruto del árbol envenenado, teniendo en cuenta que dicha versión fue adquirida por medio de la fuerza, por lo tanto, el tribunal determinó que dicha prueba confesional no sería admitida, pero no aquellos elementos que se obtuvieron sobre el sustento en base a ello, referente al hallazgo del cuerpo del niño. (Mariano Gabriel, J, 2012, pág. 286)

Fue de su consideración por parte del Tribunal Regional la separación de dicha evidencia confesional al ser considerarse desproporcionada, ya que el investigado fue amenazado y sufrió de violencia física mientras que la acción sobre los hechos se enmarcaba sobre la comisión de un delito por asesinato sobre el niño. De esa manera prosiguió el proceso concluyendo con la condena del imputado a cadena perpetua por la muerte del niño y por secuestro extorsivo, asimismo, expresando que los hechos que se cometieron eran graves y ante ello en el ordenamiento jurídico alemán impide que se cumpla la pena bajo un régimen más leve.

En lo particular en dicha instancia en la parte del debate es donde el imputado frente al panorama que se estaba confrontando y en razón de su rechazo sobre las solicitudes de separación de la evidencia pues llegó admitir en las audiencias que se dieron a un inicio y en la conclusivas que él tuvo responsabilidad sobre los hechos que se imputaban, pidiendo disculpas sobre los hechos. Por lo tanto, este tipo de confesión si fue considerada por el tribunal advirtiéndole que las anteriores declaraciones no fueron valoradas por su origen y como fueron obtenida.

El abogado defensor por la parte del imputado acudió sobre la decisión tomada por el Tribunal de no dar por terminado el proceso en contra de su patrocinado, asimismo, no separar las evidencias que se obtuvo como material que se dio a través de la confesión obtenida ilegalmente. Sin embargo, tanto la Corte Federal de Justicia en un inicio como la Corte Constitucional posteriormente, rechazaron estos tipos de planteamientos. Luego en el tribunal expresó que la separación de las declaraciones que se obtuvieron de forma prohibida era suficiente para poder resguardar sus derechos. Habiéndose planteado el caso fren al tedh, en su mayoría este tribunal examinó y se pronunció sobre los siguientes lineamientos:

- a) si bien es cierto no se han podido descubrir dichos actos amenazantes, ello no podría ser impedimento en los términos generales según el presente caso, pues los hechos que se lograran calificar como si fueran tortura, porque la amenaza para provocar un dolor tiene que involucrar un sufrimiento mental la cual puede resultar por el contexto en que se está cuestionando. Sin embargo, el tedh declaró que sobre el imputado que se aplicó un trato inhumano pero que el no había sufrido tortura a comparación del método que se aplicó para interrogar, todo ello prescrito en el artículo 3. El tedh reafirmó que se en absoluto es un derecho la cual no se permite admitir las anulaciones ni excepciones, dicho orden para ser valorados.
- b) El alegado que concibe el Estado alemán es sobre el estatus que tiene la víctima, de acuerdo al procedimiento que el tedh exige, teniendo en cuenta que con anterioridad existió de forma suficiente una vulneración de sus derechos, por lo tanto, el derecho en el proceso penal había separado las evidencias que eran ilícitas desde su origen por como la sostuvieron, sin embargo, los policías que fueron considerados responsables en el interrogatorio fueron investigados, juzgados y condenados. Sobre ello, el tedh considera que en realidad los autores que realizaron dicho trato fueron penados de forma leve con multas que luego fue suspendida. En consecuencia, fue desproporcionada la condena por tratarse de una vulneración a los derechos fundamentales frente a la respuesta que tuvo el

cedh, careciendo entonces de un efecto preventivo elemental para poder lograr que se eviten tratos no legítimos. Además, si los agentes policiales fueron realmente sancionados de acuerdo a su régimen disciplinario Daschner en un futuro fue nombrado como jefe de policía, sin embargo, la demanda civil planteada en su momento por el imputado aún se encontraba en su momento pendiente.

- c) Después de haber tenido que tratar sobre los puntos ya mencionados como el a y b, el tedh concluyó que el Estado alemán, trasgredió el artículo 3 de la cedh, con relación a Gäfgen. Sin lugar a duda lo peticionado se fundamentó bajo el artículo 6 del mismo convenio, la cual se enfoca en la garantía hacia la persona que es acusada y procesada en un juicio como criminal, la cual debe tener derecho que se le juzgue de manera justa. Entonces, se tomó como inválida la confesión que hizo el procesado basándose en la transgresión del artículo 3, debiendo impedirse la admisión sobre la evidencia que se obtuvo bajo las consecuencias de los efectos que se planteó en la investigación. Por ende, no le incumbe al tedh tener que decidir qué elementos sobre la evidencia deben ser admitidos o no, sino en la totalidad donde se incluya la forma de cómo fue adquirida la evidencia, se daría allí un proceso justo o no.

Adentrándose un poco más en los factores que requieren análisis para que en conjunto se pueda tomar una decisión, una constante muy particular en este caso es que la evidencia obtenida fue violentando el 3. de la CEDH. Esta cuestión tenía un antecedente en la jurisprudencia del TEDH. En efecto, en el caso Jalloh contra Alemania, del año 2007, se había sostenido que, sin importar su verosimilitud, no se podría considerar una prueba efectiva responsabilizando directamente al imputado, debido a que dicha prueba fue obtenida mediante el método de la tortura. En el caso Gäfgen, basándose en la declaración emitida por el Tribunal Regional alemán que juzgó su caso, el TEDH concluyó que entre el interrogatorio sufrido por el denunciante en violación al artículo 3. y la evidencia obtenida por la policía, esto es, el descubrimiento del cuerpo del niño, su autopsia, sus pertenencias, las huellas

dejadas por el auto de Gäfgen y la máquina de escribir que usó este último existía una relación causal.

La jurisprudencia del TEDH no tenía registro exacto de la fecha del caso en cuestión, sin embargo, una respuesta contundente a la pregunta de si la exclusión de la prueba obtenida de modo violatorio de la cláusula del artículo 3, también era aplicable para tratos que no revestían la gravedad necesaria para ser considerados como tortura y si, en definitiva, a pesar de no ser un supuesto de tortura, el proceso debía ser considerado, de todos modos, injusto.

Siguiendo esta línea de ideas, en la resolución el TEDH aclaró que el alcance de la regla de exclusión en los sistemas jurídicos de los Estados parte no era uniforme. Sin embargo, lo interesante para el trabajo propuesto comenzó a develarse en la redacción del párrafo 175, donde el TEDH continuó refiriéndose claramente a argumentos atinentes a la ponderación de los intereses comprometidos en procura de una solución al caso:

El Tribunal está al tanto de los diferentes derechos e intereses en juego. Por un lado, la exclusión de la evidencia frecuentemente fiable obstaculizará la persecución efectiva del delito. No cabe duda de que las víctimas y sus familias, tanto como el público, tienen un interés en la persecución y castigo de los delincuentes, y en este caso ese interés era de alta importancia. Más aún, este caso es particular en tanto la evidencia derivó de un método ilegal de interrogatorio que no estaba dirigido a la continuación de la investigación penal, sino que fue aplicado con propósitos preventivos, a saber: para salvar la vida de un niño, para salvaguardar otro derecho fundamental garantizado por la Convención en su artículo 2. Por otro lado, el imputado en un proceso penal tiene derecho a un juicio justo, que puede ser puesto en crisis cuando un tribunal local usa evidencia obtenida como resultado de una violación de la prohibición de trato inhumano bajo el artículo 3, uno de los derechos fundamentales y absolutos de la Convención. En efecto, existe también un interés vital por preservar la integridad del proceso judicial y, así, los valores de una sociedad civilizada fundada en el principio de legalidad.

El TEDH hizo hincapié en que el derecho consagrado en el artículo 3 es absoluto, y la seriedad del delito imputado o el interés público en la persecución del delito no pueden ser ponderados en su contra. Para el Tribunal Europeo:

(...) ni la protección de la vida humana ni el aseguramiento de la condena del delincuente pueden ser obtenidas a expensas del compromiso del derecho absoluto a no ser objeto de malos tratos, prohibido por el artículo 3, ya que ello (...) desacreditaría a la administración de justicia.

No obstante, el TEDH, al tener que revisar a profundidad si en el caso se había lesionado también el derecho a un juicio justo, recogido por la CEDH en su artículo 6, restringió bastante el alcance de su decisión:

Es que, para el tedh, aunque el uso de la evidencia obtenida como resultado de una violación al artículo 3 supone un serio cuestionamiento a la legitimidad del proceso penal en cuestión, desde su óptica, el artículo 6 no consagra un derecho absoluto. Para estimar entonces si el juicio ha sido, o no, justo habrá que considerar cuáles son las medidas necesarias para garantizarlo. Para la mayoría del tedh, las garantías para un proceso justo y una efectiva vigencia de la prohibición establecida por el artículo 3.

(...) solamente se encuentran en peligro si se ha demostrado que la violación del artículo 3 tiene peso en el resultado del procedimiento en contra del imputado, es decir, en su condena.

Llegados a este punto, es donde el análisis profundo del TEDH asume sus caracteres más criticables.

El argumento fundamental para considerar que no había habido violación al artículo 6 se basa en que el tribunal que impuso la condena a Gäfgen basó su decisión, en cuanto a los hechos, en la nueva confesión del imputado en el juicio. La restante evidencia, a la que se llegó a partir de las confesiones viciadas, fue, según el TEDH, evidencia adicional que no fue usada por la corte local en contra del imputado y para probar su culpabilidad, sino solamente para poner a prueba la veracidad de su confesión.

No era otra cosa sino el análisis de los resultados de la autopsia sobre el cuerpo del menor y las marcas de las ruedas dejadas cerca del estanque donde se encontró el cuerpo. Además, dijo el tedh, existía prueba independiente de la primera confesión de Gäfgen: la vigilancia sobre él desde que recogió el rescate y el allanamiento de su departamento poco después de su arresto, donde se encontraron notas y el dinero del rescate, entre otras cosas. Esta prueba, dijo el tedh, no estaba manchada por la violación al artículo 3 del cedh (untainted, en el original en versión inglesa).

Como podrá advertir quien esté familiarizado con el devenir de la exclusionary rule en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, el lenguaje del tedh se le asimila.

Como confirmación de ese supuesto, en el párrafo 180, la mayoría declaró que había un quiebre de la cadena causal que ligaba los métodos prohibidos de investigación con la condena del imputado, ya que en aquella última confesión se había instruido a Gäfgen respecto de su derecho a guardar silencio y se le había hecho saber que sus declaraciones anteriores no iban a poder ser usadas en su contra, con lo que se lo restituyó, según el derecho local y la postura del tedh, a la situación previa a sufrir el maltrato policial la condena sostenida en esa declaración era válida.

Además, dijo el tedh, Gäfgen había estado representado por su abogado al momento de prestar sus declaraciones en juicio.

En definitiva, el derecho a no auto incriminarse había sido respetado y la no exclusión de la evidencia obtenida luego de la confesión invalidada no tuvo peso en su condena; de allí que el juicio, como conjunto, debía ser declarado como acorde con el artículo 6 de la cedh.

Dijo el Tribunal: “La tortura, el trato inhumano o el degradante no pueden ser inflingidos, incluso en circunstancias en las que la vida de un individuo se encuentra

en riesgo [...] el artículo 3, que fue redactado en términos claros, reconoce que todo ser humano posee un derecho absoluto e inalienable a no ser torturado o sometido a un trato inhumano o degradante bajo cualquier circunstancia, incluso las más difíciles. La base filosófica que apuntala la naturaleza absoluta del derecho consagrado en el artículo 3 no permite ninguna excepción o factores justificantes ni ponderación de intereses, sin importar la conducta de la persona involucrada ni la naturaleza del delito en cuestión.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El ordenamiento jurídico mexicano no acepta las excepciones a la prueba prohibida. El concepto y fundamento de la regla de exclusión ha transitado por tres enfoques diversos, siendo entendido en principio como parte sustancial de la IV enmienda, después como remedio procesal fundamentado en su efecto disuasivo, y más recientemente como norma sujeta a valoración, que, dado su costo para el sistema de justicia, su aplicación debe ser ponderada en todo caso. La progresiva limitación de la regla de exclusión en los fallos de la Corte estadounidense, bien puede sugerir su sustitución futura por un régimen de admisibilidad de pruebas ilícitas.

SEGUNDA. De una interpretación extensiva al CNPP, en cuanto a la prueba prohibida, podemos encontrar esta figura inmersa dentro de lo que expresamente señala 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 el CPEUM 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. Igualess tratamientos recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”.

TERCERA. La prueba ilícita puede serlo de forma directa o de forma derivada. De forma directa o inmediata, cuando fue por sí misma contraria a algún derecho fundamental. De forma indirecta o mediata, cuando por sí misma es lícita, pero está conectada con un acto violatorio de derechos fundamentales que le sirvió de antecedente y sin el cual no habría podido producirse. Esto último constituye la

ilicitud por efecto reflejo. El efecto generalizado de la ilicitud de una prueba es su nulidad e inexistencia para el proceso, según la regla de exclusión. Esta exclusión sanciona tanto a las pruebas de ilicitud originaria, como a las pruebas que derivan de aquellas.

CUARTA. En cuanto a las excepciones de exclusión de la prueba prohibida, no hay unanimidad de criterios, dejando un gran vacío en cuanto a los límites y márgenes, dejando todo esto a criterio de los jueces o de la jurisprudencia que pueda resultar vinculante. No se discute la ilicitud en si 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. La prueba prohibida, o, pruebas ilícitas, son aquellas que se derivan de la prueba principal, y que, nacen nulas, debido a la forma en que fueron obtenidas, ya que por lo general son violatorias de los derechos humanos de cada persona.

SEXTA. Se hace una recomendación a juristas, investigadores y doctrinarios del derecho procesal penal, a realizar un análisis profundo de la prueba prohibida, para que no exista tanta ambigüedad en las resoluciones, o peor aún, que se deje a criterio de un juez la decisión de tomarla en cuenta o no, buscando siempre la no vulneración a derechos fundamentales de la persona.

SÉPTIMA. Se ha estudiado cómo puede afectar en un proceso el no definir con exactitud si una prueba es prohibida o no, también, se ha identificado que esta laguna puede afectar aparte del debido proceso, derechos fundamentales de la persona, por lo tanto, un adecuado y profundo análisis de este tema es de suma importancia, para velar por la dignidad humana, tanto del imputado como de la víctima. Por lo tanto, siendo obligación del Estado mantener en todo momento las garantías constitucionales es de suma importancia realizar estudios que esclarezcan las lagunas existentes hoy en días sobre este tema tan importante, ambiguo y controversial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Bertucci, D. (2001). La participación de la víctima en la persecución penal oficial Análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 18(2). Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200003
- Alfonso Rodríguez, O. (2003). *Prueba ilícita penal*. Ediciones jurídicas G.
- Alfonso Rodríguez, O. (2004). *Prueba Ilícita Penal* (segunda ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ambos, K. (29 de enero de 2013). La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán. *General de Derecho Procesal*.
- Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (22 de 07 de 2011). El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros de 22-7- 2011.
- Armenta Deu, T. (2000). Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América. *Revista de Derecho Procesal Penal*.
- Armenta Deu, T. (2002). *Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre europa y américa*. España: Revista de estudios de la justicia.
- Armenta Deu, T. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Armenta Deu, T. (2009). *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Madrid. Ed. Marcial Pons.
- Armijo Sancho, G. (1997). *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal* (1º ed.). San José, Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Benavente Chorres, H. (2013). *Derecho procesal aplicado*. Ciudad de México, México: Flores Editor y Distribuidor.
- Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales*.
- Bentham, J. (2003). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: El Foro.
- Berizonce, M y Roberto, O. (2005). *Derecho probatorio*. Jurídicas.
- Binder, A. (1993). *El relato del hecho y la regularidad del proceso en Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: AD-HOC.

- Binder, A. (2006). *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. España: Advocatus.
- BROWN v. ILLINOIS, 73-6650 (United States Supreme Court 1975).
- Brown, G. (2007). *Límites a la valoración de la Prueba en el Proceso Penal*. Nova Tesis.
- Cabezudo Rodríguez, N. (2010). *Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Cafetzóglus, A. N. (1988). *Derecho Procesal Penal; el procedimiento en los códigos de la Nación y provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cafferata Nores, J. (1998). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- Carbone, C. A. (2008). *Requisitos Constitucionales de las Intervenciones Telefónicas*. Rubinzal Culzoni.
- Carmona Ruano, M. (2006). *Hacia un Nuevo Proceso Penal*. Consejo General del Poder Judicial Centro Documentación.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Buenos Aires: De Palma.
- Carocca Pérez, A. (2008) Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile, Revista lux et praxis, Universidad de Talca. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740213.pdf>
- Carrió, A. D. (2000). *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Carrió, A. D. (2006). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Castillo Alva, J. (2013). *La Motivación de la Valoración de la Prueba en Materia Penal*. Lima: Grijley.
- Castillo Cortés, L. B. (Febrero de 2010). *Objeto de la prueba*. Bogotá, Colombia.
- Castro Ospina, S. (2005). *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Lima, Perú.
- Cedeño Hernán, M. (2015). *La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano*. Bogotá.
- Chaia, R. A. (2010). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Chipoco, C. (2005). *La protección universal de los Derechos Humanos. Una aproximación crítica*. Obtenido de <http://bibliojuridica.org/libros/4/1835/16.pdf>
- Ciano, A. (2001). *La libertad probatoria y sus límites: la regla de exclusión*. Buenos Aires: Revista jurisprudencia.

- Clariá Olmedo, J. (1966). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V*. Buenos Aires: Ediar.
- Climent Durán, C. (2005). *La prueba penal, Tomo I*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Couture Etcheverry, J. E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Editorial B de F.
- CPEUM. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- De la Plaza, M. (1945). *Derecho procesal civil español Vol.1*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- De Pina, R. (1942). *Tratado de las pruebas civiles*. México: Porrúa.
- De Urbano Castrillo, E., & Torres Morato, M. Á. (2007). *La prueba ilícita penal, estudio jurisprudencial*. España: Arazandi.
- Del Giudice, P. (1885). *Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras*. Madrid: Revista de legislación.
- Devis Echandía, H. (1970). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires.
- Devis Echandía, H. (1970). *Teoría general de la prueba judicial tomo I*. Argentina. Victor L. de Zavala Editor.
- Devis Echandia, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial tomo I*. Bogota: Temis.
- Devis Echandía, H. (2004). *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad.
- Díaz Cabiale. J. A. (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, España. Civitas.
- Díaz Cabiale, J. A. (2002) "La teoría de la conexión de antijuricidad", *Jueces para la democracia*, 43, marzo de 2002, España. pp. 39-49)
- Díaz Cabiale, J. A. (2005). *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. España: Consejo general del poder judicial.
- Edwards, C. E. (2000). *La prueba ilegal en el proceso penal*. Córdoba: Marcos Lerner Editora.
- Fenech, M. (1982). *El proceso penal*. Madrid: Agesa.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. (P. y. Ibañez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2009). *El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho*. Lima.
- Fierro Méndez, H. (2010). *La prueba Ilícita e Ilegal*. Bogotá, Colombia: Leyer.

- Florián, E. (1934). *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: BOSCH.
- Florián, E. (1982). *De las pruebas penales*. Temis.
- Framarino Dei Malatesta, N. (1930). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Tomo I. Madrid: La España Moderna.
- Fundamento Jurídico 5, ATC 244/1994 (1993).
- García de Enterría, E. (2006). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. España: Editorial Civitas.
- Garrido Lorenzo, M.A. (21 de Febrero de 2011). Valoración en el juicio oral de la prueba y conexión de antijuricidad. *Diario La Ley* núm. 7573.
- Gascón Abellán, M. (2008). *El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*. Ciudad de México, México: Distribuciones Fontamara.
- Gascón Abellán, M. (1984). Nix vs Williams.
- Gascón Abellán, M. (2008). *El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*. México: Fontamara.
- Gascón Abellán, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Universidad Externado de Colombia.
- Giacomette, F. A. (2014). *Teoría General de la Prueba*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Gimeno Sandra, V. (2007). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex.
- Gómez de Liaño González, F. (1987). *El Proceso Penal*.
- Gómez de Lliaño González, F. (2004). *El Proceso Penal: Tratamiento Jursiprudencial*. Forum.
- González Navarro, A. (2011). *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia: Leyer Editores.
- González Cuéllar, S. (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex.
- González Cussac, J. (2008). *La conexión de antijuricidad en la prueba prohibida*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Gorphe François. (1962). *La Crítica del Testimonio*. Madrid: Reus.
- Góssel, K. (2002). En la búsqueda de la verdad y la justicia. *Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*. Ciudad de México, México: Porrúa.

- Gossel, K. H. (2004). *Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Lima: Grijley.
- Guariglia, F. (2005). *Concepto, Fin, y alcances de las Prohibiciones de Valoración Probatoria en el Procedimiento Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Guasp, J. (1956). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Guasp, J. (1998). *Derecho procesal Civil Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Jaén Vallejo, M. (1987). *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Akal.
- Jäger, C. (2003). *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. (F. J. Placido, Ed.) Buenos Aires, Argentina.
- José Antonio, D y Morales, R. (2001). *La Garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas.
- Jurisprudencia 1a./J. 21/2007. (Agosto de 2007). *Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Materia Penal (XXVI)*.
- Llobet Rodríguez, J. (2006). *Proceso Penal Comentado, Código Procesal Penal* (tercera ed.). San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- López Masle, J y otros. (2002). *Derecho procesal penal chileno* (Vol. 1). Santiago de Chile, Chile.
- López-Barajas Pérea, I. (2006). *La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja* (Vol. 708). (A. J. Aranzadi, Ed.)
- Maier, J. (2003). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales* (1º ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Ediciones del puerto.
- Maier, J. B. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabbi.
- Mainardis, C. (2000). *Vid. SSTC 34/1973 y 81/1993*.
- Mariano Gabriel, J. (2012). *la regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación*. Bogotá, Colombia.
- Marín Pallín, J. A. (2009). *La revisión de errores judiciales*. Madrid: Consejo general del poder judicial.
- Martínez Escamilla, M. (2003). *La imputación objetiva del resultado. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal*. Obtenido de [//criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf)

- Martínez Pineda, Á. (1995). *Filosofía jurídica de la prueba*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Martínez Silva, C. (1947). *Tratado de pruebas judiciales*. Buenos Aires: Atalaya.
- Mascarell Navarro, M. (1987). *La carga de la prueba y la presunción de inocencia*. Justicia.
- Massachusetts v Sheppard. (1984). Exclusionary Rule. (M. S. Court, Entrevistador)
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J.M. Bosch Editor.
- Mixan Mass, F. (2008). *Prueba Indiciaria*. Bogotá: Ediciones BLG.
- Montaños Pardo, M. (1999). *La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Montero Aroca, J. (2000). *Nociones Generales Sobre la Prueba (entre el mito y la realidad)*. Madrid.
- Montero Aroca, J. (2007). *La prueba en el proceso civil*. Civitas.
- Muñoz Conde, L. (1967). *Técnica Probatoria*. Barcelona, España: Praxis.
- Muñoz Sabaté, L. (1997). *Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*. Santa Fe, Bogotá, Colombia: Temis.
- Muñoz Sabate, L. (1993). *Técnica Probatoria*. Barcelona: Praxis.
- Olano García, H. A. (2014). *Concordancia Práctica*. Ley derecho.
- Olk, Grundkurs, cit. nota n° 25, 28 nm. 1 ss, cit. nota n° 13, nm. 455; (1967).
- Pellegrini Grinover. (2008). *Cláusula de exclusión y argumentación jurídica en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Pellegrini Grinover, A. (2007). *La nulidad en el procedimiento penal, Pruebas ilícitas en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*. Ciudad de México, México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.
- Pérez Sarmiento, E. (2009). *Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Poder Judicial de Colombia, ROL N° 37018-2015 (Corte Suprema 29 de enero de 2016).
- Polanco Braga, E. (2015). *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Portillo, J. E. (1971). *Teoría de la prueba*. San Salvador: Universidad del Salvador.

- Prieto Castro, L. (1985). *Tratado de derecho procesal Civil*. Aranzadi.
- Quintero Olivares, G. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: CEDECS.
- Ramos Méndez, F. (2008). *Enjuiciamiento Civil: Cómo gestionar los litigios civiles, Tomo I*. Barcelona: Atelier.
- Real Academia Española. (2001). Obtenido de <https://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiores-1726-2001/diccionario-de-la-lengua-espanola-2001>
- Reyana Alfaro, L. M. (2006). *La prueba penal pricipios y momentos en la actividad probatoria*. Ciudad de México: Gaceta Jurídica.
- Reyes Loaeza, J. (2012). *El sistema acusatorio adversarial*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Ricci, F. (1880). *Tratado de las pruebas Tomo I*. Madrid: La España Moderna.
- Rodríguez Choconta, O. A. (2014). *Prueba ilícita Penal derechos y garantías constitucionales*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Rodríguez Ruíz, B. (1999). *El coste de los derechos fundamentales - Teoría y Realidad Constitucional* (Vol. 3).
- Rosenberg, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal*. (G. y. CÓRDOBA, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2001). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. España: Civitas.
- Salas Calero, L. (2002). Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. *Poder*.
- San Martín Castro, C. (2014). *Derecho procesal penal*. Editora Jurídica Grijley.
- SCJN. (2012). Prueba Ilícita. *Las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violando derechos fundamentales, no surten derecho alguno*. CDMX: SCJN.
- Sentencia SU 159 (Corte Constitucional, M.P. 2002).
- Sentencia Supremo Tribunal Español (Supremo Tribunal Español 1 de Marzo de 1996).
- Sentís Melendo, S. (1957). *El proceso civil: Tomo I*. Buenos Aires- Argentina: Rodas.

- Sentís Melendo, S. (2018). *La evidencia en el Derecho procesal Penal*. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Serra Domínguez, M. (1991). *De la prueba de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Serra Domínguez, M. (1998). *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*. Talca: Revista Praxis.
- Silva Melero, V. (1963). *La prueba procesal Tomo I*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- SILVERTHORNE LUMBER CO. VS. UNITED STATES, 251 U.S. 385 (U.S. Supreme Court 1920).
- Sotelo, J. L. (1984). El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. *Revista jurídica de Cataluña*.
- STS 160/2003 (Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional 2003 de febrero de 24).
- STS 498/2003, STS 498/2003 (Sala de Casación del Tribunal Supremo 2003).
- STS. 1048/04 (22 de septiembre de 2004).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Obtenido de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2000820&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0>
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Tesis 1ª. CXVII/2005. (Agosto de 2007). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta - Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Materia Constitucional*. México.
- Tesis de Jurisprudencia I.9o.P. J/12. (2012). Prueba ilícita. Valoración del principio de su prohibición o exclusión del proceso, bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado en la declaración del inculpado.
- Tesis de jurisprudencia 1a./J. 139/2011. (2011). Prueba ilícita. El derecho a un debido proceso comprende el derecho a no ser juzgado a partir de pruebas obtenidas al margen de las exigencias constitucionales y legales.
- Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 140/2011. (2011). Pruebas en el procedimiento penal. Supuestos en que debe nulificarse su eficacia.
- Tesis P./J. 1/2009. (Enero de 2004). Materia Penal. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX*.

- Tomé García, J. A. (2007). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Torquato Avolio, L. F. (2012). *provas Ilícitas*. Brasil: Revista dos Tribunais.
- Tribunal Constitucional de España. (1994). Madrid, España.
- Tribunal Constitucional de España. (2013). *Los principios de razonabilidad* y Madrid.
- Tribunal Supremo. (2007). *Sentencia SCJN El alcance anulatorio de la prueba ilícita en el procedimiento penal en México-España-Argentina-Brasil*. SCJN.
- UNITED STATES v. JANIS, 74-958 (United States Supreme Court 8 de Agust de 1976).
- Urbano Castrillo, E. (2003). *La prueba ilícita penal: un estudio jurisprudencial*. Madrid: Thomson Aranzadi.
- Urosa Ramírez, G. (2013). *Introducción a los juicios orales en materia penal*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Vázquez Sotelo, J. L. (2001). *La prueba en contrario en las presunciones judiciales*. Cataluña: Revista de Cataluña.
- Vega Torres, J. (1993). *presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, España: La ley.
- Velasco Núñez, E. (1996). Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España). *Revista General de Derecho* (624).
- Viada López-Puigerver, C. (1962). *Curso de derecho procesal penal, tomo II*. Madrid: Artes gráficas helénicas.
- Villegas Rodríguez, M. (1993). *La presunción como prueba en el derecho y el derecho de presunción de inocencia*. Anuario jurídico y económico escurialense.
- Vives Antón, A. (2008). *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Wach, A. (1958). *El sistema de prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Zaffaroni, R. E. (s.f.). *DEFOE VS UNITED STATES*.
- Zagrebelsky, G. (2020). *Manual de derecho constitucional*. Puno: Zela grupo editorial.

Zeferín Hernández, I. A. (2016). *La prueba libre y lógica sistema penal acusatorio mexicano*. Ciudad de México: Instituto de la judicatura federal escuela judicial.