



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO

Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades

ICSHu

**ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y
JURISPRUDENCIA**

“Estudio monográfico de la prueba, la prueba ilícita, su regla de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba en el proceso penal mexicano”

Proyecto Terminal de carácter profesional que para obtener el Título de

Maestra en Derecho Penal y Ciencias Penales

Presenta:

Lic. en D. Sara Irma Chávez Pérez

Asesor (es):

Dr. José Luis Gómez Tapia



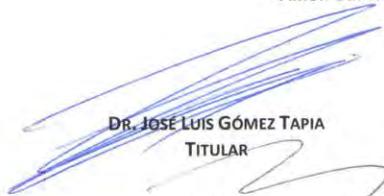
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO
Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades
School of Social Sciences and Humanities
Área Académica de Derecho y Jurisprudencia
Department of Law and Jurisprudence

NÚMERO DE OFICIO: UAEH/ICSHU/AADJ/50/2018.
ASUNTO: AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN.
PACHUCA DE SOTO HIDALGO, SEPTIEMBRE 21, AÑO 2018

Dr. Cuauhtémoc Granados Díaz.
JEFE DEL ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA
P R E S E N T E

De acuerdo con lo dispuesto en la fracción VII del Artículo 73 del Capítulo VIII del Reglamento General de Estudios de Posgrado de esta Universidad, los profesores investigadores que suscriben el presente documento, integrantes de la Comisión Revisora formada para los efectos de obtención del grado de MAESTRO EN DERECHO de la LIC. SARA IRMA CHAVEZ PEREZ, le notifican que han APROBADO la tesis intitulada "ESTUDIO MONOGRÁFICO DE LA PRUEBA, LA PRUEBA ILÍCITA, SU REGLA DE EXCLUSIÓN Y LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL MEXICANO" cuya autoría corresponde al citado profesionista; por lo tanto, autorizamos la impresión del mencionado Proyecto Terminal de Carácter Profesional para los efectos prescritos por la normatividad institucional en este rubro.

ATENTAMENTE
"AMOR ORDEN Y PROGRESO"


DR. JOSÉ LUIS GÓMEZ TAPIA
TITULAR

MTRO. JAVIER SÁNCHEZ LAZCANO
TITULAR


DR. ROBERTO WESLEY ZAPATA DURÁN
TITULAR

MTRA. MARTHA GAONA CANTÉ
TITULAR



Carretera Pachuca-Actopan Km. 4 s/n, Colonia
San Cayetano, Pachuca de Soto, Hidalgo, Mexico;
C.P. 42084
Teléfono: 52 (771) 71 720 00 Ext. 4226
cgranadosd2006@yahoo.com.mx

www.uaeh.edu.mx

Índice

Resumen	1
Abstract	2
Abreviaturas	3
Introducción.....	4
Planteamiento del problema.....	8
Hipótesis.....	10
Objetivos	12
Metodología.....	13
Justificación.....	14

CAPÍTULO I.- LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

1.1 Concepto	19
1.2 Acepciones dentro del proceso penal acusatorio	25
1.2. 1 Antecedente de investigación	26
1.2. 2. Dato de prueba	29
1.2.3. Medio de prueba	30
1.2.4. Acto de prueba.....	33
1.2.5. Prueba	33
1.3 Funciones dentro del proceso penal acusatorio	34
1.4 Principios que rigen a la prueba en el proceso penal acusatorio	35
1.4.1 Publicidad	35
1.4.2 Contradicción	37
1.4.3. Concentración	38
1.4.4. Continuidad	38
1.4.5 Inmediación.....	38
1.5 Medios de prueba en el proceso penal acusatorio	39
1.5.1 Testimonial.....	40

1.5.2 Pericial	41
1.5.3 Material	42
1.5.4 Documental	43
1.6 Valoración de la prueba en el proceso penal	43
1.7 La prueba en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ..	44
1.8 La prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales	45
1.9 La prueba derivada o la prueba reflejo	47

CAPÍTULO II.- LA PRUEBA ILÍCITA

2.1 Concepto	50
2.2 Acepciones de la prueba ilícita y su diferenciación	51
2.2.1 Prueba ilegal	52
2.2.2. Prueba ilícita	52
2.2.3. Prueba irregular	54
2.2.4 Prueba prohibida.....	55
2.2.5 Prueba inconstitucional	55
2.2.6 Prueba nula.....	56
2.3 La prueba ilícita en la CPEUM	56
2.4 La prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales.....	57
2.5 La prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana	58
2.6 Efectos de la prueba ilícita en el Procedimiento Penal Mexicano	60
2.7 La <i>inutilizzabilità</i> de la prueba en el sistema italiano	64

CAPÍTULO III.- LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Concepto	67
3.2 Origen	68
3.3 Excepción a la regla de exclusión, la teoría de la buena fe:	
Caso United States vs León 104, S. Ct. 3405 (1984).....	70
3.4 Eficacia refleja de la regla de exclusión: La teoría del fruto del árbol envenenado.....	72

3.5 Excepciones a la eficacia de la regla de exclusión.....	74
3.5.1 Teoría de la fuente independiente: Caso Silverthone Lumber Co.vs United States, 251 U.S. 385 (1920).....	74
3.5.2 Teoría del descubrimiento inevitable: Caso Nix vs Williams 104 S.Ct. 2502 (1984)	75
3.5.3 Teoría del vínculo atenuado o nexo causal atenuado: Caso Won Sun vs United States 371 U.S. 471 (1963).....	76
3.6 El nexo de antijuridicidad en la doctrina Española	78
3.7 Las prohibiciones de utilización y la colisión de Derechos Alemán	80
3.8 Tratamiento de la exclusión de la prueba ilícita en algunos otros países...	82

CAPÍTULO IV.- LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO MEXICANO

4.1 Regulación en la normativa mexicana.....	89
4.1.1 La regla de exclusión en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	89
4.1.2 La regla de exclusión en el CNPP	89
4.2 Interpretación del Poder Judicial de la Federación	91
4.2.1 Interpretación sobre la exclusión de la prueba ilícita.....	91
4.2.2 Interpretación de la eficacia refleja de la regla de exclusión	94
4.2.3 Interpretación de las excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión	95
4.2.3.1 Interpretación de la fuente independiente	97
4.2.3.2 Interpretación del descubrimiento inevitable	100
4.2.3.3 Interpretación del vínculo atenuado o nexo causal atenuado	102
Conclusiones	105
Fuentes de investigación.....	112

Resumen

La prueba constituye el punto medular en cualquier procedimiento pues ella sirve de medio para aproximarnos a conocer los hechos que se encuentran en litigio. En materia penal sirve de sustento para brindar certeza y generar en el órgano decisor el más alto grado de convicción (más allá de toda duda razonable) acerca de los hechos planteados por las partes.

Con la reforma del 28 de junio de 2008 en materia de justicia penal y de seguridad pública se ha buscado garantizar el respeto a los derechos de los gobernados que se ven bajo el poder castigador (*ius puniendi*) del Estado, motivo por el cual el tema de la prueba se vuelve aún más trascendental ya que su obtención no debe vulnerar derechos fundamentales, su ofrecimiento y posterior desahogo deberá seguir las reglas establecidas en la norma para ello. Sin embargo debemos plantearnos la siguiente pregunta ¿Cuál es la consecuencia de que ello no se lleve así? y entonces se vuelve evidente que la última fase de la prueba consistente en la valoración de la misma sufrirá una afectación que a su vez, llevará sus efectos hasta la decisión del órgano jurisdiccional.

De lo anterior, se desprende la importancia de sentar las bases de la prueba en el proceso penal acusatorio así como de estudiar la prueba ilícita, su regla de exclusión, la eficacia refleja de dicha regla y sus excepciones con la finalidad de buscar una respuesta que nos permita equilibrar la balanza que por un lado soporta los derechos fundamentales del imputado y por el otro los derechos fundamentales de la víctima así como el objetivo del proceso penal consistente en esclarecer los hechos, procurar que el culpable no quede impune y reparar el daño causado por el delito.

Abstract

Evidence is the core point in any judicial procedure, since it serves as a manner to approach the facts that are in dispute. In criminal law, it serves as a support to provide certainty and generate the highest degree of conviction in the decision-making body (beyond any reasonable doubt) around the facts approached by the parties.

The legal reform of June 28th, 2008 in criminal justice and public security, has sought to guarantee respect for the rights of any indicted under the *ius puniendi* of the State, which is why evidence becomes even more significant because its obtaining shall not violate any fundamental rights, its offering and further submission must follow the rules established by law for it. However, we must ask ourselves the following question: What shall be the consequence of not doing so? And then it becomes evident that the last phase of evidence, consisting of the appreciation of it, will suffer an affectation that will take its effects until the mere decision of the judging party.

Considering the foregoing facts, it is clear that it is imperative to lay the foundations of evidence in the accusatory criminal process as well as to study the illegal evidence, its exclusionary rule, the reflected efficacy of such rule and its exceptions in order to seek an answer that allows us to balance the situation that on the one hand supports the fundamental rights of the accused and on the other the fundamental rights of the victim along with the purpose of the criminal process comprising the clarification of the facts, to ensure that the offender does not remain unpunished and to repair the damage caused by the offense itself.

Abreviaturas

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
DOF	Diario Oficial de la Federación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
R180608JPSP	Reforma del 18 de junio de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPPP	Código do Processo Penal Português
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CPPC	Código de Procedimiento Penal Colombiano

Introducción

Imaginemos que un sujeto llamado Juan ha disparado en contra de otro llamado Pedro, Juan huye del lugar de los hechos y durante el camino avienta el arma al patio de un domicilio. Al detener a Juan uno de los dos policías que lo persiguen golpea a Juan para que éste a su vez le diga dónde aventó el arma, motivo por el cual Juan confiesa haberla arrojado al domicilio de una casa. El policía que ha golpeado a Juan le comunica a su compañero que mientras perseguía a Juan vio como este aventaba el arma a un domicilio por lo que el segundo policía inmediatamente se apersona en el mencionado domicilio donde únicamente se encuentra María. El oficial al explicarle la situación a María le solicita el permiso para poder ingresar al domicilio y buscar el arma, esta no lo piensa dos veces y le permite ingresar al domicilio, el oficial encuentra el arma y le aplica debidamente la cadena de custodia. Posteriormente el Ministerio Público solicita que se le realice al arma un peritaje en dactiloscopia con la finalidad de saber si hay huellas en el arma y en su defecto para proceder a la identificación de la misma. Como resultado del peritaje se logra establecer que las huellas que estaban en el arma correspondían a la huellas de Juan.

La defensa de Juan alega que el arma y todo lo que se desprenda de la misma tiene que ser declarado como prueba ilícita y como consecuencia de ello, el arma y todo lo derivado de ella no puede ser objeto de valoración alguna. Lo anterior, bajo el argumento de que el arma se había obtenido vulnerando los derechos fundamentales de Juan esto al tenor del numeral 20 apartado B fracción II de la CPEUM aunado a que en su numeral 16 protege el derecho de la inviolabilidad de domicilio salvo que este se haga bajo mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de ello que en el caso en concreto dicho mandamiento escrito es la orden de cateo y que en el caso que nos ocupa dicha orden nunca fue presentada por el oficial al ingresar al domicilio.

A través del principio de contradicción el Ministerio Público argumenta que el policía que había obtenido el arma lo hizo sin el conocimiento de que su

compañero obtuvo la información del arma a través de la tortura pues éste le dijo que había visto cuando la aventaba al patio del domicilio y que si bien es cierto para poder ingresar a un domicilio es necesario contar con una orden de cateo que cumpla con las formalidades que la ley señala, también lo es que el CNPP permite el ingreso de una autoridad a un domicilio sin orden de cateo cuando se realice con el consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo y que este consentimiento sea ratificado en un periodo que no exceda de cinco días, y que en el supuesto si se contaba con dicho consentimiento y con su posterior ratificación a cargo de María.

En un segundo momento en el uso de la voz la defensa señaló que la CPEUM y el CNPP establecen que todo medio de prueba obtenido con violación a derechos fundamentales debe de ser declarado como prueba ilícita y ser excluido del procedimiento penal y por lo que respecta al domicilio ha establecido que toda orden de cateo puede ser solicitada por cualquier medio que garantice su autenticidad y que además el plazo que el juez de control tiene para resolver dicha solicitud es de seis horas de manera que el Ministerio Público debía haber acudido ante el juez de control para solicitar dicho ordenamiento y que aunado a todo lo anterior, si bien es cierto María había permitido el ingreso al oficial y que posteriormente ratificó ese consentimiento, ella no era quien debía otorgarlo pues se encontraba en el domicilio ya que ahí labora como empleada doméstica y que entre sus facultades no se encontraba la de permitir el ingreso a personas distintas a sus patrones quienes además son propietarios del domicilio y por ende esa intromisión por parte del oficial había sido ilegal y como consecuencia de la tortura y la ilegal intromisión, motivo por el cual el arma y todo lo derivado de ella tenía que ser declarado como ilícito.

El Ministerio Público por su parte aseguró que, cuando el oficial ingresó al domicilio lo hizo bajo la creencia de que la información proporcionada por su compañero era lícita además de haber cumplido con las formalidades exigidas por la ley como lo era el consentimiento de María, aunado a lo anterior y siguiendo con el cumplimiento de las mismas María acudió a ratificar dicho consentimiento. Es por ello que el Ministerio Público alega que la autoridad actuó de buena fe y que si

bien es cierto la buena fe es susceptible de ser subjetiva, para el presente caso no lo es, puesto que el primer oficial había referido haber visto a Juan arrojar el arma al patio de un domicilio y que María se creía con la facultad para permitir el paso al oficial toda vez, que anteriormente había permitido el ingreso al domicilio al despachador de gas, al técnico de la luz y al repartidor de agua embotellada. De lo anterior se desprende que era evidente que el segundo oficial no tenía por qué dudar de la información de su compañero y que María acudiría a ratificar dicho consentimiento máxime que sus patrones no se encontraban en la ciudad.

Esgrimidos los argumentos tanto por el Ministerio Público como por la defensa es momento de que el juzgador resuelva si ha de declarar ilícita el arma de fuego y todo lo que de ella derivó o permitir que esa arma y la identificación de las huellas de Juan sean susceptibles de ser desahogadas en juicio oral para posteriormente realizar su respectiva valoración. Es aquí dónde radica el verdadero problema pues el juzgador debe poner en un lado de la balanza la tortura realizada a Juan por el primer oficial, la ilegal intromisión al domicilio y el actuar de buena fe del segundo policía para la obtención del arma y por el otro las consecuencias que traería declarar como ilícita el arma cuyo defecto radica en la obtención de la información de donde se localizaba, no así del arma, sin embargo, también debe preguntarse el juzgador que de llegar a una sentencia condenatoria, ¿esta no sería con pruebas cuya obtención no estuvo apegada a la norma?.

Todas estas interrogantes nos hacen pensar en la ilicitud probatoria, la regla de exclusión, sus excepciones, así como su eficacia refleja. La primera consiste en que cuándo una prueba es obtenida con violación a derechos fundamentales esta debe de ser declarada nula y la segunda consiste en que si un medio probatorio no fue obtenido, ofrecido y desahogado con las formalidad establecidas en la norma para ello, esta debe de ser excluida del proceso, es decir, apartada del mismo, de modo que el órgano jurisdiccional tampoco podrá darle valor alguno. Por otro lado, también nos hace pensar en que esa regla puede ser objeto de excepciones como sucede en algunos sistemas jurídicos y que esa regla tiene un efecto extensivo que se aplica no solo al acto ilícito sino que lo derivado de él corre la misma suerte. Lo que nos lleva a realizar un estudio

monográfico de la prueba, la prueba ilícita, su regla de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba en el proceso penal mexicano.

Planteamiento del problema

El objetivo de todo Estado de Derecho es llegar a ser garantista, lo que significa que en todo momento se debe velar por el respeto y la protección de los Derechos Fundamentales de los gobernados.

En ese tenor en México el 18 de junio de 2008 se llevó a cabo la R180608JPSP. La esencia de la mencionada reforma fue optar por dejar atrás un sistema penal inquisitivo e implementar un sistema penal de corte acusatorio.

Lo anterior, con la finalidad de consolidar a México como un verdadero Estado de Derecho, donde el sistema jurídico penal no por ser de carácter punitivo vulnere los derechos fundamentales de aquellos que se ven bajo el poderío del *ius puniendi* del sistema jurídico.

Es por ello que, al encontrarnos en un Estado de Derecho donde el respeto y protección a los Derechos Fundamentales es primordial, es evidente e inevitable que en algún momento procesal se presente un choque de Derechos. En el caso concreto, dicha colisión se presenta en materia probatoria con la regla de exclusión de la prueba.

Lo anterior, se refiere a aquellos supuestos jurídicos en los cuales cuando una prueba es obtenida con violación a derechos fundamentales esta debe de ser excluida. Es decir, debe de ser declarada como una prueba ilícita y su efecto será la nulidad.

El segundo supuesto se despliega por cuanto hace a los frutos de una prueba ilícita, pues estos al ser resultado de una prueba ilícita corren la misma suerte de aquella. Es decir, deben ser excluidos, declarados como ilícitos y tener el efecto de la nulidad.

Debe advertirse que, en el sistema penal mexicano de corte acusatorio el efecto que se produce cuando una prueba ilícita es excluida es que el juez no puede bajo ninguna circunstancia tomar en consideración dicha prueba y mucho menos otorgarle valor alguno.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia internacional han dado un tratamiento especial a la prueba ilícita tal es el caso del del sistema Norteamericano el cual ha creado excepciones a la regla exclusión de la prueba, o el caso del sistema Alemán que ha establecido que en ciertos supuestos cabe la posibilidad de admitir esa prueba ilícita bajo el denominado principio de proporcionalidad o como ellos lo llaman *Verhältnismässigkeitsprinzip*, lo que significa que a pesar de que la prueba haya vulnerado derechos fundamentales, esta puede ser objeto de valoración por parte del juez. Lo anterior, toda vez que consideran que existen casos en los cuales el derecho vulnerado no es tan grave como aquél que se estaría transgrediendo por excluir esa prueba ilícita.

Es decir, la regla de exclusión así como sus excepciones representan una colisión derechos, entre aquellos protegidos mediante la aplicación de la regla de exclusión y aquellos otros derechos que sus excepciones lesionan.

Hipótesis

La ilicitud probatoria es un tema poco estudiado en nuestro país, consecuencia de ello es la escasa bibliografía nacional y los pocos criterios emitidos por la SCJN del tópico.

Con la implementación total del nuevo sistema de justicia penal en nuestro país el tema de la prueba adquiere una gran relevancia tanto dogmática como procesal.

Debemos partir de la premisa que el respeto en todo momento a los derechos fundamentales es lo que genera Estados de Derecho con una firmeza inquebrantable.

En ese sentido nuestro sistema jurídico ha dado elevado a rango constitucional la prueba ilícita así como su regla de exclusión de tal manera que la R180608JPSP lo ha convertido en un derecho fundamental. Lo cual se traduce en que el Estado debe en todo momento respetar ese derecho.

Es por ello, que es indispensable la regla de exclusión de la prueba ilícita, por cuanto hace a declarar nulas y sin posibilidad de convalidación a aquellas pruebas que vulneran derechos fundamentales.

La controversia radica en los efectos reflejos que la regla tiene, es decir, si la exclusión de la prueba debe de ser aplicada o no a las pruebas que siendo lícitas derivan de una ilícita. Es evidente que la prueba derivada requiere un análisis especial que presupone plantearse una gran cantidad cuestionamientos como por ejemplo los siguientes: 1) ¿la ilicitud de la prueba original afecta de manera directa a los frutos de la misma?; 2) ¿era evidente que la ilicitud original afectaría a los accesorios de la prueba?, 3) ¿cuál es el grado de ilicitud en la prueba derivada?; 4) en caso de valoración, ¿se le debe de otorgar un valor total o parcial a la prueba derivada?; ¿qué derechos fundamentales se encuentran en colisión? y; ¿cuál de estos derechos fundamentales debemos de privilegiar?.

La respuesta al conflicto se encuentra inmersa en la misma disposición constitucional pues al ser la exclusión de la prueba un derecho fundamental, las

pruebas que de ella derivan deben de correr la misma suerte, no importando que éstas últimas hayan sido lícitas pues para llegar a ella es evidente que se vulneraron derechos fundamentales y el permitir su inclusión al procedimiento penal no sólo convalidaría y sería permisiva con la primer violación sino que además generaría nuevas violaciones como lo es al derecho de exclusión y al debido proceso con la finalidad de que el órgano decisor no genere un resultado cuya base sean pruebas que han vulnerado derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, si lo que el sistema mexicano pretende es limitar la eficacia refleja de la regla de exclusión entonces el principio de proporcionalidad de la prueba debería ser incluido con jerarquía constitucional ya que obliga al juzgador a realizar el estudio pertinente en cada caso para determinar si la ilicitud de la prueba original ha alcanzado a la prueba reflejo o si esta por el contrario puede ser tomada en consideración por el juez para dictar sentencia debido a su inconexión con la ilicitud de su fuente.

Objetivos

General

- Realizar un estudio monográfico sobre la prueba, la prueba ilícita, su exclusión y las excepciones a la regla de exclusión.

Específicos

- Realizar un análisis sobre la prueba en el proceso penal acusatorio en México.
- Realizar un análisis sobre la prueba ilícita en el proceso penal acusatorio en México.
- Realizar un estudio comparado sobre la exclusión de la prueba ilícita.
- Realizar un análisis sobre la exclusión de la prueba ilícita en Derecho mexicano.

Metodología

Esta investigación hará uso del método deductivo, pues en primer término se realizará el estudio de la prueba y sus generalidades, para poder particularizar lo referente a la prueba ilícita.

No obstante lo anterior, se utilizará el método exploratorio por cuanto hace al estudio de la regla de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita temas cuyo estudio ha sido poco examinado.

Al ser el sistema penal mexicano acusatorio de reciente implementación, esta investigación se ve en la necesidad de recurrir al método comparativo respecto de aquellos países cuyos sistemas penales llevan en operación más tiempo y por ende tienen mayor experiencia.

Por último y como resultado de todo lo anterior, este estudio pretende realizar un análisis de cuál es el tratamiento de la prueba ilícita, la regla de exclusión, sus efectos reflejos, así como las excepciones a dicha regla por parte del poder judicial de la federación en el sistema acusatorio mexicano.

Justificación

El 18 de junio de 2008 se publicó en el DOF la reforma constitucional al sistema de justicia penal en nuestro país, cambiando con ello un sistema de justicia inquisitivo por un sistema de justicia acusatorio a través del cual se busca dar respuesta a la grave crisis que México enfrenta en materia de respeto a los Derechos Humanos. Para ello el proceso penal se deberá regir bajo los principios de: a) publicidad, por medio del cual todas las audiencias serán públicas salvo las excepciones señaladas expresamente por la Ley; b) contradicción, dicho principio permite a las partes no solo conocer sino también controvertir los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte; c) concentración, el cual señala que las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión; d) continuidad, es decir, que las audiencias de un juicio se realizarán de forma continua, sucesiva y secuencial; y por último f) inmediación, el cual garantiza que las audiencias se desarrollarán íntegramente en presencia del Órgano Jurisdiccional y de las partes que deban de intervenir. Logrando así un sistema de justicia penal garantista¹.

Aunado a lo anterior, podemos señalar que las principales reformas fueron las siguientes: establecimiento del proceso acusatorio; principios procesales; derechos del imputado; derechos del ofendido y de la víctima; orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso; precisiones procesales y terminológicas; modificaciones al Ministerio Público; perfil del órgano jurisdiccional; mecanismos alternos de solución de controversias; delincuencia organizada; y por último, sistema nacional de seguridad pública.

¹ El artículo segundo del CNPP establece que el proceso penal tiene por objeto: "...establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte".

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, 2014.

De lo señalado anteriormente, se desprende la reforma al artículo 20 de la CPEUM, la cual en el apartado A establece los principios generales bajo los que debe regirse el proceso penal y en su fracción novena señala: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

Asimismo, en los artículos transitorios de dicha reforma se estableció que el Congreso de la Unión y los congresos de los estados habrían de modificar las leyes necesarias con la finalidad de acoger el Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral además de emitir una declaratoria de vigencia en un plazo que no debería de exceder los ocho años, siendo como fecha límite el 18 de junio de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, el 5 de marzo de 2014 se publicó en el DOF el CNPP a través del cual se busca homologar las reglas para la impartición de justicia penal tanto en el ámbito federal como en el ámbito local. Con esta medida se busca dejar atrás la época en la cual cada entidad federativa contaba para sí con un código procesal, además de contar con un código federal de procedimientos penales, impulsando así una misma justicia penal para todo el país.

El CNPP es el instrumento por medio del cual se establecen las directrices del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México, es decir en él se establecen las reglas que se han de seguir en el procedimiento, los derechos, facultades y características de los personajes que intervienen en él, regula el procedimiento ordinario, sistematiza las etapas del mismo, además de establecer procedimientos especiales y las reglas que estos deben de seguir. Como consecuencia de lo anterior, este ordenamiento jurídico en su numeral 264 ha previsto la regla de exclusión o nulidad de la prueba ilícita².

De lo anterior se desprende que, en cumplimiento a la protección de los derechos fundamentales por parte del Estado, se ha elevado a rango Constitucional y de igual manera en la norma procesal la nulidad de aquellos medios de prueba que se han obtenido con violación a derechos fundamentales.

² Artículo 264 del CNPP. Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Lo que significa, que el Tribunal de Enjuiciamiento no podrá darle valor alguno a aquellas pruebas.

Países como Estados Unidos de América, España, Chile y Alemania cuentan con una mayor experiencia en un sistema penal de corte acusatorio y a través de su doctrina, jurisprudencia y en otros casos la misma ley es fuente para determinar que, es posible dejar de excluir una prueba ilícita o sus accesorios de modo que, sean susceptibles de valoración por parte del órgano jurisdiccional.

La legislación mexicana ha sido reducida con la inclusión de la regla de exclusión³. Es decir, ha quedado limitado a realizar el señalamiento que todo medio de prueba obtenido con violación a derechos fundamentales debe ser declarado ilícito y como consecuencia este trae aparejada la nulidad, de modo que el juzgador no podrá tomar en cuenta estas pruebas al momento de emitir sentencia.

Sin embargo, por lo que hace a las pruebas que derivan de la prueba original nada se ha dicho a nivel legislativo⁴ y la SCJN se ha limitado a señalar que los frutos de una prueba ilícita corren la misma suerte que la de la principal y no obstante ello en el mismo criterio se pronuncia sobre las excepciones que pueden ser aplicadas a la regla general, resaltando que dichos criterios no han alcanzado el grado de jurisprudencia.⁵

³ Artículo 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM y artículo 264 del CNPP.

⁴ La Ley Procesal Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 301 hace una breve referencia a las excepciones de las regla de exclusión por lo que hace a la fuente independiente. (...) También serán nulas las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de antijuridicidad, salvo que exista otra fuente independiente que pudiera haber producido el mismo resultado probatorio.

⁵ Tesis: 1a. CCCXXVI/2015 Primera Sala, Registro: 2010354, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 24, Tomo I, noviembre de 2015, p. 993, rubro: PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgió de una violación constitucional ha sido difuminado: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y

Si nos limitáramos a señalar que una prueba derivada por el simple hecho de provenir de una prueba ilícita también es ilícita como hasta el momento se ha hecho implicaría vulnerar los derechos de las víctimas. Aunado a que, los objetivos del procedimiento penal se ven inalcanzables.

Sin embargo, tampoco podemos partir de la maquiavélica idea de que los fines justifican los medios. Es decir, no podemos permitir que bajo el estandarte de descubrir la verdad de lo acontecido vulneremos los derechos fundamentales de los gobernados, pues en este supuesto ya no sólo estaríamos en contra de un sistema jurídico como el penal sino que estaríamos vulnerando un verdadero Estado de Derecho.

Es por todo lo anterior, que es necesario estudiar a la prueba en el sistema procesal penal acusatorio, a la prueba indirecta, por derivación o también denominada prueba reflejo, la ilicitud probatoria con su apareada regla de exclusión y las excepciones a dicha a regla, ya que con la presente investigación podremos dar solución al conflicto que no sólo se ve planteado en marco normativo sino en el mundo fáctico.

Esta investigación servirá para determinar a quién le compete la regulación del estudio de la prueba ilícita en su modalidad de prueba reflejo, al poder legislativo por cuanto hace a incluir en el CNPP las reglas de exclusión de la prueba ilícita o bien hacer una reforma al artículo 20 fracción IX de la CPEUM para establecer que la nulidad ahí planteada admite excepciones cuando se trate de las pruebas reflejo o bien para incluir el principio de proporcionalidad de la prueba a nivel constitucional, que le permita al poder judicial a través de los jueces de control, valorar en cada caso concreto la ilicitud de esa prueba derivada.

menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto.

Aunado a lo anterior, se busca una mayor atención al tema a nivel nacional, de modo que los juristas cuyo campo de estudio es la dogmática penal abunden de mejor modo el tema y los operadores jurídicos hagan sus aportaciones en por lo que hace a la aplicación en materia procesal.

CAPÍTULO I.- LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

1.1 Concepto

La palabra prueba se deriva del vocablo en latín *probo* cuyo significado es bueno, horado, honesto y de *probandum* que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fé. El concepto de prueba se debe de concebir en dos sentidos: material y formal. El primero de ellos, como aquellos instrumentos, objetos, rastros, manchas, vestigios, armas que derivan de un hecho ilícito, es decir, toda la evidencia física producto de un delito. Por el otro lado tenemos a la prueba en su sentido material y la cuál será objeto de estudio en esta investigación sin embargo, para poder determinar el concepto de prueba, es necesario que se haga el estudio de la evolución del mismo, pues no debemos olvidar que la prueba surge como aquel medio que se encarga de demostrar la existencia de los hechos. En el contexto jurídico, la prueba se encargará entonces de demostrar que los hechos que le hemos planteado al juzgador son ciertos y que han acontecido de la manera en que fueron narrados. Es decir, partimos de la premisa que le hemos planteado al juez un conflicto de intereses y que éste para poder resolver debe saber lo que ocurrió y a través de la evidencia fáctica le daremos certeza y seguridad de los hechos.

En este sentido, es necesario tener presente en todo momento lo que Jordi Ferrer señalaba al estudiar el tema de la prueba y esto es que existen dos tipos de verdades la primera es la material o histórica y la segunda la verdad formal. La primera hace alusión a descubrir lo que realmente sucedió no importando el camino que se tenga que transitar para llegar a ella, mientras que la segunda hace referencia a aquella verdad que se ha obtenido siguiendo lo permitido por la normas.

Aunado a lo anterior, también debemos tomar en consideración que, las partes se encuentran en un choque de conflictos ya que ninguna de ellas querrá perder y es por ello que naturalmente no buscan que la verdad salga a la luz sino

más bien su finalidad será la de desvirtuar a la parte contraria y así no perder el litigio es por ello que debemos de estar conscientes que la verdad material quedará sacrificada.

El primer concepto que surge en materia procesal sobre prueba es aquel en que la prueba era concebida como un medio para saber la verdad sin embargo no la verdad material sino una verdad formal.

Por otro lado, Francesco Carnelutti definía la prueba como aquellos hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor en una máxima probabilidad.

Para este jurista italiano la prueba es el centro de todo procedimiento, pues sin ella el procedimiento no pudiera existir. Aunado a ello señalaba que la prueba además de comprobar lo que en el procedimiento hemos dicho sirve también para fijar los hechos, pues a medida que vamos probando los hechos se van haciendo inamovibles.

Aunado a lo anterior, surge la postura encabezada por Fábrega referenciada en autores como Lessona, Chiovenda, Gorphe y Micelli quienes coinciden en que la prueba es un medio de convicción, es decir, un instrumento para generar en el juez convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, la diferencia con las anteriores posturas radica en que estos últimos siempre tienen presente que la convicción es un elemento subjetivo y en ese sentido no representa un estado de conocimiento o de verdad. En este sentido, un hecho será probado cuando el órgano jurisdiccional se ha convencido de que han ocurrido los hechos que le hemos planteado más allá si estos ocurrieron en una realidad material. Sentís Melendo resumió lo anterior, cuando señala que la finalidad de la prueba no es averiguar la verdad sino la de convencer al órgano jurisdiccional de las afirmaciones que resultaron de una investigación.

Continuando con la evolución del concepto de prueba, Jordi Ferrer concibe a la prueba como el fin de un procedimiento judicial, en este sentido señala que la prueba no es un medio sino que esta tiene la finalidad de averiguar la verdad. Esta teoría ha sido refutada pues la prueba no es el fin del procedimiento es decir, un

procedimiento no surge para obtener pruebas que nos lleven a la verdad. Sino que un procedimiento nace para saber si los hechos que hemos contado son ciertos o no son ciertos y utilizamos a la prueba como medio para demostrar esa certeza.

Como consecuencia de lo anterior surgió la teoría de que la prueba es una actividad procesal y en este sentido, Devis Echandía define a la prueba como aquella actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan antecedentes necesarios para sus tentar sus alegaciones y el juzgador determina la cuestión materia de debate. Aunado a ello Jordi Ferrer sostiene que la prueba es aquella actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión o la fase o procedimiento del proceso judicial en el que se realiza esa actividad. De estos dos autores se desprende que la prueba es una actividad procesal toda vez que su producción, ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo se encuentra regulado por el procedimiento probatorio que es aquel que nos da las pautas de cómo se desarrolla esta actividad dentro de un procedimiento. Echandía es enfático en señalar que la prueba es una actividad racional destinada a aprender y reconstruir los hechos efectivamente acaecidos. Por otro lado cabe destacar que esta actividad está encaminada a que el juzgador alcance la certeza necesaria para decidir sobre la resolución de un conflicto, es por ello que la actividad probatoria es la clave de todo procedimiento ya que de ella depende la decisión que tomara el juez.

Para autores como Emiliano Sandoval la prueba surge como necesidad natural del hombre de comprobar su dicho.

Jorge Kielmanovich señala que los hechos, si bien preexisten al proceso como datos extraprocesales en su origen, en la medida en que deben ser alegados no invocados como causa de las pretensiones o fundamento de las defensas o excepciones deducidas por las partes, precisan de la prueba para sí objetiva demostración en la *litis*. Esta teoría sostiene su postulado en que cuando dos partes se confrontan en un procedimiento judicial, estas discrepan de los hechos sucedidos de modo que surge la necesidad tanto como para ellas como para el juzgador de saber qué es lo que realmente sucedió. En materia penal, esta

necesidad surge en primer término en la víctima u ofendido pues a través de a prueba conocerá lo que realmente sucedió y podrá lograr una justicia restaurativa, en un segundo momento esta necesidad también la tiene el órgano acusador pues cuando se ha cometido un delito el orden social se ve alterado y a través del esclarecimiento de los hechos y la reparación del daño se trata de restablecer ese orden sin embargo ello no es posible sin la prueba.

La conceptualización de la prueba siguió evolucionando y con ello surgió uno de los representantes más importantes cuando del tema de la prueba se habla, Michelle Trauffo quien refiere que una prueba es aquella que comprenden datos empíricos que poseen una cualidad cognoscitiva en relación con hechos a partir de los cuales el tribunal pueda hacer la comparación entre lo afirmado en la causa y lo que ha ocurrido en la realidad, estos datos sensibles motivan la credibilidad sobre la existencia o inexistencia de los mismos. Es decir, este jurista italiano concibe a la prueba como un medio de conocimiento el cual posee información mediante la cual el órgano jurisdiccional conoce e infiere los hechos del caso y trata de realizar una construcción fidedigna del mismo, de modo que al resolver lo haga con la certeza de que los hechos que le dijeron acontecieron. En esta misma tesitura la prueba ha de proporcionar al juzgador un conocimiento que le permita elaborar juicios de certeza verificando las afirmaciones de las partes.

Posteriormente el mismo Devis Enchandía hace la reflexión de que la prueba proporciona al juzgador la facilidad de reconstruir el pasado para saber en el presente a quien le asiste la razón. Sin embargo, no podemos afirmar que la prueba se trate de aportar elementos que nos lleven de un hecho desconocido a un hecho conocido pues estaríamos frente a una presunción y no frente a una certeza jurídica. Dentro de esta postura hemos de destacar al jurista alemán Erich Döring quien refiere que en un procedimiento probatorio se parte no de un hecho sino de un proceso mental que se conexiona al hecho y en virtud del cual se deduce la existencia de la circunstancia fáctica jurídicamente relevante. En un sistema penal acusatorio esta teoría resultaría inoperante puesto que, como ya se ha hecho mención una presunción no llega a dar certeza al juzgador de modo que no se rompería el principio que opera para la valoración de la prueba que consiste

en dictar condena siempre y cuando no exista duda razonable⁶, nos habla entonces de una certeza y no de una presunción.

En relación con lo anterior, la prueba también puede ser concebida como un medio de representación lo que significa que a través de distintos medios se pueda hacer una remembranza de algo que no está presente provocando las mismas impresiones que se produjeron al momento de los hechos que estamos representando.

En la época contemporánea y aún más con el apogeo del respeto a los derechos fundamentales la prueba también debe ser concebida como un derecho de las partes en un procedimiento jurisdiccional. Derecho que según Devis Echandía es subjetivo toda vez que, a través de este derecho se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta además que, es un derecho que se puede ejercer o no ejercer pues lo tienen todas las personas que intervienen en un procedimiento. No obstante ello, el procedimiento probatorio siempre ha de realizarse bajo las condiciones de igualdad procesal y en materia penal no podemos dejar de lado la legalidad de los mismos.

Aunado a todo lo anterior, este derecho se ha transformado a su vez en una garantía judicial que proporciona al gobernado una seguridad frente al poder punitivo del Estado. Garantía que además ha sido recogida por instrumentos internacionales como la CADH⁷ y el art. 14 del PIDCP⁸.

⁶ Artículo 359 del CNPP.- Valoración de la prueba

El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado

⁷ Artículo 8 de la CADH (Pacto de San José).- Garantías Judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

-
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁸ Artículo 14 del PIDCP.-

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes

garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes

para pagarlo;

e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Del análisis de todo lo anterior, la Dra. Paola Iliana de la Rosa Rodríguez ha propuesto el siguiente concepto de prueba “derecho perteneciente a las partes en un proceso judicial para demostrar la existencia o inexistencia de acontecimientos controvertidos y relevantes para el Derecho, que constituye el puente entre la reconstrucción que se hace de los hechos ocurridos y la certeza con la que procede el juzgador al determinar la verdad formal que pronuncia su fallo”.

Para Miguel Ángel Aguilar López la prueba se puede considerar como: a) Verificación de afirmaciones formuladas en el proceso; b) Conocimiento dirigido a la verificación; c) Hecho supuesto; d) Método jurídico de verificación; e) Medio que sirve para dar conocimiento de un hecho; y, f) Actividad procesal.

Es por todo ello y para efectos de este trabajo de investigación que conceptualizaremos a la prueba de la siguiente manera:

Derecho de toda persona para obtener, ofrecer y desahogar medios que contengan información acerca de la existencia o inexistencia de algún hecho y que de cumplir con las formalidades exigidas por la ley deben ser susceptibles de valoración por parte del órgano jurisdiccional pues estas a su vez generarán o no convicción y certeza en él, lo que le permitirá llegar a una decisión para resolver el conflicto.

1.2 Acepciones dentro del proceso penal acusatorio

Como ya se ha explicado el término prueba es utilizado materialmente sin ninguna distinción pues con él nos referimos a cualquier mecanismo, instrumento o medio que contenga información acerca de algún hecho. No obstante lo anterior, en un procedimiento penal de corte acusatorio como el mexicano, la palabra prueba no debe de ser utilizada a la ligera pues ya no hablamos de una prueba en un lenguaje material sino en un sentido formal, esto es que en un procedimiento

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. (Diferencia entredatos de prueba, medios de prueba y prueba: en el nuevo proceso penal acusatorio, 2014)

penal de corte acusatorio sólo se considera como prueba a aquellos medios que ya han pasado por un proceso y que cumpliendo con las reglas de este proceso permiten que el órgano jurisdiccional llegue a una conclusión.

Aunado a lo anterior, el CNPP divide este caminar procesal y va cambiando la denominación de la prueba según la etapa en que nos encontremos, aunado a ello debemos de tener en cuenta que no es la denominación lo único que cambia o la etapa procesal en que nos encontremos sino que además el alcance de los medios de que se traten son diferentes en cada una de ellas.

De esta manera podemos establecer que en nuestro procedimiento penal existen diversas acepciones que a continuación analizaremos.

1.2. 1 Antecedente de investigación

El CNPP en el artículo 260 ha contemplado a los antecedentes de investigación como todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar datos de prueba.

Para comprender que es lo que constituye un acto de investigación, debemos establecer que con la R180608JPSP, el Ministerio Público deja de tener el monopolio de la investigación de los delitos. En el actual procedimiento penal tenemos una trilogía investigadora conformada por el Ministerio Público, las policías y los peritos siendo este último quien tenga a su cargo el mando y dirección de la investigación⁹.

En este sentido, la autoridad investigadora está obligada a realizar actos de investigación¹⁰ para esclarecer los hechos. No obstante, el imputado o a través de

⁹ El artículo 21 de la CPEUM señala:

“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función (...)”

¹⁰ El artículo 131 del CNPP establece en su fracción como una de las obligaciones del Ministerio Público el solicitar al Órgano jurisdiccional la autorización de actos de investigación y demás actuaciones que sean necesarias dentro de la misma.

El artículo 132 del CNPP en su fracción VII establece como una de las obligaciones de la policía la de practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público. Esto toda vez, que como se ha referido anteriormente la policía siempre actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos.

su defensa tiene la facultad para poder efectuar actos de investigación o de proponer al Ministerio Público que se realicen¹¹.

En otro sentido, el CNPP en su numeral 251 y 252 establecen un catálogo de actos de investigación; en el primer numeral se enlistan aquellos actos de investigación que para llevarse a cabo no requieren la autorización del órgano jurisdiccional:

- 1) Inspección del lugar del hecho o del hallazgo
- 2) Inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo
- 3) Inspección de personas
- 4) Revisión corporal
- 5) Inspección de vehículos
- 6) Levantamiento e identificación de cadáver
- 7) Aportación de comunicaciones entre particulares
- 8) Reconocimiento de personas
- 9) Entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador
- 10) Entrevistas de testigos
- 11) Recompensas, en términos de los acuerdos que para tal efecto emite el Procurador

Por su parte en el ordinal 252 se enlistan los actos de investigación cuya práctica si requiere de una autorización por parte del juez de control:

- 1) Exhumación de cadáveres

Por su parte el artículo 147 del CNPP obliga al Ministerio Público que en el plazo de retención este deba realizar todos los actos de investigación que considere necesarios para poder ejercitar la acción penal.

El artículo 221 obliga a la policía a que en los supuestos de denuncias anónimas esta deberá constatar la veracidad de los datos aportados mediante la realización de actos de investigación que consideren conducentes para ello.

¹¹ El artículo 216 del CNPP establece:

Durante la investigación, tanto el imputado cuando haya comparecido o haya sido entrevistado, como su Defensor, así como la víctima u ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público ordenará que se lleven a cabo aquellos que sean conducentes. La solicitud deberá resolverse en un plazo máximo de tres días siguientes a la fecha en que se haya formulado la petición al Ministerio Público.

- 2) Órdenes de cateo
- 3) Intervención de comunicaciones privadas y correspondencia
- 4) Toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma
- 5) El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada
- 6) En general de aquellos actos de investigación que produzcan una afectación los derechos del gobernado.

Aunado a lo anterior, cuando se realiza un acto de investigación la autoridad o la persona (ya que se ha hecho mención de que la defensa también puede realizar actos de investigación) que lo realiza está obligada a registrar ese acto, lo que significa que deberá hacer constar en cualquier medio que permita garantizar que la información recabada sea completa, íntegra y exacta, así como el acceso a la misma por parte de los sujetos que de acuerdo con la ley tuvieren derecho a exigirlo. Dicho registro requiere de formalidades como: 1) El registro independiente en cada acto de investigación; 2) La firma de los intervinientes y si estos no quisieren o no pudieren firmar, constará su huella digital y en el supuesto de que se negaren o no fuera posible se hará constar el motivo; 3) La fecha, hora y lugar en que se haya efectuado; 4) La identificación de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido y; 5) Una breve descripción de la actuación así como sus resultados en caso de ser necesario¹². Sin embargo si realizamos la interpretación de la norma podemos añadir que una formalidad más: este registro debe constar en la carpeta de investigación.

¹² Artículo 217 del CNPP.- Registro de los actos de investigación

El Ministerio Público y la Policía deberán dejar registro de todas las actuaciones que se realicen durante la investigación de los delitos, utilizando al efecto cualquier medio que permita garantizar que la información recabada sea completa, íntegra y exacta, así como el acceso a la misma por parte de los sujetos que de acuerdo con la ley tuvieren derecho a exigirlo. Cada acto de investigación se registrará por separado, y será firmado por quienes hayan intervenido. Si no quisieren o no pudieren firmar, se imprimirá su huella digital. En caso de que esto no sea posible o la persona se niegue a imprimir su huella, se hará constar el motivo. El registro de cada actuación deberá contener por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar en que se haya efectuado, identificación de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido y una breve descripción de la actuación y, en su caso, de sus resultados.

De todo lo anterior, se desprende que un antecedente de investigación es ese registro que se realiza después de llevado a cabo un acto de investigación y que además consta en la carpeta de investigación, por lo que cada uno de estos registros constituye un antecedente de investigación.

1.2.2 Dato de prueba

Por su parte el artículo 261 del CNPP ha establecido que el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

De lo anterior, se desprende que un dato de prueba es el señalamiento que las partes hacen al órgano jurisdiccional de que en su poder tienen determinado objeto, instrumento, evidencia, o que cuentan con una persona cuyo testimonio habrá de emitir. No obstante, el dato de prueba requiere de una condicionante pues ese pronunciamiento por parte de las partes no puede ser cualquiera ya que de ser así podríamos caer en la mala *praxis* de decir al juzgador que tenemos determinado medio sin que éste tenga relación con los hechos o que en su defecto no sea el medio idóneo para ello o peor aún que ni siquiera lo tuviéramos en nuestros poder o no contáramos con él. Es decir, la condicionante para que esa referencia sea considerada como dato de prueba consiste en que el medio con el que contamos debe de ser el más adecuado para establecer que los hechos que le hemos contado son constitutivos de delito y que la persona a la que hemos señalado ha participado en su comisión.

El dato de prueba constituye únicamente ese pronunciamiento de las partes al órgano jurisdiccional. No obstante es más complejo, dentro del pronunciamiento las partes deben advertir cual es el medio con el que cuentan para probar los hechos que se le han planteado al órgano jurisdiccional, que estos son constitutivos de un hecho que la ley señala como delito y que la persona señalada lo realizó o participó en su comisión, Aunado a lo anterior, el dato de prueba

deberá incluir el argumento por parte del oferente de porque hemos decidido optar por ese medio y no por algún otro.

1.2.3 Medio de prueba o elemento de prueba

En el segundo párrafo del numeral 261 del CNPP se establece que los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

De la interpretación del artículo anterior, se desprende que los medios de prueba son aquellos objetos, instrumentos, evidencia. Es decir, el medio de prueba es el vehículo que contiene información, la cual queremos que sea del conocimiento del órgano jurisdiccional ya que esa información constatará los hechos que le hemos planteado y que los mismos ocurrieron en la forma en cómo se lo habíamos planteado. En este sentido un medio de prueba puede ser cualquier fuente de la cual podamos extraer información, sin embargo la norma nos establece límites para poder diferenciar a las diversas fuentes, esto es, toda fuente puede contener información sin embargo no toda información es de utilidad para el proceso.

Aunado a lo anterior, para que estos medios de prueba puedan ser admitidos deben de cumplir los requisitos contenidos en el artículo 346 del CNPP que establece:

Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;

b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable.

De la interpretación del artículo anterior se desprende que el juzgador ha de servir como una especie de embudo pues como se ha explicado no todas las fuentes contienen información útil para el procedimiento y en ese sentido no todas las fuentes de información son susceptibles de llegar a su desahogo frente al tribunal. Es por ello que el juez de control se encarga de filtrarlas para que únicamente las verdaderamente útiles lleguen a juicio oral. Sin embargo el juez ha de ocuparse de las reglas contenidas en el numeral antes referido de modo que el primer filtro lo constituyen aquellas fuentes de información que no se relacionen directamente o indirectamente con lo que se está investigando o con lo que se trata de averiguar y entonces quedará excluidas. Ahora bien, ya han pasado el primer filtro todas aquellas fuentes de información que si se relacionan con la investigación, sin embargo, no se puede permitir que se ofrezcan una gran

cantidad de medios de prueba cuyo tipo sea el mismo y que su objeto sea el mismo hecho. De la misma manera no se pueden admitir aquellos medios que sean sobre hechos no controvertidos. En este sentido, debe precisarse que existen diversos tipos de hechos y que no todos los hechos requieren ser probados. Es decir, en nuestro mundo fáctico-jurídico tenemos hechos que son notorios, no controvertidos y controvertidos. Los primeros son aquellos hechos que son conocidos por las partes así como por los miembros de una comunidad y por ende no necesitan ser probados de modo que el juzgador no necesita que las partes comprueben su veracidad, los segundos son aquellos hechos que las partes han decidido tener por probados a través de un acuerdo probatorio¹³, el cual consiste en el pacto hecho por la víctima u ofendido y el imputado, pacto que además debe ser aprobado por el Ministerio Público o el Juez de control, como consecuencia de lo anterior, dicho pacto convierte los hechos controvertidos en hechos no controvertidos y en ese sentido los hechos que no son controvertidos tampoco requieren de ser probados y se vuelven en fuentes innecesarias. Aunado a lo anterior, deben ser apartadas del proceso todas las fuentes de información que hayan sido obtenidas con la violación a derechos fundamentales y por último aquellas fuentes que un momento procesal anterior a su ofrecimiento ya fueron declaradas nulas, relacionado con ello es importante hacer mención que la nulidad puede ser declarada en cualquier momento procesal¹⁴.

Ejemplificando lo anterior, podemos decir que en un testimonio el medio de prueba lo constituye la persona que ha de rendir dicho testimonio pues esta es el

¹³ Artículo 345 del CNPP Acuerdos probatorios.- Los acuerdos probatorios son aquellos celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

Si la víctima u ofendido se opusieren, el Juez de control determinará si es fundada y motivada la oposición, de lo contrario el Ministerio Público podrá realizar el acuerdo probatorio.

El Juez de control autorizará el acuerdo probatorio, siempre que lo considere justificado por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho.

En estos casos, el Juez de control indicará en el auto de apertura del juicio los hechos que tendrán por acreditados, a los cuales deberá estarse durante la audiencia del juicio oral.

¹⁴ Artículo 97 CNPP Principio general.- Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo.

medio que contiene la información que ha de ser desahogada ante el órgano jurisdiccional y su posterior valoración.

1.2.4 Acto de prueba

El CNPP no prevé un numeral que defina lo que es un acto de prueba o lo que se debe de entender por este. Sin embargo, Michelle Taruffo en su teoría de la prueba refiere que todos los medios de prueba requieren de una preparación para poder llevar a cabo su desahogo. En este sentido los actos de prueba son todas aquellas acciones que los oferentes deben de realizar para asegurarse que el medio de prueba que han ofrecido pueda ser desahogado ante el órgano jurisdiccional. Es decir, el acto de prueba tiene su origen en la fase de preparación de la prueba lo que significa que para que un medio de prueba se pueda desahogar ante el órgano jurisdiccional, como ejemplo podemos decir que un testimonio no se podrá desahogar ante el juez si antes no se ha citado al testigo o en su caso el peritaje que tiene que ser rendido en la audiencia de juicio oral por un perito, perito que también tiene que ser citado. En los dos supuestos el citatorio que emite la autoridad y su posterior notificación constituyen los actos de prueba.

1.2.5 Prueba

Por último el párrafo tercero del artículo 261 del CNPP señala que la prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

El CNPP ha establecido a la prueba en un sentido estricto, es decir, únicamente considera prueba a aquellos medios que ya fueron desahogados y debatidos, y como resultado de este desahogo permite al órgano jurisdiccional llegar a una conclusión sobre los hechos más allá si generaron certeza o probabilidad en él.

Lo primero que ha de estudiarse del numeral antes referido es que una prueba puede aportar al juzgador probabilidad o certeza sobre un hecho. Aunado

a ello, para que una fuente de información pueda transformarse en prueba es porque fue ofrecido como un medio de prueba con todas las formalidades requeridas por la norma para ello, además de que ese medio de prueba ha sido desahogado bajo la presencia del órgano jurisdiccional y las partes han podido refutar y argumentar sobre la información que se está obteniendo de ese medio de prueba. Ahora bien esta información obtenida para poder ser constituida como prueba debe de ser lo suficientemente capaz para aportarle al órgano decisor que en este caso es el tribunal de enjuiciamiento la certeza ya sea afirmativa o negativa es decir, la certeza de que si acontecieron los hechos tal cual los ha planteado la parte acusadora o no, certeza con la cual el tribunal de enjuiciamiento podrá tomar una decisión.

1.3 Funciones dentro del proceso penal acusatorio

Podemos aseverar que la prueba en un procedimiento penal de corte acusatorio como el mexicano cumple una función social, característica que la misma CPEUM en su numeral 20 apartado A, titulado de los principios generales el cual en su fracción primera señala que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Sin embargo, para poder llegar al objetivo es necesario realizar dos cosas; 1) Someternos a un proceso que con sus reglas y pasos a seguir nos sirva de guía para llegar al final y; 2) Que a través de la prueba podamos esclarecer lo ocurrido, podamos imponer una sanción al sujeto que lo cometió, en este sentido a través de la prueba también demostraremos que este es responsable por la conducta típica, antijurídica y culpable desplegada y podamos reparar el daño entendido este último como el esfuerzo, utilizó la palabra esfuerzo porque resulta evidente que hay daños que son irreparables pero en este sentido el Estado *trata* de que las cosas vuelvan al estado en que tenían antes de cometido el ilícito.

Aunado a lo anterior, la prueba tiene una función epistémica toda vez que es el único instrumento que tiene el juzgador para conocer los hechos materia del conflicto. Y a través de ella podemos llegar a obtener la verdad formal de los

hechos aunque en un mundo ideal y apegándonos al sentido epistemológico la conclusión de la actividad probatoria debería de brindarnos la verdad material de lo sucedido.

Summers señala que la prueba también ha de tener una función teleológica en virtud de que a través de la de la actividad probatoria se alcance el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio.

También debemos tomar en cuenta que la prueba pone fin al conflicto ya sea porque a través de ella se llegó a una solución o porque dirimió la controversia.

No podemos dejar a un lado la función demostrativa de la prueba, en el sentido que la partes ofrecen medios probatorios para enseñar que lo que han dicho es verdad, es decir, a través de la prueba las partes demuestran la verdad de su dicho.

1.4 Principios que rigen a la prueba en el proceso penal acusatorio

El numeral 20 Constitucional señala que el proceso penal será acusatorio y oral el cual deberá regirse por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En ese sentido, al ser estos principios rectores del proceso penal es evidente que sus efectos también alcanzan a la materia probatoria.

1.4.1 Publicidad

Como el artículo 5 del CNPP señala¹⁵, la publicidad procesal consiste en que todos los actos realizados por los actores del mismo sean conocidos, visualizados y percibidos por el público en general, generando en los gobernados un acercamiento con el Estado pues a través de la publicidad se puede conocer

¹⁵ Artículo 5 del CNPP Principio de publicidad.- Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código.

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.

con total transparencia el actuar no nada más de los poderes del Estado sino de todos los intervinientes respecto de la totalidad de actos que se derivan de un procedimiento.

En materia probatoria el artículo 20 Constitucional en su apartado A, fracción IV ha establecido que las pruebas deberán desarrollarse de manera pública¹⁶. Lo que significa que su desahogo deberá llevarse a cabo frente a las personas que concurran a la audiencia de modo que estas puedan conocer lo acontecido y cómo ha acontecido.

No obstante lo anterior y como ya se ha hecho mención, la publicidad es un principio y como todo principio, este puede ser objeto de restricciones las cuáles se encuentran establecidas en los numerales 50, 55 y 64. El primero de ellos establece la restricción para tener acceso a las carpetas digitales¹⁷, el segundo establece los supuestos en los cuáles se va a prohibir el ingreso a una persona a una audiencia por razones de seguridad¹⁸ y en el tercer ordinal se han establecido

¹⁶ Artículo 20 de la CPEUM.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales

(...)

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

¹⁷ Artículo 50 del CNPP Acceso a las carpetas digitales.- Las partes siempre tendrán acceso al contenido de las carpetas digitales consistente en los registros de las audiencias y complementarios. Dichos registros también podrán ser consultados por terceros cuando dieran cuenta de actuaciones que fueren públicas, salvo que durante el proceso el Órgano jurisdiccional restrinja el acceso para evitar que se afecte su normal sustanciación, el principio de presunción de inocencia o los derechos a la privacidad o a la intimidad de las partes, o bien, se encuentre expresamente prohibido en la ley de la materia.

El Órgano jurisdiccional autorizará la expedición de copias de los contenidos de las carpetas digitales o de la parte de ellos que le fueren solicitados por las partes.

¹⁸ Artículo 55 del CNPP Restricciones de acceso a las audiencias.- El Órgano jurisdiccional podrá, por razones de orden o seguridad en el desarrollo de la audiencia, prohibir el ingreso a:

I. Personas armadas, salvo que cumplan funciones de vigilancia o custodia;

II. Personas que porten distintivos gremiales o partidarios;

III. Personas que porten objetos peligrosos o prohibidos o que no observen las disposiciones que se establezcan, o

IV. Cualquier otra que el Órgano jurisdiccional considere como inapropiada para el orden o seguridad en el desarrollo de la audiencia.

El Órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia, así como de conformidad con las disposiciones aplicables.

Los periodistas, o los medios de comunicación acreditados, deberán informar de su presencia al Órgano jurisdiccional con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia.

los supuestos en que las audiencias deberán llevarse totalmente o parcialmente a puerta cerrada¹⁹.

1.4.2 Contradicción

El artículo 20 de la CPEUM en su apartado A, fracción IV expresamente prohíbe al juzgador tratar algún asunto relacionado con el proceso con una sola de las partes, esto con la finalidad de que ambas partes tienen el derecho a conocer y en su caso controvertir, debatir y refutar las pretensiones de su contrario. Entendidas estas últimas como aquellas conductas que pretenden del juzgador²⁰. Por lo que hace a la materia probatoria, esta encuentra su sustento en el artículo 6 del CNPP el cual señala la facultad de la partes para conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba. Pudiendo realizar un análisis que les permita contradecir o en su caso, presentar una interpretación o versión opuesta que la de su contraparte con la finalidad de tener la misma oportunidad para persuadir al juzgador.

¹⁹ Artículo 64 del CNPP Excepciones al principio de publicidad.- El debate será público, pero el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, cuando:

- I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él;
- II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas;
- III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
- IV. El Órgano jurisdiccional estime conveniente;
- V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia, o
- VI. Esté previsto en este Código o en otra ley.

La resolución que decrete alguna de estas excepciones será fundada y motivada constando en el registro de la audiencia.

²⁰ Artículo 20 de la CPEUM.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales

(...)

IV. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

(...)

1.4.3 Concentración

La concentración procesal acorde al artículo 8 del CNPP consiste en que las audiencias deberán desarrollarse de preferencia en un mismo día o en días consecutivos.

La concentración probatoria radica en que el mayor número de pruebas deber desahogarse la misma audiencia o en una consecutiva, lo anterior ayudará a que el órgano decisor al realizar la valoración probatoria lo haga de una manera ensimismada lo que significa que toda su atención y sus pensamientos se encuentran en la prueba misma, aislándose de lo que la rodea.

1.4.4 Continuidad

La continuidad procesal tiene su sustento en el artículo 7 del CNPP, el cual establece que las audiencias deberán realizarse de manera continua, sucesiva y secuencial.

En materia probatoria la continuidad debe de entenderse como la indivisibilidad de la prueba que consiste en que el desahogo de una prueba no se vea interrumpido, además que las pruebas deberán ser desarrolladas conforme al orden establecidos por los oferentes pues ello deriva de la teoría del caso que presentan presentar al Tribunal de Enjuiciamiento.

1.4.5 Inmediación

La inmediación en el proceso penal tiene su fundamento en el artículo 20 de la CPEUM en su apartado A, fracción II que a la letra señala que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

Aunado a lo anterior, el numeral 9 del CNPP ha establecido:

Principio de inmediación.- Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en

persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

Los numerales transcritos deben ser interpretados en dos aspectos el primero de ellos al señalar la obligatoriedad de que todas las audiencias deberán desarrollarse íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, sustenta el principio de inmediación en el proceso y el segundo aspecto hace referencia a la inmediación probatoria al prohibir en ambos numerales al órgano jurisdiccional la facultad de delegar en alguna otra persona la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas.

La inmediación debe de entenderse como el contacto que todos los partícipes en el proceso tienen con el órgano jurisdiccional, es decir, esta seguridad que tienen los actores del proceso en que todas las audiencias deben ser realizados con la presencia del órgano jurisdiccional, valorados y resueltos por él ya que como se puede interpretar, al presenciarse las audiencias es evidente que éste ya pudo hacer un razonamiento lógico jurídico de lo puesto a su consideración para resolver.

1.5 Medios de prueba en el proceso penal acusatorio

El proceso penal mexicano establece un *numerus apertus* en materia probatoria, es decir, ha establecido libertad probatoria, lo que significa que las afirmaciones hechas por las partes en el proceso pueden ser probadas con cualquier medio siempre y cuando este medio sea lícito es decir, sea obtenido sin violar derechos fundamentales y que además cumpla con las formalidades que la norma ha establecido para ellos²¹.

Como se ha hecho referencia en el apartado correspondiente nuestro sistema penal hace la distinción entre medio de prueba y prueba, el primero de ellos consiste en el medio o vehículo que contienen información y la prueba es aquél medio de prueba ya desahogado en la audiencia de juicio oral bajo los principios de contradicción e inmediación que sirve como elemento al Tribunal de

²¹ Artículo 259 del CNPP Generalidades.- Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito (...)

Enjuiciamiento para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos motivo del proceso.

Ahora bien en este capítulo se analizarán cuáles son los medios más usuales en el proceso penal mexicano, sin embargo y como se ha advertido no son los únicos.

1.5.1 Testimonial

En un sistema cuyo medio es la oralidad, la testimonial se convierte en la prueba más común. Pues esta consiste en que la persona que tiene conocimiento de los hechos materia del proceso, acuda ante el órgano jurisdiccional a narrarle lo que percibió esta narrativa es conocida como testimonio.

No obstante lo anterior, y como bien lo señala Miguel Ángel Aguilar López a testimonial tiene dos requisitos fundamentales:

1. La capacidad para poder declarar, esta capacidad a su vez debemos entenderla en tres aspectos:
 - a. La persona es apto para recordar y relatar ante el Tribunal de Enjuiciamiento la información de la que tiene conocimiento.
 - b. Sabe distinguir entre verdad y mentira.
 - c. Sabe de la responsabilidad que tiene al declarar.

A contrario sensu debemos interpretar que si uno de estos tres aspectos falta en el testigo entonces este no tiene la capacidad para rendir dicho testimonio.

2. Obligación de declarar, entendida también en tres aspectos²²:
 - a. Acudir a juicio cuando sea requerido para ello.
 - b. Una vez en juicio declarar la verdad de lo que sabe y le sea preguntado.

²² Artículo 360 del CNPP Deber de testificar.-

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para la solución de la controversia, salvo disposición en contrario.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal

- c. No ocultar información cuando esta sea trascendental para resolver la controversia, este aspecto tiene sus límites los cuáles se abordaran más adelante.

No obstante lo anterior, esta obligación permite la facultad de abstenerse a declarar al tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, sus parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado, siempre y cuando no sean estos los denunciados, aunado a ello si estos aceptan testificar entonces esta facultad se ve superada y como consecuencia de ello deberán de responder todos los cuestionamientos que se les formulen²³.

1.5.2 Pericial

La prueba pericial es aquél testimonio que brinda un especialista en alguna ciencia, arte, técnica u oficio. En ese sentido el numeral 368 del CNPP señala que podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

De lo anterior, se desprende que el medio de prueba lo es el perito entendido este como aquel que posee los conocimientos especiales. El principal problema al que se enfrenta dicha prueba, lo es en cuanto al perito mismo pues resulta difícil poder estimar si una persona constituye en realidad un especialista o

²³ Artículo 361 del CNPP Facultad de abstención.-

Podrán abstenerse de declarar el tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, sus parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, salvo que fueran denunciados.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención antes de declarar, pero si aceptan rendir testimonio no podrán negarse a contestar las preguntas formuladas.

si en verdad posee los conocimientos especializados que se requieren. En ese tenor el CNPP ha establecido lo siguiente:

Artículo 369. Título oficial

Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia.

No se exigirán estos requisitos para quien declare como testigo sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque para informar sobre ellos utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte, técnica u oficio.

Por lo que hace al último párrafo del numeral citado, se hace referencia al denominado testigo perito o testigo experto, este es aquella persona que percibió los hechos y que por sus conocimientos previos, al rendir su testimonio lo hace de una manera técnica. Sin embargo, los testigos peritos constituyen una forma de prueba testimonial y no una prueba pericial, esto toda vez que, como se ha hecho mención los primeros realizan una narrativa de los hechos que percibieron y la narrativa de los segundos se forma a partir del planteamiento formulado por alguna de las partes, una vez se tiene este cuestionamiento el perito a través del uso de sus conocimientos trata de dar respuesta al mismo, posteriormente en audiencia explica los conocimientos que utilizó y la forma en que los empleó para llegar a la conclusión que ha expuesto.

1.5.3 Material

La prueba material es constituida por aquellos objetos tangibles que se desprenden de los hechos controvertidos, es decir, es toda la evidencia física derivada del delito ya sea porque con ello se cometió el hecho o porque es resultado del mismo. Su exposición es de gran ayuda para el esclarecimiento de los hechos, sin embargo, se debe ser preciso en señalar que, los objetos por sí

solos no pueden brindar información de modo que es necesario que la persona que tuvo conocimiento de dicho medio de prueba debe de declarar respecto al origen y fidelidad de ese objeto.

1.5.4 Documental

La prueba documental por su parte, es constituida por todo soporte material que contenga información sobre algún hecho como lo son: escritos, grabaciones, y fotografías²⁴.

La trascendencia de la prueba documental radica en que por el tiempo de su creación hace posible constatar hechos pasados.

Al igual que la prueba material, la prueba documental debe de ser ofrecida y admitida en la audiencia intermedia y necesita ser acreditada por una persona que es capaz de declarar sobre su origen y fidelidad para posteriormente incorporarla al juicio.

1.6 Valoración de la prueba en el proceso penal

El proceso penal mexicano ha optado por la libre valoración de la pruebas, no obstante esta libertad no debe de entenderse como una libertad absoluta pues el juzgador siguiendo con los derechos fundamentales consagrados en la CPEUM debe fundar y motivar su decisión. En ese sentido, si bien es cierto el juzgador tiene la facultad para decidir que pruebas son merecedoras de poseer un valor preponderante sobre las otras esta decisión debe reflejar y establecer el razonamiento lógico-jurídico que el decisor ha hecho para llegar a esa conclusión.

Aunado a lo anterior, la valoración probatoria tiene más límites que la fundamentación y la motivación pues debe de respetar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados.

²⁴ Artículo 380 del CNPP Concepto de documento.-

Se considerará documento a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho. Quien cuestione la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar sus afirmaciones. El Órgano jurisdiccional, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una videograbación o grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación en la parte conducente

1.7 La prueba en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La prueba tiene su fundamento en el artículo 20 Constitucional que a la letra señala:

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

El objeto de la prueba en el proceso penal será el esclarecimiento de los hechos. (Objeto de la prueba)

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

El juez deberá valorar la prueba bajo las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los principios científicos afianzados. (Principio de libre valoración de la prueba).

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

Solo será prueba aquella desahogada en juicio salvo la prueba anticipada cuyo desahogo no se realiza en juicio, sin embargo conserva tal carácter. (Concepto de prueba, exclusión probatoria y prueba anticipada).

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

Las pruebas deberán desahogarse de manera pública de modo que la contraparte pueda controvertirlas o confrontarlas además que todo lo anterior, deberá desarrollarse de manera oral. (Principios de publicidad y contradicción probatoria, desahogo oral de la prueba).

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes

tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

La carga probatoria le corresponde al órgano acusador. (Carga probatoria).

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

El órgano jurisdiccional únicamente podrá condenar a una persona cuando exista convicción de su culpabilidad y esta vaya más allá de toda duda razonable. (Íntima convicción de la prueba)

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula,

La prueba en sentido amplio deberá ser obtenida sin vulnerar derechos fundamentales ya que de hacerlo deberá ser declarada como prueba ilícita, lo que traerá como consecuencia que el órgano jurisdiccional no debe darle valor alguno. (Prueba ilícita y nulidad probatoria).

1.8 La prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Si bien es cierto el ámbito probatorio tiene su fundamento en la CPEUM, también lo es que su regulación se encuentra en el CNPP a lo largo de su cuerpo normativo, no obstante los numerales más importantes en los cuáles la prueba encuentra su columna vertebral son los siguientes:

Por lo que hace a libertad probatoria el numeral 259 señala que cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito.

En cuanto al concepto de prueba el numeral 261 en su último párrafo señala:

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

El artículo 130 establece la carga de la prueba a la parte acusadora, esto toda vez que en un proceso adversarial como el nuestro cabe la posibilidad que en ciertos supuestos²⁵ el ejercicio de la acción penal sea por particulares que tengan la calidad de víctima u ofendido.

La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

No obstante lo anterior, la partes²⁶ del proceso penal tienen el derecho a ofrecer medios de prueba, tal como el numeral 262 señala que las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos en los términos previstos en este Código

Por lo que hace a la licitud probatoria el artículo 263 establece que los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que el mismo CNPP establece.

²⁵ Artículo 428 del CNPP Supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares.-

La víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.

La víctima u ofendido podrá acudir directamente ante el Juez de control, ejerciendo acción penal por particulares en caso que cuente con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. En tal caso deberá aportar para ello los datos de prueba que sustenten su acción, sin necesidad de acudir al Ministerio Público.

Cuando en razón de la investigación del delito sea necesaria la realización de actos de molestia que requieran control judicial, la víctima u ofendido deberá acudir ante el Juez de control. Cuando el acto de molestia no requiera control judicial, la víctima u ofendido deberá acudir ante el Ministerio Público para que éste los realice. En ambos supuestos, el Ministerio Público continuará con la investigación y, en su caso, decidirá sobre el ejercicio de la acción penal.

²⁶ Artículo 105 del CNPP Sujetos de procedimiento penal.-

Son sujetos del procedimiento penal los siguientes:

- I. La víctima u ofendido;
- II. El Asesor jurídico;
- III. El imputado;
- IV. El Defensor;
- V. El Ministerio Público;
- VI. La Policía;
- VII. El Órgano jurisdiccional, y
- VIII. La autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso.

Los sujetos del procedimiento que tendrán la calidad de parte en los procedimientos previstos en este Código, son el imputado y su Defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su Asesor jurídico.

Aunado a lo anterior, la ilicitud probatoria tiene como efecto la nulidad cuyo fundamento se encuentra señalado en el artículo 264 donde se establece que se debe considerar como prueba ilícita a cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, y que su consecuencia será la exclusión o la nulidad.

La última etapa de la teoría de la prueba referente a la valoración de la misma, es regulada en primer término por el artículo 259 segundo párrafo el cual establece la libre y lógica valoración probatoria. Aunado a ello el artículo 265 refuerza lo anterior, al establecer:

El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

1.9 La prueba derivada o la prueba reflejo

La prueba en sentido estricto es toda aquella evidencia, objeto, instrumento o acto de investigación que dé certeza jurídica a los hechos controvertidos en un proceso penal.

De lo anterior, se considera a la prueba derivada o prueba reflejo como aquellas evidencias, objetos, instrumentos o actos de investigación que a su vez son resultado de otra evidencia, objeto, instrumento o acto de investigación, esto toda vez que entre la primera y la segunda existe una relación de causa-efecto. Es decir, de la primera prueba se obtiene la segunda, pues de no existir la primera no es posible la existencia de la segunda.

Es importante mencionar que el estudio de la prueba derivada no resulta de trascendencia en el ámbito doctrinario o procesal, a menos que se esté analizando la ilicitud de la misma. Es por ello, que surge la siguiente disyuntiva: ¿La ilicitud de una prueba original debe surtir sus efectos en la prueba o pruebas que de ella derivan?

La respuesta puede ser un sentido afirmativo toda vez que ambas pruebas guardan una íntima relación. Y a su vez en un sentido negativo ya que si bien la

prueba reflejo guarda relación con la prueba primaria, esto es independiente de ilicitud probatoria, en virtud de que la segunda puede ser lícita es decir, esta no fue obtenida o reproducida vulnerando derechos fundamentales a pesar de que la primera si sufre situación.

La CPEUM ha sido tajante al precisar en el numeral 20 fracción IX que toda prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula, de manera que nuestra Carta Magna no hace diferencia alguna si se trata de una prueba original o de una prueba derivada, por lo que podemos concluir que nuestro sistema jurídico se decanta por establecer que no debe importar si se trata de la prueba originaria o de la prueba derivada. Si la primera es ilícita entonces la segunda también lo es.

Aunado a lo anterior, el artículo del CNPP refuerza lo establecido por la Constitución.

Contrario a la normatividad mexicana la SCJN ha establecido un criterio donde ha señalado que es importante entender que cuando la CPEUM y el CNPP hablan de la prueba ilícita lo están haciendo de la prueba original y que en ninguno de los dos ordenamientos se habla de la prueba derivada y es por ello que debemos interpretar que es posible exceptuar a las pruebas derivadas de los efectos de nulidad que tendría la prueba original declarada como ilícita.

CAPÍTULO II.- LA PRUEBA ILÍCITA

En la actualidad el tema de prueba, cobra relevancia por su contenido dogmático y su trascendencia procesal; ya que su finalidad es dar certeza de los hechos afirmados por las partes en un procedimiento, a su vez debemos entender a la prueba como aquellos elementos que generan convicción en el órgano jurisdiccional, de que los hechos que le hemos afirmado, en verdad han ocurrido en la forma y circunstancias que le hemos referido. En los últimos años ha surgido una teoría que no es contraria a lo anterior, sino que más bien resulta sumatoria; pues consiste en que la prueba debe concebirse también como aquél derecho que tienen las partes en un procedimiento.

Este derecho deriva del principio de defensa ya que en este sentido en materia penal, no tendría cabida la carga probatoria que tiene la parte acusadora.

Si bien es cierto que hablamos de una libertad probatoria, esta libertad se ve limitada en dos aspectos: extrínsecos (requisitos legales) y los intrínsecos (formalidades como la utilidad, la pertinencia y la licitud). En este sentido, tendremos como primer punto a la prueba inútil, aquella cuyo medio escogido por la parte es el incorrecto pues el resultado deseado por el oferente nunca llegará. Mientras que en la prueba impertinente el resultado deseado si va a darse, sin embargo el medio que hemos escogido no es el mejor para llegar a ese resultado.

Ahora bien, no debemos olvidar que la teoría de la prueba evidencia las fases que todo medio de convicción para llegar al convencimiento del juzgador debe de pasar por las etapas procesales: ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo y valoración.

Es necesario hacer este señalamiento pues el tema a tratar será la prueba ilícita cuyo estudio se realiza en la etapa de admisión. Sin embargo es necesario realizar el análisis de lo que es la prueba ilícita.

Como se ha analizado en el capítulo correspondiente al concepto de prueba, el cual ha ido cambiando conforme los sistemas jurídicos evolucionan. El concepto de prueba ilícita también lo ha hecho. En sus comienzos prueba ilícita era entendida como aquella prueba que iba en contra de las normas o los

principios jurídicos. En este sentido este concepto veía su principal problema por cuanto hace a los principios jurídicos pues ni la dogmática, la doctrina o la interpretación lograban determinar lo que eran los principios jurídicos.

Como consecuencia de ello, se suprimió el término principios jurídicos y se determinó entonces a la prueba ilícita como aquella prueba que contravenía a la ley, entendida ésta como la Constitución y cualquier otra norma y se añadió que, también debíamos considerar como prueba ilícita a toda aquella prueba que iba en contra de la moral y las buenas costumbres. Sin embargo esta última era interpretada como aquella prueba que se había obtenido con dolo o mala fe, lo que evidentemente trajo consigo aún mayores problemas de comprensión, de interpretación y de aplicación procesal.

Fue entonces, que se optó por dejar únicamente a la ley. Es decir, la prueba ilícita era aquella prueba que contravenía a ley pero cuando nos referíamos a la ley debía entenderse disposiciones de las Constitución.

Un hecho notorio es que, todos los Estados tienen en su Constitución los principios fundamentales de su Estado de Derecho. Es decir, las bases en las que se sostiene una nación pues en esta se reconoce además de la forma de gobierno, los derechos fundamentales de los gobernados. Fue en ese sentido que se evolucionó y se pudo limitar el concepto de prueba ilícita. Siendo el que prevalece hasta nuestros días.

Resulta entonces que, prueba ilícita es toda aquella prueba que se ha obtenido o que por sí misma viola derechos fundamentales. Derechos fundamentales que en el caso de México se encuentran reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales que México ha suscrito.

2.1 Concepto

Para determinar el concepto de prueba ilícita es necesario recordar que a la prueba podemos entenderla en dos grandes sentidos: el amplio y el estricto. El primero de ellos como cualquier medio para obtener información y así poder probar la verdad de lo dicho, el segundo es aquel referido en la norma (artículo 261 del CNPP) como el medio ya desahogado en audiencia

de juicio oral. En ese tenor, para lo referente al estudio de la prueba ilícita ocuparemos el sentido amplio, ya que la prueba ilícita debe de ser apartada del proceso para que no tenga valor alguno y si nosotros ocupáramos el término de prueba referido en la norma estaríamos ante la falacia de decir que tenemos que desahogar la prueba ilícita para poder declararla como tal.

Ahora bien, una vez planteado lo anterior, debemos precisar que la prueba debe ser obtenida, ofrecida, admitida, preparada, incorporada y desahogada sin vulnerar derechos fundamentales ya que de hacerlo estaríamos frente a una prueba ilícita, es decir, prueba ilícita es toda prueba que vulnera derechos fundamentales. No obstante la norma no nos expresa en que momento probatorio ocurre esta vulneración de modo tal que debemos entender que esta puede suscitarse en cualquier etapa ya sea en la obtención, ofrecimiento, admisión, preparación, incorporación y desahogo durante el procedimiento.

En este capítulo analizaremos que es lo que implica la vulneración de derechos fundamentales partiendo de la premisa que toda vulneración a derechos fundamentales implica que la prueba sea ilícita.

2.2 Acepciones de la prueba ilícita y su diferenciación

Cuando se instauró el sistema penal acusatorio se había planteado que cada estado de la República tuvieran su propio código procesal penal, algunos de ellos como por ejemplo el del estado de Oaxaca no hacían diferencia entre aquellas pruebas que eran obtenidas violando derechos fundamentales de aquellas pruebas que no cumplían algún requisito para ser valoradas o de aquellas que simplemente no cumplían con la solemnidad establecida para su desahogo, otorgando a todas ellas el término de pruebas ilícitas y el efecto de la nulidad.

Es por ello que el CNPP tuvo la necesidad de hacer dicha diferenciación. A continuación se abordaran todas las acepciones con las que a lo largo del tiempo se ha referido a la prueba ilícita estableciendo que no se trata de sinónimos sino

de conceptos que si bien pueden compartir características, la fuente no es la misma.

2.2.1 Prueba ilegal

Es aquel medio que es contrario a la ley. De dicho concepto surge un cuestionamiento pues no sabemos si se refiere a la ley suprema, a una ley ordinaria, a una ley general, a una ley única o cualquier otro tipo de ley que se nos pudiera ocurrir.

Es por ello, que el concepto de prueba ilegal es el antecedente directo de los conceptos de prueba ilícita y prueba irregular ya que este no hace una diferencia entre la ley que se está vulnerado. Bajo este concepto podríamos encuadrar a aquella prueba que vulnera un precepto contenido en la Constitución como norma suprema que aquella que vulnera una regla procesal contenida en una norma secundaria. Podríamos decir que es un concepto amplio sin embargo poco útil pues no puede correr la misma suerte una prueba que vulnera derechos fundamentales (una confesión obtenida mediante tortura) que una prueba que vulnera una regla procesal (no se ha señalado el nombre completo de la persona que rendirá su testimonio).

Es por lo anterior, que el concepto de prueba ilegal tuvo que evolucionar y ser fragmentado en el de prueba ilícita y en el de prueba irregular.

2.2.2 Prueba ilícita

También denominada prueba contraria a Derecho en sentido amplio. Podemos definir a la prueba ilícita como aquel medio que ha sido obtenido vulnerando derechos fundamentales.

Para comprender el significado de la prueba ilícita debemos de realizar un estudio preciso del término derechos fundamentales.

Luigi Ferrajoli explica que los derechos humanos son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, no obstante para que estos derechos humanos puedan ser llamados derechos fundamentales es imprescindible que se encuentren positivizados en una norma.

Robert Alexy por su parte, es partidario de que en todo Estado democrático los derechos fundamentales deben de encontrarse positivados en la norma fundamental no porque al positivizarlos adquieran valor pues antes de ser derechos fundamentales son Derechos Humanos que son inherentes al hombre y al Estado le compete respetarlos y garantizarlos y a su vez hace una diferenciación de derechos fundamentales pues señala que existen derechos fundamentales que pueden ser restringidos y otros que bajo ninguna circunstancia deben vulnerarse, los primeros son llamados derechos fundamentales relativos y los segundos absolutos.

En ese sentido y para efectos del sistema penal mexicano, debemos sumarnos a lo dicho por Alexy pues el artículo primero Constitucional ha referido que el Estado Mexicano es garante de proteger los Derechos Humanos reconocidos en la misma Constitución y aunado a ello, ha adquirido la calidad de garante sobre aquellos derechos humanos que estén positivizados en los tratados internacionales de los cuales sea parte. Es decir, que de la interpretación del mismo artículo primero constitucional debemos entender que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en la CPEUM y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte no haciendo distinción si son absolutos o relativos pues dicha distinción se haría valer al momento de determinar si vulneró o no un derecho fundamental. Siguiendo con lo anterior, en el caso de la violación a un derecho fundamental absoluto no habría el mayor problema sin embargo en el caso de los derechos fundamentales relativos tendríamos que hacer el análisis si dicha ese derecho se vio restringido como lo establece la ley, por ejemplo la libertad personal puede ser restringida mediante una orden de aprehensión o mediante la flagrancia o caso urgente en este sentido tendríamos que analizar si existió dicha orden o dicho supuesto de flagrancia o caso urgente de ser así entonces la restricción estaría apegada a la norma y en caso contrario estaríamos frente a la vulneración de un derecho fundamental y por lo tanto frente a una prueba ilícita.

Podemos concluir que todos aquellos medios que pretendan generar convicción en el órgano decisor deben de respetar los derechos fundamentales de

los individuos que se encuentran consagrados en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, pues en caso contrario estaríamos frente a una prueba ilícita.

2.2.3 Prueba irregular

También llamada prueba contraria a Derecho en sentido estricto. El jurista español José Antonio Martín Pallín ha definido a la prueba irregular como aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento establecido en la ley.

De lo anterior, debemos mencionar que si bien es cierto la prueba irregular es aquella que no se ajusta a la norma también lo es que esta norma que se ve vulnerada no debe de tener el carácter de Derecho Fundamental pues entonces estaríamos frente a una prueba ilícita.

La diferencia con la prueba ilícita radica en que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en la norma suprema (CPEUM) y los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, mientras que las reglas para obtener, ofrecer, admitir, preparar y desahogar dicho medio no las vamos a encontrar en la Constitución sino que se encuentran legisladas en una norma única (CNPP). Es decir, la prueba ilícita vulnera derechos fundamentales contenidos en la CPEUM mientras que la prueba irregular es aquella que no cumple con las reglas establecidas por el CNPP para su obtención, ofrecimiento, admisión, preparación o desahogo.

Es importante precisar que autores como Manuel Miranda Estrampes hace un señalamiento que debemos de tomar en cuenta pues si bien la prueba irregular atenta en un primer término contra normas de carácter procesal lo es también que esas normas a su vez tienen calidad de ser garantes de un derecho fundamental como lo son: el debido proceso, la presunción de inocencia entre otros.

En otras palabras lo que el autor refiere es que si bien el término correcto es prueba irregular pues atenta contra normas procesales eso no significa que

esta a su vez pueda convertirse en una prueba ilícita, de cualquier manera por lo señalado anteriormente y como analizaremos más adelante correrán la misma suerte pues a pesar de ser normas de carácter procesal su finalidad es de proteger y garantizar derechos fundamentales.

2.2.4 Prueba prohibida

La prueba prohibida consiste en aquellas prácticas o actos de investigación que se encuentran expresamente prohibidos por alguna norma. Para su mejor comprensión es preciso señalar el numeral 20 apartado B fracción II de la CPEUM establece la prohibición de mantener a una persona imputada incomunicada, o a practicar en ella actos de intimidación o tortura²⁷.

2.2.5 Prueba inconstitucional

Son aquellas pruebas que ya sea en su obtención o en su ofrecimiento, admisión, desahogo o posterior valoración atentan contra una norma que se encuentra prevista en la Constitución. Cabe hacer la reflexión, que a diferencia de países como España o Estados Unidos de América los cuales en sus respectivas constituciones tienen derechos fundamentales, la CPEUM no sólo contiene derechos fundamentales sino que además cuenta con normas procesales²⁸ de manera que aquí no cabría la distinción si la prueba ha vulnerado una norma constitucional de derechos fundamentales o una norma constitucional de carácter procesal pues en ambos casos se ve infringida una norma dispuesta por la constitución y por tal motivo constituye una prueba inconstitucional.

²⁷ Artículo 20 de la CPEUM.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Apartado B. De los derechos de toda persona imputada:

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

²⁸ El artículo 20 constitucional contiene disposiciones procesales.

2.2.6 Prueba nula

Es aquel medio que una vez que ha sido declarado como ilícito porque fue obtenido con violación a derechos fundamentales o que siendo irregular previa prevención de subsanarla esta última no se realiza, el órgano jurisdiccional deberá resolver que los efectos de dichos medios de prueba son nulos. Lo que significa que el órgano decisor bajo ninguna circunstancia deberá de tomarlos en cuenta es decir, carecen de efecto jurídico para trascender en la toma de decisiones por lo que no se le puede dar valor alguno, mucho menos deberá de ser considerada para el dictado de una sentencia.

La prueba nula tiene una finalidad, que es que el juzgador no se contamine de hechos que al final del proceso no va a poder tomar en consideración. Es decir, si ya se ha advertido que una prueba se ha convertido en prueba nula, ninguna de las partes puede hacer referencia a la misma pues de antemano éstas ya saben que esa prueba está *vacía* y lo único que estarían haciendo sería contaminar al juzgador, actuar de mala fe con la contraparte, dilatar el proceso así como entorpecer la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos.

2.3 La prueba ilícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La prueba ilícita en nuestro sistema jurídico ha alcanzado un rango de derecho fundamental, es decir nuestra Constitución en su artículo 20 apartado A fracción IX señala que cualquier prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales debe de ser considerada como prueba ilícita y como consecuencia de ello deberá ser nula.

El numeral en comento no hace distinción de prueba, es decir no es clara al señalar si el supuesto jurídico versa sobre una prueba original o una prueba derivada o reflejo. De manera que, debemos de entender que si el constituyente no hizo tal diferenciación es porque ambos casos están contemplados en el mismo supuesto jurídico.

Es importante retomar lo abordado en los tópicos anteriores pues si bien la CPEUM señala que únicamente se vulneran derechos fundamentales al obtener

una prueba lo cierto es que, al no cumplir con las reglas procesales de ofrecimiento, preparación o incluso desahogo se vulneran derechos fundamentales y en ese sentido deberán de correr la misma suerte (nulidad) que como si se hubieran obtenido vulnerando derechos fundamentales.

Aunado a lo anterior, no podemos señalar que las pruebas que derivan de una prueba ilícita no deben de correr la misma suerte que la original pues entonces estaríamos yendo en contra del numeral citado cuya finalidad es que cuando se pretenda generar convicción en el órgano decisor se haga respetando los derechos de la persona que se encuentra bajo el *ius puniendi*, afirmar lo contrario significaría que el Estado está dispuesto a todo para llegar a la verdad.

Por último, la prueba refleja es una consecuencia de la prueba original de manera que se obtuvo gracias a que se vulneraron derechos fundamentales, no importa si se alega que no se querían vulnerar derechos o que si se seguía otra ruta se obtendría el mismo resultado, el derecho y con mayoría de razón el derecho penal debe seguir el principio de legalidad y estar apegado al mundo factico y no al mundo del hubiera de modo que, lo importante con los efectos reflejo de la prueba es que se vulneraron derechos fundamentales y en ese sentido no podemos de ninguna manera justificar o subsanar esas violaciones. Es por ello que el numera en análisis es muy claror al referir que cuando se vulneran derechos fundamentales la prueba debe de ser declarada ilícita.

2.4 La prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Además de estar elevada a rango constitucional el tema de la prueba ilícita, el legislador opta por ser más explícito en la norma secundaria, es decir en el CNPP donde en el numeral 264²⁹ conceptualiza a la prueba ilícita como aquellos datos de prueba o pruebas, que sean obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. Aunado a ello el artículo 261 del CNPP en cuyo título podemos leer “Licitud probatoria” establece que los datos y las pruebas deberán ser

²⁹ Artículo 264 del CNPP.- Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

Considero que ambos numerales se encuentran incompletos toda vez que solo hacen referencia a dos momentos procesales de la prueba al momento en que son datos de prueba y cuando son prueba, sin embargo recordemos que un antecedente de investigación es un acto de investigación que ya se llevó a cabo y además ya se encuentra en la carpeta de investigación, el dato de prueba por su parte es la referencia que hacen las partes al juez de control que tiene un antecedente de investigación para dar paso al medio de prueba que es la fuente que contiene la información que haremos llegar al tribunal de enjuiciamiento y por último tenemos a la prueba que es aquel medio de prueba que ya fue desahogado en juicio oral. De manera que los artículos objeto de estudio solo hacen referencia a los datos de prueba y a las pruebas cuando en realidad y acorde a lo expuesto anteriormente la vulneración de derechos fundamentales se da en dos momentos; 1) cuando se obtienen o, 2) cuando es ofrecida, admitida, incorporada o desahogada durante el procedimiento, lo que se traduce en que ambos numerales deberían hacer referencia a todas las acepciones que en su mismo cuerpo normativo se le ha dado al concepto de prueba (acto de investigación, antecedente de investigación, dato de prueba, medio de prueba y prueba).

2.5 La prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana

La SCJN a lo largo de sus diez épocas ha emitido un sinnúmero de criterios para determinar cuando estamos ante un supuesto donde se actualiza una prueba ilícita³⁰, sin embargo para efectos de la metodología de este trabajo de investigación he decidido retomar una tesis asilada publicada en este año (2018).

³⁰ Tesis 1a./J. 35/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 302.- Prueba Ilícita. Tiene ese carácter la declaración del imputado rendida sin la asistencia jurídica de un defensor profesional en derecho, por lo que su exclusión valorativa debe realizarse con independencia de su contenido.

Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2057.- 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 1a./J. 34/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 267.- Defensa adecuada en materia penal.- La violación al carácter técnico del

Lo anterior al tenor de que en el denominado nuevo sistema de justicia penal (adversarial) se han regulado figuras jurídicas que con anterioridad a este no se tenían, siendo una de ellas la prueba irregular y en ese sentido la tesis en comento no solo plantea un concepto de prueba ilícita sino que además señala las diferencias con la prueba irregular.

El criterio en comento es la Tesis II.2o.P.61 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, abril de 2018, p. 2272, cuya transcripción es la siguiente:

PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA CON DEFICIENCIA FORMAL O IRREGULAR. SUS DIFERENCIAS.

La irregularidad en el desahogo de una prueba por no cumplir con las formalidades de la ley procesal, no determina necesariamente su carácter de inutilizable, al no impedir su potencial reiteración o corrección futura, siempre que dicha anomalía meramente formal no conlleve, a su vez, una vulneración sustancial de derechos o prerrogativas constitucionales (lo que la convertiría en prueba ilícita); por tanto, en este caso, se admite la posibilidad de convalidación, perfeccionamiento o repetición (por ejemplo, ofrecer dicha prueba nuevamente durante el proceso, ratificada o justificada cumpliendo las formalidades de ley), salvo que, la irregularidad conlleve la violación de derechos o garantías del imputado. En cambio, en cuanto a la ilicitud de la prueba (que no es lo mismo que su simple deficiencia formal o irregularidad), existe como regla de exclusión, la prohibición de admisión y de valoración de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (detención ilegal, tortura, violación a la intimidad del domicilio, etcétera). En este caso, a diferencia de los supuestos de pruebas obtenidas irregularmente, exclusivamente desde una perspectiva formal subsanable, la prueba ilícita no admite convalidación. Además, su exclusión alcanza no sólo a la prueba obtenida directamente con vulneración de un derecho fundamental, sino también a las posteriores

derecho humano genera la ilicitud de la declaración rendida por el imputado sin la asistencia jurídica de un defensor profesional en derecho, por lo que debe ser objeto de exclusión valorativa.

pruebas cuya obtención deriva de la considerada ilícita, salvo las excepciones legal y jurisprudencialmente previstas; esto es, lo que se conoce como la doctrina de "los frutos del árbol envenenado", clasificación en la que no encuadran las pruebas señaladas como irregulares por haber sido inicialmente obtenidas e incorporadas a la causa penal sin ajustarse al procedimiento formal establecido en la ley, pero perfeccionadas o reiteradas por no haber sido calificadas de ilícitas (con violación de derechos fundamentales).

Del anterior criterio podemos concluir que una prueba ilícita es aquella que vulnera derechos fundamentales y la prueba irregular es aquella que vulnera formalidades esenciales establecidas en la norma secundaria, sin embargo como bien lo señala el poder judicial federal ha de analizarse si dicha violación procesal no alcanza a vulnerar un derecho fundamental ya que en caso de hacerlo esta prueba irregular puede convertirse en una prueba ilícita y en caso contrario cabrá la posibilidad de que dicha prueba irregular puede ser saneada o convalidada.

2.6 Efectos de la prueba ilícita en el procedimiento penal acusatorio en México

Un Estado de Derecho tiene como finalidad que se garanticen y respeten los Derechos Humanos de las personas que se encuentran bajo el yugo del mismo, de tal manera no se puede permitir que los agentes que actúan bajo su mando contravengan ello. El jurista español Manuel Miranda Estrampes muy atinadamente señala que los derechos fundamentales tienen el objetivo de delimitar el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos.

Como se conceptualizó anteriormente la prueba ilícita es aquella que vulnera derechos fundamentales, debe de decirse así en términos generales pues la vulneración a dichos derechos puede ser establecida en diversos momentos del procedimiento penal.

Una prueba puede vulnerar derechos fundamentales cuando se busca o se obtiene, ejemplo ingresar a un domicilio sin orden de cateo, intervenir comunicaciones sin orden de autoridad etc., o al momento de ser ofrecida, admitida, incorporada o desahogada durante el procedimiento, esto es cuando no

se cumplen las reglas procesales. Al no dar cumplimiento con estas reglas procesales se violan derechos fundamentales es decir, imaginemos que una prueba no fue ofrecida en el momento procesal oportuno (regla procesal) y el juez de control decide admitirla posteriormente o inclusive la desahoga en el juicio oral sin que haya sido admitida, a pesar de vulnerar una regla procesal esta violación repercutirá en un derecho fundamental o inclusive en diversos como lo pueden ser el debido proceso, el derecho de defensa o el derecho a la presunción de inocencia.

Es en este último sentido es donde se ha creado una discusión pues por una parte se dice que si una prueba vulnera derechos fundamentales entonces es una prueba ilícita y no debe de tener validez alguna ni la prueba en sí misma ni todo lo que de ella derivara (eficacia releja), sin embargo si el supuesto es sobre una prueba irregular (que viola normas procesales y no derechos fundamentales) entonces debe de analizarse si esa norma procesal tiene alcances en un derecho fundamental o no, de ser afirmativa la respuesta la prueba debería de ser invalidada y alcanzaría también para sus derivados y en caso de ser negativo debería de tener plena validez. En diversa doctrina se señala que en ambos casos la prueba y sus derivados deberían de carecer de todo valor pues se considera que a pesar de ser normas procesales las que se estuvieran vulnerando el resultado sería la vulneración de derechos fundamentales, aunado a que si señalamos que se debe de analizar el caso en concreto entonces el gobernado estaría en incertidumbre jurídica.

Cuando hablamos de nulidad de la prueba hablamos de una nulidad absoluta o de pleno derecho pues no tiene lugar a que sea subsanable y por tanto no puede tener efectos probatorios.

En este sentido considero importante precisar que cuando se habla de que es insubsanable significa que no pueden ser introducidos al procedimiento a través de otro medio de prueba. Es el caso que agentes de policía ingresan a un domicilio sin mandamiento escrito o sin el consentimiento de la persona facultada para ello y como resultado de esa intromisión obtienen mercancía como pueden ser relojes o alhajas de dudosa procedencia, por tal motivo el juez de control

declara la intromisión como ilegal y lo obtenido de esa intromisión como ilícito lo que significa que los relojes y las alhajas no pueden ser utilizadas en el procedimiento pero es el caso que el Ministerio Público ofrece como medio de prueba el testimonio de uno de los policías que ingresaron al domicilio para que este aporte información respecto de esa intromisión así como de los objetos que encontraron y sus características. La prueba que fue declarada ilícita tendría una nulidad meramente formal pues al realizar la práctica mencionada se estaría subsanando esa ilicitud mediante diverso medio de prueba.

Aunado a lo anterior, no tener efectos probatorios consiste en el órgano decisor no puede tomar en cuenta aquellos medios de prueba que fueron declarados como ilícitos para la toma de una decisión. Por lo que respecta al análisis de este tema ha surgido una corriente que parte de la premisa que si una prueba que fue declarada ilícita es en favor del imputado entonces si debe de tener efectos probatorios es decir, el órgano decisor podría tomarlos en consideración para poder emitir una sentencia absolutoria no así en caso contrario.

Un problema al que nos enfrentamos cuando hablamos de que un medio de prueba que ha sido declarado como ilícito no debe de tener efectos probatorios (prueba nula) se suscita en la práctica pues retomando el ejemplo de aquel policía que ha sido llamado a testificar en audiencia de juicio oral por el MP para que relate sobre el ingreso a un domicilio que previamente fue declarado como ilícito así como todo lo derivado de esa ilegal intromisión, es el caso que el policía comienza a introducir a juicio dicha información y el defensor se percata de ello y por tanto lo hace valer ante el tribunal de enjuiciamiento, el cual a su vez ordena que se abstengan de seguir haciéndolo y manifiesta que lo antes expresado no será tomado en cuenta. La cuestión radica en que si el tribunal de enjuiciamiento no ha sido contaminado, es decir, en verdad podemos asegurar que esa información no ha generado en el órgano decisor alguna convicción para emitir un fallo. Si bien es cierto en nuestro sistema jurídico el numeral 68 del CNPP³¹ señala

³¹ Artículo 68 del CNPP.- Congruencia y contenido de autos y sentencias
Los autos y las sentencias deberán ser congruentes con la petición o acusación formulada y contendrán de manera concisa los antecedentes, los puntos a resolver y que estén debidamente

que la sentencias definitivas deberán de ser congruentes y deberán de estar debidamente fundadas y motivadas. En diverso artículo 69³² del mismo ordenamiento se faculta a las parte a solicitar del mismo órgano la aclaración de la sentencia. Sin embargo, considero que estos planteamientos no nos pueden dar la certeza de que el órgano decisor no haya quedado contaminado por información de la cual no tenía que tener conocimiento. Es por lo anterior, que si bien existe una nulidad formal de la prueba el efecto al que se pretende llegar no ha sido cumplido y aunado a ello han contaminado al órgano decisor lo cual considero que tendría que ser un motivo suficiente para que ya sea de oficio o a petición de parte sea removido el órgano que ha quedado contaminado.

En ese sentido el CNPP ha previsto en su capítulo séptimo la nulidad de actos procedimentales tomando como principio general el artículo 97 que establece que los actos realizados con violación de derechos humanos será nulo y por tal motivo dicho acto no puede ser saneado ni convalidado, de igual manera señala que la declaración de nulidad puede ser a petición de parte³³ y en cualquier momento del proceso, o de oficio cuando el órgano jurisdiccional se percata de dicha violación esto derivado de la obligación del artículo primero de la CPEUM que obliga a todas la autoridades a proteger los derechos los derechos humanos de las personas.

fundados y motivados; deberán ser claros, concisos y evitarán formulismos innecesarios, privilegiando el esclarecimiento de los hechos.

³² Artículo 69 del CNPP.- Aclaración

En cualquier momento, el Órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte, podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén emitidas las resoluciones judiciales, siempre que tales aclaraciones no impliquen una modificación o alteración del sentido de la resolución. En la misma audiencia, después de dictada la resolución y hasta dentro de los tres días posteriores a la notificación, las partes podrán solicitar su aclaración, la cual, si procede, deberá efectuarse dentro de las veinticuatro horas siguientes. La solicitud suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

³³ Artículo 98 del CNPP.- Solicitud de declaración de nulidad sobre actos ejecutados en contravención de las formalidades

La solicitud de declaración de nulidad deberá estar fundada y motivada y presentarse por escrito dentro de los dos días siguientes a aquel en que el perjudicado tenga conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación se pretenda. Si el vicio se produjo en una actuación realizada en audiencia y el afectado estuvo presente, deberá presentarse verbalmente antes del término de la misma audiencia.

En caso de que el acto declarado nulo se encuentre en los supuestos establecidos en la parte final del artículo 101 de este Código, se ordenará su reposición.

Continuando con el artículo 97 del CNPP en su segundo párrafo tiene contemplada la nulidad para aquellos actos que vulneraron las formalidades contenidas en el mismo CNPP. No obstante, al tratarse de normas procesales el ordenamiento crea la posibilidad de saneación³⁴ o convalidación³⁵ y en caso de no ser saneados o convalidados entonces si se procedería a declarar su nulidad³⁶.

2.7 La inutilizabilidad de la prueba en el sistema italiano

Es por todo lo anterior, que la doctrina italiana se decanta por no utilizar el término nulidad pues tendría que explicarse en que supuestos estaríamos frente a

³⁴ Artículo 99 del CNPP.- Saneamiento

Los actos ejecutados con inobservancia de las formalidades previstas en este Código podrán ser saneados, reponiendo el acto, rectificando el error o realizando el acto omitido a petición del interesado.

La autoridad judicial que constate un defecto formal saneable en cualquiera de sus actuaciones, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de tres días. Si el acto no quedare saneado en dicho plazo, el Órgano jurisdiccional resolverá lo conducente. La autoridad judicial podrá corregir en cualquier momento de oficio, o a petición de parte, los errores puramente formales contenidos en sus actuaciones o resoluciones, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.

Se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

³⁵ Artículo 100 del CNPP.- Convalidación

Los actos ejecutados con inobservancia de las formalidades previstas en este Código que afectan al

Ministerio Público, la víctima u ofendido o el imputado, quedarán convalidados cuando:

- I. Las partes hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto;
- II. Ninguna de las partes hayan solicitado su saneamiento en los términos previstos en este Código, o
- III. Dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse realizado el acto, la parte que no hubiere estado presente o participado en él no solicita su saneamiento. En caso de que por las especiales circunstancias del caso no hubiera sido posible advertir en forma oportuna el defecto en la realización del acto procesal, el interesado deberá solicitar en forma justificada el saneamiento del acto, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que haya tenido conocimiento del mismo.

Lo anterior, siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales del imputado o la víctima u ofendido.

³⁶ Artículo 101 del CNPP.- Declaración de nulidad

Cuando haya sido imposible sanear o convalidar un acto, en cualquier momento el Órgano jurisdiccional, a petición de parte, en forma fundada y motivada, deberá declarar su nulidad, señalando en su resolución los efectos de la declaratoria de nulidad, debiendo especificar los actos a los que alcanza la nulidad por su relación con el acto anulado. El Tribunal de enjuiciamiento no podrá declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio, salvo las excepciones previstas en este Código.

Para decretar la nulidad de un acto y disponer su reposición, no basta la simple infracción de la norma, sino que se requiere, además, que:

- I. Se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, y
- II. Que la reposición resulte esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos o los intereses del sujeto afectado.

una nulidad absoluta y cuando frente a una nulidad relativa. Para los italianos el término correcto es la *inutilizzabilità* de la prueba.

Inutilizzabilità, en español significa inutilidad que se traduce en algo que ya no puede ser utilizado. Este término hace referencia no sólo a los efectos (ineficacia) de una prueba que viola derechos fundamentales sino que además el mismo término acuñe al momento procesal en el que se puede declarar esta ineficacia (la no admisión del medio de prueba y la no valoración de la prueba).

Por lo que hace al primer momento, en la admisión vale la pena considerar el numeral 346 del CNPP³⁷ cuyo contenido señala cuando el juez de control debe de excluir medios de prueba que ya fueron ofrecidos por las partes en el procedimiento (causas de exclusión). Para el caso en comento debemos de tomar en consideración la fracción II y la fracción III en la primera se habla de aquellos medios de prueba que se obtuvieron con violación a derechos fundamentales (prueba ilícita), como ejemplo tendríamos que el Ministerio Público ofreciera la intervención de comunicaciones que no fue autorizada por un juez de federal, el juez de control debería excluir dicha prueba. La fracción tercera por su parte hace mención de aquellas pruebas que ya han sido declaradas como nulas, siguiendo con el ejemplo de la intervención de comunicaciones ilícita, en audiencia previa el

³⁷ Artículo 346 del CNPP.- Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

- a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;
- b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o
- c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable

defensor hizo valer ante el juez de control el incidente de nulidad de dicha intervención, en su momento el juez de control determinó que no existía orden de autoridad competente para que se le intervinieran las comunicaciones al imputado por lo que la intervención es ilegal y por lo tanto su efecto sería la nulidad y es el caso que el Ministerio Público ofrece la transcripción de una llamada resultado de dicha intervención. Esto sería motivo para que el juez de control excluyera esa transcripción.

Si bien es cierto, el CNPP señala que son causas de exclusión lo cierto es, que de la interpretación de ese artículo podemos advertir que no se trata de otra cosa más que de causas de inadmisión. Ya que como se verá en el siguiente capítulo la exclusión es apartar del procedimiento algo y el numeral en comento hace referencia al momento procesal en que las partes ofrecen y el juez decide cuáles medios de prueba serán admitidos y cuáles no.

CAPÍTULO III.- LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Concepto

Según la Real Academia Española, la palabra exclusión proviene del latín *exclusio* que significa acción y efecto de sacar algo o alguien de un conjunto. Sus componentes léxicos son el prefijo *ex* que quiere decir hacia afuera, *cludere* que significa cerrar, encerrar, más el sufijo *sión* que denota acción, efecto.

En materia probatoria, exclusión significa sacar o apartar una prueba del caudal probatorio con el que cuenta cada una de las partes, con la finalidad que estas pruebas no lleguen al órgano encargado de tomar la decisión que pondrá fin al procedimiento.

La regla de exclusión ha sido adoptada en países como España y México con la diferencia que en estos casos dicha regla pretende proteger los derechos de las personas que se encuentran imputadas en un procedimiento penal. Lo que da a la regla una finalidad más garantista.

Manuel Miran Estrampes señala que, existen dos tipos de exclusiones; 1) las que se fundan en la violación de Derechos Fundamentales y; 2) aquellas reglas de exclusión que se fundan en la violación de reglas probatorias. Las primeras son aquellas que han sido declaradas ilícitas esto es, que previamente ya se realizó el análisis de la licitud del medio de prueba, verificando que éste efectivamente vulneró un derecho fundamental, lo que nos lleva a la pregunta de ¿Cuándo un medio de prueba puede violar derechos fundamentales?. La respuesta en un primer término podría parecer obvia pues la violación a derechos fundamentales sería al momento de la fase preliminar o de investigación que generalmente es la etapa de obtención (una detención sin orden de aprehensión, flagrancia o caso urgente, la intromisión a un domicilio sin orden de cateo, la intervención de comunicaciones sin autorización de un juez federal etc.) sin embargo, no podemos olvidar que el debido proceso está contenido en la CPEUM como derecho fundamental de manera que todas aquellas reglas procesales están

inmersas y relacionadas directamente con este derecho, lo que significa que la ilicitud probatoria puede existir en cualquier momento del procedimiento (un testigo en juicio oral no es advertido de su derecho a no declarar por razón de parentesco). La segunda exclusión es aquella que procede para aquellos medios que no cumplen con las reglas probatorias establecidas en el ordenamiento respectivo es decir, puede ser porque requieran alguna formalidad para su ofrecimiento o desahogo por ejemplo el ofrecimiento de una testimonial y el oferente no señala el nombre de la persona que brindará su testimonio o en el caso que se ofrezcan medios para probar un hecho notorio en cuyo caso no es necesario el medio de prueba y por tal motivo el juez deberá de desecharlo y excluirlo.

En este sentido, Teresa Armeta Deu señala que la exclusión probatoria solo puede ser argumentada por la obtención ilícita o por la infracción a una regla probatoria contenida en la normativa procesal³⁸.

La regla de exclusión tiene su punto débil bajo el argumento que al aplicarla si bien es cierto se protegen derechos fundamentales también lo es que, se vulneran otros como lo es el derecho a la verdad en cuyo caso además de ser un derecho humano para las víctimas reconocido inclusive por la CIDH se transforma en el objeto del procedimiento penal (por lo menos es el caso del mexicano). Es decir, para que ésta sea garante de derechos fundamentales es porque está transgrediendo algunos otros.

Hay dos bienes en conflicto (el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales) y hay que ponderar en cada caso para dar acogida preferentemente a uno u otro.

³⁸ Armeta Deu, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 34.

3.2 Origen

La regla de exclusión de la prueba ilícita tiene su origen en el Derecho norteamericano por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos con el caso Weeks vs Estados Unidos el cual consistió en el caso del señor Fremont Weeks quien trabajaba en el correo postal y la policía sospechaba que a través del correo enviaba boletos de lotería, acto que estaba prohibido por el Código Penal. De manera que la policía se apersonó en el domicilio del señor Weeks y aprovechando que éste se encontraba en su trabajo ingresaron a su domicilio con una llave que había sido proporcionada por un vecino. Una vez adentro la policía confiscó papeles y otros artículos personales.

No conforme con ello la policía regresó ese mismo día por la tarde al domicilio y volvió a ingresar, ahora con el consentimiento de un huésped del señor Weeks llevándose cartas y sobres adicionales.

Fremont Weeks fue arrestado, sin orden judicial, en su lugar de trabajo y posteriormente fue acusado, en parte, de utilizar el sistema de correo para enviar boletos de lotería. Sin embargo, el señor Weeks presentó una petición para la devolución de sus papeles y otros bienes, argumentando que la propiedad fue obtenida ilegalmente pues los policías habían ingresado a su domicilio sin orden de registro y retenidos violando sus derechos en virtud de la Constitución de los Estados Unidos, dicha moción fue negada en parte, ya que el tribunal ordenó la devolución de algunos documentos y bienes propiedad de Weeks.

A pesar de la devolución de algunos documentos el procedimiento en contra del señor Weeks continuó y la fiscalía presentó como evidencia durante el juicio aquellos bienes y documentos lo que llevó a que Weeks fuera declarado culpable por usar el sistema de correo ilegalmente y para transportar boletos de lotería.

Posteriormente Weeks apeló la decisión del tribunal y finalmente la Corte Suprema de Estados Unidos de manera unánime sostuvo que, la incautación de artículos de la residencia de Weeks había violado directamente sus derechos constitucionales, que la negativa del gobierno a devolver las pertenencias de

Weeks violaba la Cuarta Enmienda que prohíbe los registros y las incautaciones ilegales, aunado a que permitir que los documentos privados sean incautados y luego mantenidos como evidencia contra los ciudadanos significaría que la protección de la Cuarta Enmienda que declara el derecho a estar seguro contra tales registros e incautaciones no tendría ningún valor en absoluto

Surge para dar protección de la IV Enmienda la cual prohíbe los registros y detenciones arbitrarias en las cuales no mediara una causa probable para que estos se lleven a cabo, la finalidad de excluir pruebas era que los policías no cometieran arbitrariedades al momento de obtenerlas (*deterrent effect*), el efecto disuasorio consistía en que como los policías sabían que si obtenían las pruebas de una manera ilegal la consecuencia sería su no admisión por los jueces y entonces los policías se abstendrían de hacerlo. De esta manera se aseguraba que el actuar policial siempre estuviera apegado a derecho y se garantizaban los derechos de las personas, teniendo así la exclusión una función preventiva.

Aunado a lo anterior la Corte Norteamericana señala que, la aplicación de la regla de exclusión cuando no se pueda alcanzar el efecto disuasorio o éste resultara ineficaz o innecesario no tiene razón de ser. Es decir, sin efecto disuasorio no hay regla de exclusión.

3.3 Excepción a la regla de exclusión, la teoría de la buena fe (*good faith exception*): Caso *United States vs León* 104, S. Ct. 3405 (1984)

La excepción de la buena fe consiste en que cuando los agentes policiacos actúan de buena fe bajo la creencia razonable de que su actuar se encuentra apegado a la ley, la exclusión de la prueba no tiene razón de ser y por lo tanto no debe de ser aplicada lo que permitirá al juzgador a valorar pruebas obtenidas ilícitamente ya que los hechos estuvieron recubiertos de apariencia de legalidad³⁹.

El caso *United States vs Leon* ocurrió en agosto de 1981, cuando la policía de Burbank, California en Estados Unidos recibió información confidencial para identificar a dos traficantes de drogas (Patsy Stewart y Armando Sánchez). Motivo

³⁹ Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ciudad de México, Ubijus, 2013, p. 180.

por el cual, ésta comenzó una intensa vigilancia en la casas de los dos sujetos. Resultado de dicha vigilancia, un juez emitió una orden de registro, que posteriormente fue ejecutada por la policía. Sin embargo, más tarde esa orden de registro fue inválida por un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía pues se estimó que la orden vulneraba la IV enmienda ya que la policía no había tenido causa probable que justificara dicha orden.

Se consideraba que las pruebas obtenidas en el registro llevado a cabo por la policía fueran declaradas ilícitas pues al no haber mandamiento se vulneraban los derechos de Patsy Stewart y Armando Sánchez.

El Tribunal Constitucional estadounidense resolvió que cuando la policía realizó el registro en los domicilios de las personas lo hizo con la creencia de que su orden era legal, lo que significa que actuaron de buena fe. Lo que a su vez se traduce en que cuando la policía actúa de buena fe, lo hace bajo la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (*deterrent effect*) y la regla de exclusión carece, en estos casos, de eficacia disuasoria.

Por lo anterior, se permitió la presentación de las pruebas obtenidas de ese registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal.

De esta resolución podemos concluir que la Corte Estadounidense ha establecido que cuando el efecto disuasorio no se lleva a cabo entonces no habría de aplicarse la regla de exclusión, es decir coloca al efecto disuasorio como requisito de aplicación dejando de lado la vulneración de los derechos fundamentales. Siendo severa al afirmar que la finalidad de la regla de exclusión no era la de sancionar errores de los jueces pues recordemos que la orden fue invalidada por un órgano jurisdiccional superior al que la emitió al estimar que el primero no había motivado correctamente esa mandamiento escrito, sino que está diseñada para prevenir actuaciones policiales inconstitucionales. Del mismo modo hace referencia a los errores administrativos como en el caso *Arizona vs Evans*

donde un policía ejecutó una orden de arresto y al revisar a la persona detenida le encontraron marihuana, posteriormente se dieron cuenta que la orden de arresto había sido cancelada meses antes de la detención pero el personal administrativo no la había dado de baja del sistema.

La excepción de la buena fe en realidad es una excepción a la regla de exclusión y no a la eficacia refleja de la regla ya que trata que las pruebas originarias puedan ser introducidas a juicio a diferencia de las demás excepciones que más adelante se analizarán en cuyo caso solo buscan que la ilicitud de la prueba originaria no alcance a los frutos de aquella.

La crítica a esta excepción deviene en que la misma se basa en elementos subjetivos, pues a pesar de que la misma Corte señala que la fiscalía debe acreditar que cualquier policía con experiencia profesional hubiera actuado de forma similar en circunstancias parecidas lo cierto es que no hay un elemento objetivo que en verdad demuestre que el servidor público actuó de buena fe.

Si bien es cierto que los agentes policiales o los órganos jurisdiccionales (al emitir la orden) o el personal administrativo (errores administrativos) no tienen la intención de vulnerar derechos fundamentales lo cierto es que la violación a derechos fundamentales existe.

Cabe hacer la diferencia con el sistema mexicano pues mientras en el norteamericano la regla de exclusión tiene un sentido disuasorio en el sistema mexicano la finalidad es que no se vulneren derechos fundamentales y en la excepción de la buena fe el resultado es la vulneración de derechos fundamentales a pesar de que el camino no sea doloso.

3.4 La eficacia refleja de la regla de exclusión: La teoría del fruto del árbol envenenado

Esta teoría consiste en que la regla de exclusión se extiende a los frutos de la prueba. Es decir, una prueba que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales debe de ser declarada como ilícita y su efecto será la nulidad. La teoría del fruto del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) tiene una eficacia expansiva lo que significa que las pruebas que aun siendo

practicadas con respeto a derechos fundamentales deben de ser declaradas como ilícitas y correr el mismo efecto de la nulidad ya que tienen su origen en una prueba ilícita⁴⁰.

Las pruebas derivadas tienen como característica la licitud concluyendo que la ilicitud de la prueba originaria contaminará a la prueba derivada. Es el caso en que a través de la tortura de una persona se obtiene la confesión de la ubicación de un arsenal de armas de fuego y posteriormente el Ministerio Público solicita una orden de cateo para finalmente dar con ellas. La prueba derivada consiste en las armas de fuego que se consiguieron a través de un medio lícito como lo es la orden de cateo, sin embargo la información fue obtenida vulnerando derechos fundamentales de tal manera que la ilicitud de la confesión debe de ser extendida a las armas de fuego.

La teoría del fruto del árbol envenenado tiene su origen en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States*, 251 U.S. 385 (1920) cuyo supuesto se basa en la entrada y registro sin autorización judicial en las oficinas de la compañía así como la incautación de documentos, papeles y cartas utilizadas para fundamentar la acusación posteriormente el acusado solicitó la devolución de esos documentos, papeles y cartas obteniendo una respuesta favorable, de manera que se ordenó la devolución de los documentos originales sin embargo la fiscalía previa devolución los fotocopió y fotografió para después solicitarle al juez que requiriera al acusado de presentar los documentos originales. La corte norteamericana desestimó dicha petición bajo el argumento que los documentos originales se habían obtenido de manera inconstitucional

Esta resolución estableció las bases de la eficacia refleja pues estableció que la regla de exclusión prohíbe que la información obtenida de forma ilícita pueda ser utilizada de cualquier forma.

⁴⁰Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ciudad de México, Ubijus, 2013, p. 190.

3.5 Excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión

3.5.1 Teoría de la fuente independiente: *Segura vs United States* 468 U.S. 796 (1984)

La teoría de la fuente independiente consiste en que la eficacia refleja no sea aplicable cuando las pruebas derivadas (lícitas) de una prueba originaria (ilícita) provengan de una fuente independiente, esto es que entre la primera y la segunda no existe la relación causa-efecto⁴¹.

Dicha excepción tiene su primer antecedente en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States* pues ahí se menciona por primera vez el término fuente independiente. Sin embargo es el caso *Segura vs Estados Unidos* cuyo supuesto consistió en que la policía tenía información que el señor Segura y el señor Colon vendían drogas, motivo por el cual la agencia antinarcoóticos comenzó a seguirlos, como resultado de esa vigilancia observaron a Segura y a Colon reunirse con otras dos personas en un restaurante las cuales fueron encontradas en posesión de drogas declarando que las habían obtenido de Segura y Colon. De lo anterior, solo obtuvieron una orden de detención y no así una orden de registro para el domicilio de Segura y Colon. No obstante lo anterior, la policía antinarcoóticos ingresó y aseguró el apartamento. Aunado a ello, permanecieron en el apartamento durante 19 horas hasta que un magistrado emitió una orden de registro.

Segura y Colon argumentaron que las pruebas obtenidas motivo de la orden de registro debían ser excluidas pues provenían de una entrada ilegal a su apartamento.

El Tribunal Supremo resolvió que, la evidencia obtenida era lícita ya que había sido resultado de la ejecución de una orden de registro judicial válida y que además la información sobre la cual se había obtenido la orden provenía de fuentes independientes pues los agentes ya contaban con la información antes de la entrada ilícita. Lo que significaba que el ingreso ilícito y la evidencia encontrada

⁴¹ Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ciudad de México, Ubijus, 2013, p. 203.

como resultado de la orden de registro lícita estaban totalmente desconectadas, razón por la cual la evidencia debía de ser admitida.

Esta teoría resulta de difícil aplicación ya que se debe determinar cuando existe independencia entre una prueba y otra. Es decir, la independencia radica si entre la prueba ilícita y la lícita poseen nexo de causalidad, en un primer momento se escucha sencillo, no obstante en la aplicación es donde realmente esta teoría ve su conflicto pues no es fácil delimitar hasta qué punto se encuentra la separación entre la prueba originaria y la derivada.

3.5.2 Teoría del descubrimiento inevitable: Caso *Nix vs Williams* 104 S.Ct. 2502 (1984)

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable⁴².

El caso *Nix vs Williams*, consistió en un interrogatorio realizado de manera ilegal en el cuál el acusado confesó ser el culpable del homicidio de una niña de diez años llevando a la policía al lugar donde la había. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, ya que se había vulnerado el derecho a la asistencia de un letrado, sin embargo, el cuerpo de la víctima no debía ser también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier momento ya que se estaba llevando a cabo un búsqueda por más de doscientos voluntarios, además el plan de rastreo proporcionado al juez incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver.

El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional bajo el argumento que aunque la confesión no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo unas pocas horas de diferencia durante la búsqueda policial que estaba teniendo lugar en la zona.

⁴² Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ciudad de México, Ubijus, 2013, p. 209.

Aunado a lo anterior, el Tribunal estableció dos criterios a través de cuales se podía determinar que se estaba frente a un descubrimiento inevitable:

1. La existencia de una investigación paralela, activa y cuyo objetivo sea el mismo que el del resultado.
2. Inevitabilidad del resultado.

La debilidad en esta excepción yace en que se debe de acreditar fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original. Aunado a ello, el término inevitable genera incertidumbre pues por sí solo es ambiguo que de no ser aplicado correctamente y estar basado en un nivel especulativo terminaría por vulnerar el principio de presunción de inocencia.

El descubrimiento inevitable está basado en que a través de otro medio lícito se *hubiera* llegado al mismo resultado. Sin embargo, no es posible dar certeza al término hubiera, es decir no tendríamos la convicción de que hubiéramos llegado al mismo resultado pues el medio lícito nunca terminó por llegar a su fin pues fue interrumpido por la ilicitud que nos llevó al resultado.

Es considerada una modalidad de la excepción de la fuente independiente y se caracteriza por *limpiar* la ilicitud únicamente de los frutos de la prueba, es decir, la excepción del descubrimiento inevitable no puede ser argumentada para la prueba original.

3.5.3 Teoría del vínculo atenuado o nexos causal atenuado: Caso *Won Sun vs United States* 371 U.S. 471 (1963)

La teoría del vínculo atenuante se funda en el argumento que una prueba puede ser admitida cuando se demuestre que la conexión entre la violación y la prueba sea atenuada al grado que dicha violación se vea borrada.

Esta teoría tiene su origen en el caso *Won Sun vs Estados Unidos* cuyo supuesto consistió en la introducción ilegal a la lavandería del señor Toy quien en ese momento les dijo a los policías que Jonny se encontraba vendiendo narcóticos, de manera que policías detuvieron a Jonny en posesión de dichas

substancias. Posteriormente Jonny llegó a un acuerdo con la policía para denunciar a su proveedor que era el señor Wong Sun, por tal motivo los policías acudieron a arrestar a Wong Sun lo cual hicieron también de manera ilegal. Es decir, ante una entrada ilegal de los cuerpos policiacos el primer sujeto declaró la existencia de un vendedor quien fue encontrado en posesión de narcóticos y fue arrestado de manera ilegal, éste a su vez incriminó a su distribuidor, sujeto que también fue detenido ilícitamente. Los detenidos Jonny y Wong Su fueron puestos en libertad por parte de la policía y varios días después Wong Su se presentó de manera voluntaria y realizó una declaración incriminatoria.

La Corte determinó que no podía ser incriminado el señor Wong Su a causa de la droga decomisada a Jonny, pues había sido obtenido de manera ilícita, pero, su declaración si pudo tomarse en cuenta bajo el argumento que el vínculo entre el arresto y la declaración del acusado llegaba a ser tan atenuado que permitía borrar la mancha ya que ésta se había producido de manera voluntaria y con la advertencia de sus derechos lo que constituía en un acto independiente sanador que rompía la cadena causal de la ilicitud inicial.

No obstante, la Corte declaró que si no hubieran existido los arrestos ilícitos difícilmente se hubiera producido la posterior declaración de Wong Su.

Dicho caso cobra relevancia pues en ella la Corte estableció criterios que auxiliarían a los órganos jurisdiccionales a establecer la existencia de dicha atenuación, tales como:

1. El tiempo transcurrido entre la prueba ilícita inicial y la prueba lícita derivada.
2. La gravedad de la violación.
3. El elemento de voluntariedad de las confesiones practicadas con todas las garantías.
4. La no utilización de argumentaciones tan amplias para explicar la atenuación.

Esta teoría se debilita con los mismos argumentos que la sostienen es decir, que no podemos considerar que la violación a un derecho puede ser subsanada por el transcurso del tiempo, máxime cuando podemos establecer que

en algunos supuestos las violaciones a derechos no pueden ser subsanadas, mucho menos *borradas* al menos no para la persona que está sufriendo dicha lesión. En un segundo término, deja a discreción del órgano jurisdiccional el determinar la gravedad de la violación lo cual supone un juicio de índole personal, individual y subjetiva por parte del juez que esté conociendo.

Así mismo esta teoría en realidad pretende subsanar los errores policiacos es decir, si bien durante la obtención de la primera prueba se vulneraron derechos para la obtención de la segunda y con conocimiento de lo primero, el agente se debe de cerciorar de no cometer el mismo error. No obstante, al igual que en las demás excepciones la violación ya existe y tal como lo estableció la misma Corte, de no haber existido la primer prueba (ilícita) no habría surgido la segunda (lícita).

3.6 El nexo de antijuridicidad en la doctrina Española

En España la prueba ilícita está incorporada en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a la letra señala “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Como se ha señalado la regla de exclusión si bien protege derechos fundamentales en lo individual también lo es que lesiona el interés colectivo, dejando en la sociedad un sentimiento de injusticia y de incertidumbre en las instituciones encargadas de la impartición de justicia, es importante señalar esto pues es el antecedente y lo que da origen a la teoría de antijuridicidad en el sistema español. Teoría que pretende explicar cuándo deben de ser excluidas las pruebas y cuando no. Con esta teoría se pretenden justificar las excepciones a la regla de exclusión es decir, establece que no todas las pruebas ilícitas han de ser excluidas del procedimiento ya que en ciertos casos aun con la ilicitud que acompaña a la prueba, ésta debe de ser admitida y valorada en juicio.

En un principio, la teoría de la antijuridicidad sólo centraba su estudio en la eficacia refleja de la prueba es decir, solo era aplicable para aquellas pruebas lícitas que provenían de una ilícita. Siendo que la prueba ilícita (prueba directa) debía ser excluida sin la necesidad de entrar al estudio de si debía ser admitida o

no y en el caso de la prueba lícita (prueba derivada) a pesar de lo establecido por su propia normatividad si se debía entrar al estudio para determinar su admisión o su exclusión.

La teoría de antijuridicidad fue creada a través de la sentencia SCT 81/1998 emitida por el Tribunal Constitucional la cual establece que cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso, sino que únicamente serán excluidas cuando exista una relación de causalidad y una conexión de antijuridicidad entre la lesión y la prueba. Es decir, dicha teoría convierte al debido proceso en eje para determinar la ilicitud o la licitud de las pruebas pues basa su argumento en señalar que la eficacia refleja solo tendría razón de ser cuando además de la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita (originaria) y la prueba lícita (prueba originaria), existe una conexión de antijuridicidad cuya apreciación dependerá de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

Ahora bien la antijuridicidad debe entenderse a través de dos sentidos:

1. Perspectiva interna la cual consiste en que la prueba refleja o derivada sea jurídicamente ajena o independiente a la vulneración del derecho fundamental. Esto quiere decir, que el conocimiento ilícitamente obtenido no es determinante para la práctica de la segunda prueba.
2. Perspectiva externa consiste en que no sea muy necesaria la protección del derecho fundamental que fue vulnerado. Lo que significa que habrá de analizar la necesidad de tutela del derecho fundamental lesionado acorde a la realidad y efectividad exigida.

Aunado a lo anterior, la teoría de antijuridicidad establece que ambas perspectivas son complementarias. De tal manera que solo habrá de ser admitida una prueba si la ilicitud de la prueba originaria no ha alcanzado a la prueba refleja y si no existe la necesidad imperante de proteger el derecho fundamental

vulnerado, si ambas circunstancias se cumplen y solo entonces cabrá la admisión de la prueba pues en caso contrario habrá de ser excluida.

3.7 Las prohibiciones de utilización y la colisión de Derechos en sistema Alemán

Si bien Alemania no cuenta con una disposición expresa acerca de la regla de exclusión su ordenamiento procesal si establece prohibiciones de utilización de la prueba, así como la teoría de la ponderación.

Para determinar la prohibición de utilizar una prueba los alemanes atienden a dos aspectos; 1) las prohibiciones de producción de una prueba y; 2) las prohibiciones de valoración de la prueba partiendo siempre del postulado que si bien se debe de llegar a la verdad el camino para llegar a la misma debe de ser el permitido por la ley

Las prohibiciones de producción a su vez se clasifican en tres:

- a) Hechos (*Beweisthemaverbote*)
- b) Métodos de obtención (*Beweismethodenverbote*)
- c) Medios de prueba o su obtención a través de determinadas personas (*Beweismittelverbote*)

Una violación a este tipo de prohibiciones no necesariamente acarrearán la exclusión a menos que se encuentre expresa como es el caso del párrafo 136 de la ordenanza procesal alemana que señala la exclusión de las pruebas obtenidas por medio de la tortura.

Las prohibiciones de valoración constituyen una sanción frente al incumplimiento de las reglas que deben observarse al recabar o incorporar al proceso un medio de prueba.

En conclusión, el sistema alemán sistematiza a la exclusión en dos vertientes. La primera cuando se violan derechos fundamentales en cuyo caso la exclusión debe de ser imperativa y la segunda es cuando se viola una prohibición probatoria donde se entra al análisis de si el derecho violado del acusado sufrió en su esencia entonces si se excluye pero si no fuere así entonces la prueba no se excluye.

Aunado a lo anterior la doctrina alemana ha admitido que las prohibiciones de prueba (exclusión) colisionan con el principio de investigación. Por un lado las prohibiciones de prueba protegen los derechos fundamentales del inculpado y por el otro vulneran el sentido constitucional y colectivo de justicia. Es decir en un extremo encontramos intereses del Estado como lo son la persecución penal y la averiguación de la verdad y por el otro la protección de derechos fundamentales en un sentido individual. Para dar solución a este conflicto el sistema alemán ha encontrado en su Tribunal Constitucional ha su mejor aliado pues esta ha brindado las siguientes teorías:

1. Teoría del ámbito o círculo de Derechos (*Rechtskreisstheorie*) la cual cuestiona únicamente si la violación afecta sustancialmente al ámbito de derechos del recurrente, o no.
2. Teoría del fin de protección de la norma (*Shutzzwecklhere*) en dicha doctrina se cuestiona si el sentido y fin de una disposición procesal infringida demandan expresamente una prohibición de utilización. Es decir, existía una norma que prohibía el modo de producción de la prueba y como consecuencia su finalidad era la de proteger los derechos del inculpado, de manera que a pesar de no contener taxativamente la prohibición de su utilización esta debe de ser entendida implícitamente a través del fin de protección contenida en la norma.
3. Teoría de la ponderación (*Verhältnismassigkeitsprinzip*) en la cual se ponderan los intereses en colisión tomando en consideración la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal. Proporcionando al juez que la aplica la opción de analizar ambos intereses y determinar si es posible subsanar dicha violación o aplicar una prohibición de utilización de la prueba no establecida.

3.8 Tratamiento de la exclusión de la prueba ilícita en algunos otros países

La regla de exclusión permite por un lado generar en los agentes policíacos un efecto disuasorio para que éstos en el desarrollo de la investigación, búsqueda y obtención de pruebas lo hagan apegándose a la ley so sanción de que en caso de no cumplir con ello las pruebas no podrán ser utilizadas por la fiscalía en el procedimiento y por el otro la regla se vuelve un garantía para proteger derechos fundamentales.

Sin embargo, la regla de exclusión ha sido tratada de manera diferente por cuanto hace a su creación, regulación, aplicación y por ende en los efectos que esta produce. Los motivos que hacen que existan diferencias entre sistemas procesales son varios y diversos, no obstante podemos realizar un estudio comparado a partir de la manera en algunos sistemas tienen regulada en su normatividad a la regla de exclusión. En ese sentido podemos clasificar a los sistemas procesales de la siguiente manera:

País	Constitución	Código Procesal
Portugal	Artículo 32 de las garantías del proceso penal, párrafo 8 Son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, abusiva intromisión en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones. ⁴³	Artículo 126 Métodos prohibidos de prueba 1 - Son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa de la integridad física o moral de las personas. 2 - Son ofensivas de la integridad física o moral de las personas las pruebas obtenidas, aunque con su consentimiento, mediante: a) Perturbación de la libertad de voluntad o de decisión a través de malos tratos, ofensas corporales, administración de medios de cualquier naturaleza, hipnosis o utilización de medios crueles o engañosos;

⁴³ Artículo 32.º Garantías de processo criminal

		<p>b) Perturbación, por cualquier medio, de la capacidad de memoria o de evaluación;</p> <p>c) utilización de la fuerza, fuera de los casos y de los límites permitidos por la ley;</p> <p>d) Amenaza con medida legalmente inadmisibles y, además, con denegación o condicionamiento de la obtención de beneficio legalmente previsto;</p> <p>e) Promesa de ventaja legalmente inadmisibles.</p> <p>3 - Sin perjuicio de los casos previstos por la ley, son igualmente nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante intromisión en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones sin el consentimiento del titular.⁴⁴</p>
Brasil	Artículo 5 inciso LVI	Artículo 157.- Son inadmisibles, debiendo

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

⁴⁴ Artigo 126.º Métodos proibidos de prova

1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas

2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;

c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

	<p>Son inadmisibles, en el procedimiento, las pruebas obtenidas por medios ilícitos.⁴⁵</p>	<p>ser desentendidas del proceso, las pruebas ilícitas, así entendidas las obtenidas en violación a normas constitucionales o legales.</p> <p>1° Son también inadmisibles las pruebas derivadas de las ilícitas, salvo cuando no se evidencie el nexo de causalidad entre unas y otras, o cuando las derivadas puedan ser obtenidas por una fuente independiente de las primeras.</p> <p>2° Se considera fuente independiente aquella que por sí sola, siguiendo los trámites típicos y de praxis, propios de la investigación o instrucción criminal, sería capaz de conducir al hecho objeto de la prueba.</p> <p>3° Preclusa la decisión de desentrenamiento de la prueba declarada inadmisibile, ésta será inutilizada por decisión judicial, facultada a las partes acompañar el incidente.⁴⁶</p>
Colombia	Artículo 29 párrafo 5	Artículo 23 Cláusula de exclusión

⁴⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁴⁶ Artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro- Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

	Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.	<p>Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.</p> <p>Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.</p>
Chile	No tiene disposición	<p>Artículo 276 Exclusión de pruebas para el juicio oral</p> <p>El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.</p> <p>Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.</p> <p>Del mismo modo, el juez excluirá las</p>

		pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.
Francia	No tiene disposición	No tiene disposición
Argentina	No tiene disposición	No tiene disposición

Lo anterior, tiene relevancia para nuestro estudio pues depende en gran medida el ordenamiento jurídico que establece la exclusión lo que permite a los tribunales y a los juzgadores emitir criterios para darle un tratamiento especial a las pruebas ilícitas dentro de un procedimiento. Es decir, de ello depende en gran medida la interpretación que se le da a la norma.

De la anterior tabla podemos concluir que, en un primer término están los países que tienen a la regla de exclusión en su norma suprema así como en su código procesal. Tal es el caso de Portugal que en su Constitución establece la prohibición de aquellas pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o daños en la integridad física como garantía de un debido proceso y en su respectivo CPPP se limita a establecer supuestos de daños a la integridad física pero la legislación portuguesa no se pronuncia respecto de la eficacia refleja de la regla de exclusión de manera que será a través de sus criterios jurisprudenciales los que den respuesta a esa materia.

Por su parte, Brasil también ha adoptado la decisión de elevar a rango constitucional la regla de exclusión y por lo que hace a su CPPB si bien en un primer término señala que las pruebas que violen derechos constitucionales serán nulas también lo es que en ese mismo numeral el legislador brasileño ha tasado las excepciones a la regla establecida por su propia constitución. Es decir, la Constitución Brasileña establece como norma fundamental la exclusión de las pruebas ilícitas y su norma procesal establece las excepciones a dicha norma fundamental, de manera que cualquier otro supuesto no contenido en la norma procesal deberá ser excluido. Esto resulta un tanto limitativo pues retoma únicamente las excepciones de la eficacia refleja reconocidas por la doctrina

norteamericana siendo que estas son orientadoras y en ningún caso podemos establecer que son los únicos supuestos que pudieren existir, en este sentido el sistema Brasileño ha optado por un *numerus clausus* en lo que respecta a la excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión.

Colombia es un país que también ha optado por establecer la regla de exclusión en su Constitución y en su normativa procesal, lo que es de resaltar del ordenamiento colombiano es el segundo párrafo del número 23 del CPPC que expresamente reconoce la eficacia refleja de la regla de exclusión al establecer que las pruebas que derivan de las excluidas correrán la misma suerte que las primigenias y de igual manera respecto al tema de las excepciones a dicha eficacia refleja solo se limita a señalar que para no ser objeto de correr la misma suerte que la prueba principal es porque la secundaria no debe su existencia a la primera.

En un segundo apartado podemos colocar a los países que si bien no tienen a la regla de exclusión en su norma suprema si la regulan a través de sus códigos procesales. Tal es el caso de Chile que establece a la exclusión en sus dos aspectos: 1) exclusión por violar normas procesales y 2) exclusión por violar derechos fundamentales. No obstante, por lo que respecta a las pruebas derivadas de una prueba ilícita no establece regla alguna.

Por último, se encuentran los países que no tienen regulación alguna sobre la regla de exclusión, la eficacia refleja de dicha reglas y sus respectivas excepciones ni en su constitucional ni en su código procesal penal , tal es el caso de Francia y Argentina. A pesar de lo anterior, en el caso del primero ha sido la jurisprudencia francesa quien ha establecido que la obtención de pruebas debe atender a dos circunstancias específicas: 1) la no violación de derechos fundamentales y; 2) el principio de lealtad. Por lo que hace a la primera circunstancia comparte la idea de los demás sistemas procesales al establecer que el actuar del Estado debe de tener límites respecto a los derechos de las personas y la jurisprudencia francesa hace la acotación que no todas las ilicitudes probatorias violan derechos fundamentales, por lo que hace al principio de lealtad este se traduce en que pueden ser excluidas todas las pruebas que se obtienen a

través de trampas o engaños por parte de la autoridad no importando si esta vulnera o no derechos fundamentales pues lo que protege dicho principio es la imagen del sistema de justicia penal francés que se valga de artimañas para poder realizar su trabajo y en otro sentido se podrían admitir las pruebas que violen el derecho de lealtad cuando la prueba no sea con la que se pretenda obtener una condena y que dicha prueba pueda ser controvertida por las partes en el debate de juicio con la finalidad de no vulnerar sus derechos procesales.

CAPÍTULO IV.- LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO MEXICANO

4.1 Regulación en la normativa mexicana

4.1.1 La regla de exclusión en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La regla de exclusión se encuentra positivada en el numeral 20 apartado A fracción IX donde dispone que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula. Si bien dicho precepto no hace referencia expresa de la palabra exclusión de su interpretación se advierte que al dar el efecto de nulidad la exclusión de la prueba va implícita, además de que dicha nulidad se hará de pleno derecho lo que significa que no puede ser subsanada ni convalidada por ningún medio y que al ser apartada del procedimiento penal, previniendo así que el órgano jurisdiccional que tomará la decisión se vea contaminado pues al ser excluida con un efecto de nulidad este no podrá ser tomado en consideración ni será susceptible de valoración alguna.

La finalidad de que tengamos la exclusión positivada en la CPEUM es que atiende a un carácter garantizador. Es decir, al encontrarse en la norma suprema éste ha de convertirse en un derecho fundamental que si bien es cierto puede decirse que deriva del derecho a un debido proceso, también lo es que protege a algunos otros derechos como pueden ser la libertad personal, la no intervención de comunicaciones privadas, la inviolabilidad de domicilio entre algunos otros.

4.1.2 La regla de exclusión en el Código Nacional de Procedimientos Penales

El CNPP en su cuerpo normativo ha dispuesto la exclusión de la prueba en sus dos aspectos: 1) cuando vulneran derechos fundamentales y; 2) cuando la prueba transgrede o incumple reglas procesales.

Respecto al primer aspecto, el artículo 264 del citado ordenamiento dispone que las pruebas obtenidas violando derechos fundamentales serán ilícitas y por tal motivo deben de ser excluidas trayendo como consecuencia su nulidad.

Por lo que hace al segundo aspecto el numeral 346 del CNPP establece como causas de exclusión las siguientes:

1. Cuando no se refiera directa o indirectamente al objeto de la investigación.
2. Cuando no sea útil para el esclarecimiento de los hechos.
3. Cuando se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:
 - a. Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones.
 - b. Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos.
 - c. Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos.
4. Cuando se obtuvo con violación a derechos fundamentales.
5. Cuando haya sido declarado nulo.
6. Cuando contravenga disposiciones del CNPP para su desahogo.
7. Cuando pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima en casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual.

De lo anterior, se desprende que este numeral en realidad establece reglas de admisión de la prueba de manera que cuando no cumplan con las disposiciones antes mencionadas serán excluidas del procedimiento pero su efecto no será la nulidad, al menos no en un primer momento pues en algunos casos el incumplimiento con la norma procesal puede ser subsanado o convalidado. Tal es el caso en que se ofrezca un testimonio del cual no se advierta su pertinencia, el oferente podrá volver a ofrecerlo estableciendo la pertinencia que previamente había omitido.

Lo anterior, deviene en una de las principales diferencias con la exclusión por la vulneración de derechos fundamentales pues en ese supuesto no cabe la posibilidad de subsanar o convalidar la prueba.

4.2 Interpretación del Poder Judicial de la Federación

En el sistema mexicano la prueba ilícita así como la regla de exclusión se encuentran en sede constitucional y legal. No obstante, ni la CPEUM ni el CNPP se pronuncian respecto a la eficacia de la regla de exclusión ni a las posibles excepciones a dicha eficacia. Es por ello que el poder judicial de la federación ha emitido criterios interpretativos abordando los temas de la exclusión de la prueba ilícita, así como los alcances de dicha exclusión (la eficacia refleja) y las excepciones a la eficacia refleja (fuente independiente, descubrimiento inevitable y nexo causal atenuado).

4.2.1 Interpretación sobre la exclusión de la prueba ilícita

Aunado a que la normativa mexicana contempla las consecuencias jurídicas para las pruebas que se obtienen con violación a derechos fundamentales la SCJN ha emitido diversos criterios⁴⁷ de los alcances que se tienen cuando la norma se refiere a derechos fundamentales, es decir como se ha explicado la exclusión por violación a derechos fundamentales es más sencilla de comprender

⁴⁷ Tesis 1a. CCXXIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 579, cuyo rubro es DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. CASO EN QUE DEBE DECLARARSE NULA Y EXCLUIRSE DEL MATERIAL PROBATORIO SUSCEPTIBLE DE VALORACIÓN LA PRUEBA QUE INTRODUCE AL PROCESO UNA DECLARACIÓN INCRIMINATORIA DEL IMPUTADO.

Tesis II.3o.P.41 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 2817, cuyo rubro es PRUEBA ILÍCITA. SI EN UNA MISMA DILIGENCIA SE FUSIONAN DOS DISTINTOS MEDIOS PROBATORIOS QUE EXIGEN PARA SU VALIDEZ EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PREVISTOS EN ARTÍCULOS DIFERENTES SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y, POR ELLO, ES LEGAL QUE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL HAGA UNA VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DE AQUÉLLA.

Tesis 1a. CXCV/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, junio de 2013, p. 603, cuyo rubro es PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO ESTÁ CONTENIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 14, 16, 17, Y 20, APARTADO A, FRACCIÓN IX, Y 102, APARTADO A, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONALES, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.

ya que la violación es perceptible y directa al derecho fundamental, por ejemplo en un ingreso a un domicilio sin orden de cateo el derecho fundamental sería la inviolabilidad del domicilio, la violación al derecho fundamental es directa.

Por otro lado, cuando lo que se viola es una norma procesal se deberá analizar dicha violación pues se puede estar ante la posibilidad de que dicha norma procesal no tenga el alcance de un derecho fundamental o por el contrario puede ser que la norma procesal que se ha violado tenga alcance en un derecho fundamental y por consiguiente se estaría violando el derecho fundamental mismo, sirve de sustento a lo anterior la Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2057 que establece:

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.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, 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 (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna

prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.

La exclusión debe de ser comprendida como la supresión de las pruebas del procedimiento penal cuando estas violen derechos fundamentales (prueba ilícita) o cuando vulneren reglas procesales (prueba irregular) para su obtención, desahogo, ofrecimiento, preparación y admisión. En ese sentido lo que respecta a la violación de derechos fundamentales hay un criterio homogéneo en establecer que dichas pruebas no pueden por ningún motivo formar parte del caudal probatorio de las partes (salvo que sean a favor del imputado). Sin embargo lo que respecta a la vulneración de reglas procesales, hay dos vertientes, la primera es aquella que defiende la idea de que no todas las reglas procesales están necesariamente relacionadas con un derecho fundamental, de tal manera que no todas las violaciones a reglas procesales trascienden a la violación de un derecho fundamental y que en tal caso no deberían de ser excluidas pues la finalidad de dicha regla es la de proteger derechos fundamentales.

La segunda vertiente que es la que se retoma en el criterio citado es aquella que señala que las reglas procesales están creadas para dar cumplimiento a un derecho fundamental que es el debido proceso, lo que se traduce en que el debido proceso consiste en que se deban de cumplir todas las formalidades que el procedimiento a través de la norma exige, lo que a su vez dará a la persona imputada la certeza de conocer cómo debe de actuar la autoridad y le permita preparar adecuadamente su defensa. En ese sentido las reglas procesales cumplen la función de garantía y están creadas con la finalidad de generar un debido proceso, derecho fundamental que se encuentra contenido en el numeral 14 de la CPEUM. Lo que significa que una prueba que vulnera reglas procesales debe de ser excluida del procedimiento pues dicha vulneración repercute directamente en un derecho fundamental llamado debido proceso.

4.2.2 Interpretación de la eficacia refleja de la regla de exclusión

Por lo que hace a la eficacia refleja de exclusión, la SCJN se ha pronunciado en diversas ocasiones⁴⁸ en el sentido de reconocer la plena validez a la teoría del fruto del árbol envenado. Es decir, se afirma que las pruebas que aun siendo lícitas deriven de otra que es ilícita entonces también deben ser excluidas ya que de lo contrario la vulneración a derechos fundamentales seguiría existiendo no por la prueba ilícita sino por no respetar la regla de exclusión positivada en la CPEUM. Sirve de sustento a lo anterior la Tesis 1a. CLXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 226 que establece:

PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.

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

⁴⁸ Tesis 1a. CLXVII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, mayo de 2013, p. 537, cuyo rubro es EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA. Tesis VI.1o.P.276 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 3182, cuyo rubro es DILIGENCIA DE INSPECCIÓN MINISTERIAL PRACTICADA EN UN LOCAL COMERCIAL ABIERTO AL PÚBLICO (DOMICILIO PARTICULAR). ASEGURAR OBJETOS DE UN POSIBLE DELITO ENCONTRADOS EN ÉL CONSTITUYE VERDADERAMENTE UN CATEO ILEGAL QUE, AL PRACTICARSE SIN LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TRAE COMO CONSECUENCIA QUE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN AQUÉLLA CAREZCAN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.

pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

Este criterio cobra relevancia ya que la SCJN es enfática cuando establece que si bien es cierto, la prueba derivada se ha obtenido u ofrecido cumpliendo con las disposiciones constitucionales o legales, es decir se trata de una prueba lícita, lo cierto es que tanto la prueba original (ilícita) como la prueba derivada (lícita) se obtuvieron porque fue vulnerado un derecho fundamental y en ese sentido la regla de exclusión en el sistema mexicano tiene como finalidad proteger derechos fundamentales, de tal manera que suponer que una prueba que deriva de otra que fue obtenida por vulnerar un derecho fundamental, puede ser admitida en el procedimiento sería como permitir que la violación al derecho fundamental realizada para obtener la prueba originaria y aunado a ello significaría a su vez que el órgano jurisdiccional que la admitiera estaría violando otro derecho fundamental. Es decir, además de permitir la primera violación por la obtención de la prueba lícitamente se estaría consintiendo una segunda violación a los derechos fundamentales de los imputados.

4.2.3 Interpretación de las excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión

La eficacia refleja consiste en que las pruebas que aun siendo lícitas derivan de una prueba ilícita debe de correr la misma suerte que las primeras, es decir, deben de ser nulas pues a pesar de ser lícitas estas se obtuvieron por la violación a un derecho fundamental que de no haber existido las pruebas derivadas no se hubieran obtenido.

De lo anterior, surge el cuestionamiento de cómo saber cuándo una prueba deriva de otra y cuando no, cuando la ilicitud de la prueba originaria alcanza a la

prueba derivada. Problemática que se presenta al momento de ofrecer y excluir pruebas, es por ello que la SCJN emitió la Tesis 1a. CCCXXVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, noviembre de 2015, p. 993 que establece lo siguiente:

PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto.

Del anterior criterio podemos concluir que la SCJN se limita a realizar una copia de las excepciones a la eficacia refleja reconocidas por la doctrina norteamericana siendo que la regla de exclusión tiene finalidades diferentes en los dos sistemas, mientras en Estados Unidos la exclusión tiene una finalidad de disuadir a los agentes policiales a obtener pruebas a costa de la vulneración de los derechos contenidos su constitución, en México la regla de exclusión tiene un efecto de garantizar derechos fundamentales de manera que, no se pueden citar las figuras creadas de la doctrina norteamericana cuando es evidente que lo que persigue la regla de exclusión en México no es la misma que la que se persigue en ese país.

Aunado a lo anterior, la SCJN no establece de una manera clara cuales son los criterios que se considera se deben de tomar en cuenta para establecer cuando nos encontramos ante una prueba obtenida por un descubrimiento inevitable o ante una fuente independiente. Lo que se traduce en que dicho criterio en lugar de dar una respuesta al cuestionamiento principal de cuando una prueba derivada lícita no debe su existencia a una prueba originaria ilícita, nos deja con la misma incertidumbre y en realidad lo que está haciendo este criterio es reconocer que la eficacia refleja de la regla de exclusión de la prueba es susceptible de excepciones.

Por lo que hace a la excepción del nexo causal atenuado, la SCNJ retoma los criterios que la Corte norteamericana aplicó en el caso *Wong Sun vs United States*. Por último, establece que las excepciones reconocidas en dicho criterio son de carácter meramente enunciativas y no limitativas dejando a cada órgano jurisdiccional la decisión a criterio personal de determinar los alcances de ilicitud entre una prueba y otra, lo que se traerá como consecuencia la incertidumbre jurídica de los sujetos que han sido objeto de una violación de derechos fundamentales.

4.2.3.1 Interpretación de la fuente independiente

En diversa interpretación la SCJN estableció que la regla de exclusión tiene efectos reflejos, es decir que las pruebas lícitas que derivan de otra ilícita deben

de correr la misma suerte (exclusión y nulidad) que aquella que es ilícita. En diverso criterio la misma SCJN estableció que esa eficacia refleja puede ser objeto de excepciones pues no siempre la ilicitud de la primera prueba alcanza a la segunda y como resultado de dicho criterio la SCJN se ha encargado de plasmar las excepciones de la eficacia de la regla de exclusión, tal es el caso de los criterios que interpretan los supuestos bajo la excepción de la fuente independiente⁴⁹, de los cuales para efectos del presente trabajo se retoma el último emitido por el máximo tribunal del país con la premisa de que al ser el más reciente criterio ha tomado en consideración la aplicación de la regla de exclusión por los diversos órganos jurisdiccionales, así como los argumentos jurídicos de quienes a su vez no ven independencia entre una prueba derivada y una prueba primigenia. Dicho criterio lo es la Tesis 1a./J. 52/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 347 que establece:

DETENCIÓN POR CASO URGENTE. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA ORDENADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO RESULTE ILEGAL NO INCIDE EN LA VALIDEZ Y LICITUD DE LA DECLARACIÓN MINISTERIAL RENDIDA POR EL INDICIADO CON MOTIVO DE UNA ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN A LA QUE ASISTIÓ VOLUNTARIAMENTE, NI DE LAS PRUEBAS DERIVADAS DE ESTE ACTO.

La orden de búsqueda, localización y presentación participa de las actuaciones con las que cuenta el Ministerio Público para recabar los datos que le permitan resolver sobre la probable existencia de conductas sancionadas por la norma penal, conforme a sus facultades y obligaciones previstas en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; asimismo, dicha orden no transgrede el

⁴⁹ Tesis I.9o.P. J/16 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, julio de 2015, p. 1583 cuyo rubro es PRUEBA ILÍCITA. EL HECHO DE QUE LA DECLARACIÓN MINISTERIAL DEL INculpADO O SU RECONOCIMIENTO POR LA VÍCTIMA A TRAVÉS DE LA CÁMARA DE GESELL, SE DECLAREN NULOS POR HABERSE OBTENIDO SIN LA ASISTENCIA DE SU ABOGADO, NO IMPLICA QUE LAS PRUEBAS DESAHOGADAS EN EL PROCESO, INDEPENDIENTES Y SIN NINGUNA CONEXIÓN CAUSAL CON AQUELLAS DILIGENCIAS, DEBAN EXCLUIRSE DEL ANÁLISIS CORRESPONDIENTE, POR CONSIDERAR QUE DERIVAN DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE SU EXCLUSIÓN.

derecho fundamental de no autoincriminación, pues no obliga a declarar. Por su parte, la prueba prohibida o ilícita es la que surge con violación a las normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales cuya obtención, a la postre, es decir, en la etapa de juicio, producirá que exista prohibición en su admisión y en su valoración; en términos generales para determinar cuándo una prueba debe reputarse ilícita, tendrá que analizarse el proceso para su obtención, si se realizó de forma fraudulenta o bajo una conducta ilícita, lo que contravendrá los derechos fundamentales, cuya consecuencia y efecto deben vincularse directamente con su origen y causa, ya que cuando la obtención de una prueba no guarda relación causal con la violación, sino que fue independiente, esa probanza no podrá declararse ilícita. En ese sentido, la circunstancia de que la detención por caso urgente ordenada por el Ministerio Público en contravención al debido proceso, no implica que la declaración rendida una vez concluida la diligencia de presentación deba considerarse ilegal, porque su recepción es un acto previo e independiente a la detención por caso urgente, esto es, la ilicitud de la orden de detención no puede invalidar los actos de investigación o pruebas recabadas ex ante, cuya existencia no dependió del acto violatorio de derechos humanos. Por tanto, la circunstancia de que la detención por caso urgente resulte ilegal por no cumplir los requisitos constitucionales correspondientes, no incide en la validez y licitud de la declaración emitida con motivo de una orden de búsqueda, localización y presentación, a la que el indiciado asistió voluntariamente, ni de las pruebas derivadas de este acto, ya que no tendrían una vinculación directa, porque al rendirse dicha declaración en sede ministerial, el inculpado no se encontraba detenido, por el contrario, bien pudo negarse a asistir a la diligencia, declarar o negarse a hacerlo, conforme a su derecho de no autoincriminación. Ello, con independencia de los vicios propios que pudiera contener la declaración ministerial emitida bajo la orden aludida, como la violación a los derechos fundamentales del inculpado durante su recepción ministerial.

En el criterio citado se analiza la excepción de la fuente independiente, sin embargo el supuesto presentado en realidad no obedece a la teoría de la fuente

independiente pues recordemos que el análisis siempre versa sobre una prueba que es lícita que se produce como consecuencia de una que no lo es. Es decir, una es consecuencia de la otra de tal manera que la prueba lícita se debe producir posterior a la producción de la ilícita y como consecuencia de esta. De lo anterior, se desprende que la declaración del imputado se produjo anterior a la detención en caso urgente la cual fue declara como ilícita pues no cumplía con las formalidades requeridas. Lo que se traduce en que la declaración del imputado y la detención en caso urgente, no guardan relación alguna.

La fuente independiente en realidad no debería ser considerada una excepción a la eficacia refleja de la regla de exclusión de la prueba pues en realidad la fuente independiente hace inexistente la eficacia refleja toda vez que entre una prueba y otra no existe vínculo o nexo que las una. En ese sentido la fuente independiente debería traducirse en la falta de nexo entre una prueba y la otra, lo cual tendría que ser valorado por el juez de tal manera que si de dicho análisis se logra establecer algún vínculo por mínimo que parezca entre una prueba y otra entonces debe de surtir efectos la regla de exclusión y por el contrario sino se encontrará nexo alguno entonces la regla de exclusión no debería de ser aplicada.

4.2.3.2 Interpretación del descubrimiento inevitable

A pesar de que la Corte reconoció expresamente en un solo criterio las excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión susceptibles de aplicación en el sistema procesal, ésta ha emitido criterios en los cuales analiza de manera separada cada una de las excepciones mencionadas en el primer criterio. Tal es el caso de la excepción del descubrimiento inevitable cuya interpretación se encuentra en la Tesis I.1o.P.50 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, agosto de 2017, p.3031 que establece lo siguiente:

PRUEBA ILÍCITA. SI EXISTEN PRUEBAS QUE SE DESAHOGARON DESPUÉS DE QUE SE DECLARÓ LA DETENCIÓN ILEGAL DEL SENTENCIADO, ÉSTAS NO NECESARIAMENTE DEBEN TENER ESE

CARÁCTER Y EXCLUIRSE DE VALORACIÓN, SI SE ACTUALIZA EL SUPUESTO DE LA TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.

Cuando la detención del sentenciado se declara ilegal, por regla general, todas las pruebas derivadas y directamente relacionadas con ésta deben declararse ilícitas y excluirse de valoración; sin embargo, cuando existen probanzas que se desahogaron después de la detención, como las declaraciones ministeriales de testigos de cargo, éstas no necesariamente deben declararse ilícitas y excluirse, si se actualiza el supuesto de la teoría del descubrimiento inevitable, adoptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada 1a. CCCXXVI/2015 (10a.), de título y subtítulo: "PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.", porque inevitablemente esas declaraciones surgirían a la vida procesal o se hubiesen allegado a la causa penal por el curso de las investigaciones, hipótesis que se presenta cuando con anterioridad existía una denuncia de hechos, en la cual, el denunciante hizo referencia a esos testigos, por lo que sus declaraciones ineludiblemente se hubiesen descubierto, aun cuando no se hubiera detenido al sujeto activo del delito; por tanto, por el transcurso de la averiguación, iniciada por la denuncia, inevitablemente hubiera llevado al llamamiento de esos atestes a la indagatoria penal.

Del anterior criterio podemos advertir que la SCJN ha optado nuevamente por extraer de los criterios norteamericanos, sin la comprensión de su esencia, alcances y aplicación. Lo anterior toda vez que del supuesto analizado por la misma Corte podemos referir que se trata de diligencias entre las cuales no se guarda relación alguna, la esencia de las excepciones a la eficacia de regla de exclusión al menos como el tribunal norteamericano y consecuentemente la SCJN lo han sostenido es que, de la prueba ilícita se obtuvo como resultado la prueba lícita. Sin embargo en el supuesto presentado por la SCJN en realidad no hay correlación alguna entre una y la otra es decir, los nombres de los testigos se tenían desde la denuncia de los hechos y no fueron resultado de la detención ilícita del imputado. De tal manera que no existe relación alguna pues había la certeza de quienes eran los testigos, caso contrario que en la denuncia de hechos solamente se hubiera referido que existían testigos pero no se proporcionaban los

datos de estos y como resultado de la detención ilegal se hubieran obtenido dichos datos, entonces ahí sí habría relación entre una y otra y el descubrimiento inevitable sería que antes de la detención, el ministerio público hubiera ordenado a la policía investigadora que dirigiera su investigación a la identificación de los testigos y como resultado de dicha investigación se hubiera llegado a obtener los datos de los mismos para posteriormente recabarles su declaración.

4.2.3.3 Interpretación del vínculo atenuado o nexo causal atenuado

Continuando con las excepciones a la eficacia refleja, la Corte emitió un criterio en el cual se analiza la procedencia del supuesto del nexo causal atenuado respecto de las declaraciones de los inculcados, las cuales se dan posterior a la violación de derechos fundamentales y de manera voluntaria, es por ello que la Corte ha encuadrado esos hechos bajo la teoría del vínculo atenuado o nexo causal atenuado. El mencionado criterio lo es la Tesis I.9o.P. J/12 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, febrero de 2014, p. 2065, que establece:

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.

Un derecho fundamental que asiste al inculcado durante todo el proceso es la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, alegando como fundamento el derecho a un debido proceso (artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), a que los Jueces se conduzcan con imparcialidad (artículo 17 constitucional) y a una defensa adecuada (artículo 20, apartado B, fracción VIII, constitucional); por ende, bajo el criterio de esta prerrogativa, tanto su declaración ministerial asistido por persona de confianza y no por licenciado en derecho, carece de valor probatorio alguno, así como sus posteriores declaraciones, ministeriales o judiciales, si sólo se constriñen a su ratificación, sin que se estimen convalidadas, no obstante que sean rendidas en presencia de su defensor, licenciado en derecho y del Juez de la causa; lo anterior, según este principio de prohibición o exclusión

de la prueba ilícita, pues la nulidad de dichas actuaciones no se supedita a actos posteriores que puedan interpretarse como su consentimiento o superación contraria a derecho, la cual dejó en estado de indefensión al inculpado. Sin embargo, bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado, en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, si en presencia del Juez, del Ministerio Público, del defensor, licenciado en derecho y del secretario fedatario de la diligencia, el inculpado, de manera libre, voluntaria y espontánea, declara en relación con el hecho imputado, ya sea en el mismo contexto de su declaración ministerial o en sentido diverso, admitiendo ciertos hechos, negando otros o haciendo valer causas de exclusión del delito, no obstante que esas manifestaciones puedan estar relacionadas con la ilicitud de la declaración inicial, si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse como un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita. En consecuencia, es legal que el Juez de la causa o el tribunal de apelación, lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, bajo la teoría en cuestión, ponderando cada caso en particular, en tutela judicial efectiva de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, presunción de inocencia y sustancialmente del principio contradictorio (sustentado en los argumentos de defensa del imputado) y, conforme a su libre convicción, a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, justiprecie lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, y determine incluso, su inexistencia; sin que sea óbice a lo anterior que el juzgador, por el contrario, considere indivisible dicho vínculo y, por tanto, aplicable la exclusión de la prueba ilícita y la derivada.

De lo anterior, se desprende que entre la prueba originaria y la derivada existe un nexo de causalidad lo que por regla general debe de ser motivo

suficiente para que ambas sean excluidas del procedimiento. Sin embargo la SCJN retomando nuevamente a la doctrina norteamericana ha establecido que el nexo causal que existe entre una prueba y la otra puede ser degradado por las circunstancias de cada caso, lo que significa que inclusive la relación entre una y otra podría desaparecer.

En ese sentido analiza el supuesto en el cual se ha tomado la declaración de una persona imputada de manera ilícita y por tal motivo la declaración así como su contenido deben de correr la suerte de la nulidad. Sin embargo la Corte señala que si el imputado presenta su declaración de manera voluntaria y cumpliendo las formalidades de ley entonces esta debe de ser admitida, desahogada y en su caso valorada.

En el caso planteado por la Corte se cuentan con dos declaraciones: la primera la cual no fue rendida con el defensor del imputado y la segunda en la cual el imputado ya cuenta con un defensor. La Corte considera que el vínculo de ilicitud ha sido atenuado al cumplir con los requisitos que se tenían que haber cumplido en la primer declaración, no obstante ello resulta evidente que lo que se realizó fue subsanar los errores cometidos en la primer declaración.

Por lo que hace a la excepción del nexo causal atenuado, resulta contradictoria su aplicación pues en un primer momento se debe de aceptar que se violaron derechos fundamentales para que en un segundo momento el órgano de control pueda realizar el análisis de que tanto sigue existiendo el nexo entre una prueba y otra. Es decir, el Estado estaría aceptando su actuar ilícito so pretexto de realizarlo adecuadamente de manera posterior, es en este sentido que la violación a los derechos fundamentales no vería consecuencia jurídica alguna. Aunado a lo anterior, las violaciones a derechos fundamentales no son susceptibles a degradarse pues el hecho es que existió una vulneración de derechos fundamental.

Conclusiones

La prueba puede conceptualizarse en dos sentidos: 1) en sentido amplio y 2) en sentido estricto, el primero de ellos obedece a todos aquellos objetos, evidencias, testimonios, actos de investigación tendientes a demostrar una proposición fáctica en un procedimiento. La segunda obedece únicamente a aquellos medios de prueba que ya fueron desahogados en la audiencia de debate dentro de un juicio oral, que además lo hicieron respetando los principios de inmediación y contradicción y que sirvan al tribunal de enjuiciamiento como elemento para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

La prueba tiene diversas funciones dentro del procedimiento penal como lo son la social, teleológica, demostrativa y recientemente se le ha dado la función de derecho humano y por consiguiente como derecho fundamental.

La prueba en el sistema penal acusatorio en México se rige bajo los principios de publicidad, contradicción, continuidad, concentración, inmediación, libertad y licitud. Su objeto y finalidad es el esclarecimiento de los hechos, de lo cual debe advertirse que un Estado de Derecho se caracteriza por garantizar y proteger los derechos fundamentales de los gobernados, dicha garantía también tiene un aspecto limitativo lo que significa que el Estado no puede ir más allá que lo permitido por la ley de tal manera que eso nos asegura a los gobernados que éste no se extralimitará en su actuar y en caso de que así fuera entonces habrá una consecuencia jurídica. Ahora bien, en el sistema penal mexicano existe libertad probatoria, sin embargo dicha libertad verá su límite en el respeto de los derechos fundamentales, en tal sentido el esclarecimiento de los hechos se traduce en alcanzar una verdad formal y no material.

Es por todo lo anterior que he conceptualizado a la prueba como el derecho de toda persona para obtener, ofrecer y desahogar medios que contengan información acerca de la existencia o inexistencia de algún hecho y que deben de respetar derechos fundamentales y cumplir con las formalidades exigidas por la ley para que puedan y deban ser susceptibles de valoración por parte del

órgano jurisdiccional pues estas a su vez generarán o no convicción y certeza en él, lo que le permitirá llegar a una decisión para resolver el conflicto.

Aunado a los límites de la libertad probatoria cobra relevancia el tema de la prueba ilícita, la prueba irregular y la prueba derivada o prueba reflejo. Los límites de la prueba pueden clasificarse en dos aspectos: 1) extrínsecos y 2) intrínsecos, los primeros son aquellos que señalan el respeto a los derechos fundamentales y los segundos aquellos que protegen las formalidades contenidas en la ley. De tal manera que cuando no se respetan los límites extrínsecos y se violan derechos fundamentales estamos frente a una prueba ilícita y cuando lo que no se cumple son las formalidades legales entonces se cae en el supuesto de una prueba irregular.

Resulta trascendental establecer que en el sistema penal mexicano las formalidades contenidas en la normatividad para la obtención, ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de la prueba tienen una finalidad garantizadora pues llevan implícitos derechos fundamentales como lo es el del debido proceso, lo que se traduce en que no respetar una formalidad de carácter procesal puede llegar a ser violatorio de un derecho fundamental. Es decir, una prueba irregular puede convertirse en una prueba ilícita.

Ahora bien, la prueba reflejo o prueba derivada consiste en aquella prueba lícita que es resultado de una prueba ilícita. De manera que la prueba lícita no pudo existir sin la ilícita porque entre ellas existe un nexo de causa-efecto.

Las normas prevén consecuencias jurídicas cuando el Estado se extralimita en su actuar, tal es el caso de la prueba ilícita la cual ha violado derechos fundamentales cuya consecuencia jurídica es la nulidad absoluta o de pleno derecho pues no tiene lugar a que sea subsanable y por tanto no puede tener efectos probatorios, lo que se traduce en que las partes no podrán ofrecerla en el procedimiento y que a su vez el tribunal de enjuiciamiento no podrá tomarla en cuenta para tomar una decisión.

Ahora bien por lo que respecta a las pruebas irregulares, al vulnerar estas formalidades procesales pueden ser convalidadas y saneadas bajo los términos

establecidos por la ley, ya que de no hacerlo corren el riesgo de convertirse en pruebas ilícitas y a su vez de tener la consecuencia de la nulidad.

El sistema italiano conceptualiza a los efectos de la prueba ilícita bajo el término de *inutilizzabilità* de la prueba, este término hace referencia no sólo a los efectos (ineficacia) de una prueba que viola derechos fundamentales sino que además el mismo término acuñe al momento procesal en el que se puede declarar esta ineficacia (la no admisión del medio de prueba y la no valoración de la prueba). Considero que el término utilizado por la doctrina italiana es un término más completo pues conceptualiza a la nulidad con todos los efectos que esta conlleva así como el momento en el cual se estarían produciendo dichos efectos.

Como consecuencia de lo anterior, el Estado al ser garante de la protección a los derechos fundamentales debe de crear mecanismos para cumplir dicha obligación, tal es el caso de la regla de exclusión en materia probatoria, la cual es se traduce en sacar o apartar una prueba del caudal probatorio con el que cuenta cada una de las partes, con la finalidad que estas pruebas no lleguen al órgano encargado de tomar la decisión que pondrá fin al procedimiento.

La regla de exclusión tuvo su origen en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América bajo el argumento del efecto disuasorio con la única finalidad de prevenir que los cuerpos policíacos actúen sin respetar la Constitución norteamericana, porque en caso de hacerlo esas pruebas serían desechadas y la fiscalía no las podría utilizar en el procedimiento.

La doctrina estadounidense ha llegado al extremo de establecer que sin efecto disuasorio no hay regla de exclusión (teoría de la buena fe) en cuyo caso al no haber la intención de violar derechos fundamentales por parte de los agentes policíacos las pruebas que previamente ilícitas y aún más las lícitas derivadas de una ilícita deban ser admitidas en juicio.

Razón por la cual dicha regla tenderá a desaparecer pues ha sido vista como un medio de disuasión y no un remedio procesal de manera que el efecto disuasorio puede ser creado por algún otro medio como lo puede ser la responsabilidad civil, penal o administrativa de los cuerpos policíacos sin que estas sanciones tengan una consecuencia directa con el proceso penal.

Con el origen de la regla de exclusión surge también la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) la cual basa su argumento en señalar que las pruebas que aun siendo practicadas con respeto a derechos fundamentales deben de ser declaradas como ilícitas y correr el mismo efecto de la nulidad ya que tienen su origen en una prueba ilícita, es decir esta teoría reconoce la eficacia expansiva o eficacia refleja de la prueba.

No obstante lo anterior, la misma doctrina norteamericana a través de su interpretación ha ido creando excepciones a dicha eficacia refleja de entre las que destacan:

1. La teoría de la fuente independiente la cual consiste en que la eficacia refleja no sea aplicable cuando las pruebas derivadas (lícitas) de una prueba originaria (ilícita) provengan de una fuente independiente, esto es que entre la primera y la segunda no existe la relación causa-efecto.
2. La teoría del descubrimiento inevitable cuyo argumento se basa en admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable.
3. La teoría del vínculo atenuante consiste en que una prueba puede ser admitida cuando se demuestre que la conexión entre la violación y la prueba sea atenuada al grado que dicha violación se vea borrada.

Si bien es cierto, Estados Unidos de Norteamérica ha establecido las bases de la regla de exclusión, diversos países como Portugal, Brasil y Colombia han optado por elevar a rango constitucional la exclusión de las pruebas además de regularla expresamente en su normativa procesal con la finalidad de darle a dicha regla una connotación garantista. Hay países que han optado por solo regularla en su normativa procesal como lo es Chile y algunos otros como Francia y Argentina que no lo prevén en ninguna normativa, dejándole al Tribunal Constitucional su interpretación.

De los sistemas jurídicos comparados es conveniente resaltar la aportación realizada por el sistema alemán y el holandés es a través de la ponderación entre el derecho que se ve afectado y el que se pretende proteger. A pesar de ser algo novedoso considero que no es susceptible de aplicación en un sistema como el mexicano en un primer término porque apenas estamos transitando de un sistema inquisitivo a un sistema adversarial donde el Estado se ha comprometido a garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas tan es así que elevó a rango constitucional la regla de exclusión de manera que el optar por un criterio de ponderación de derechos dejaría a los sujetos imputados en un estado de incertidumbre jurídica pues queda a la libre apreciación del órgano jurisdiccional que además en este caso sería el juez de control ni siquiera un órgano colegiado

Aunado a lo anterior, la teoría de la antijuridicidad española, en un primer término parece una solución viable pues pudiera apreciarse como el punto medio y la suma de dos doctrinas. Es decir, esta doctrina retoma por un lado el efecto disuasorio de la doctrina alemana otorgándole a la regla de exclusión un sentido preventivo y por el otro retoma a la doctrina alemana con la ponderación de derechos. Sin embargo, si la analizamos a fondo esta teoría acarrea un grave problema pues pone a consideración del juzgador ese juicio de ponderación. Es el juzgador quien determinara si el derecho fundamental que se ha vulnerado tiene la necesidad o no de ser protegido, y por lo que hace a establecer si la ilicitud de la prueba originaria es independiente de la prueba refleja también será necesario realizar por parte del juzgador un juicio que quedará a discrecionalidad del mismo. De tal manera que la teoría de antijuridicidad si bien por fuera se ve como un mecanismo jurídico en realidad se convierte en una carta abierta para el juzgador pues en sus manos estará el determinar si existe independencia entre una prueba y la otra, y si el derecho violado necesita ser protegido. Todo ello a su criterio y bajo su perspectiva.

En el sistema jurídico mexicano, la regla de exclusión fue elevada a rango Constitucional lo que se traduce en que su finalidad va más allá del efecto disuasorio pues ésta se convierte en una auténtica garantía de derechos

fundamentales, de ahí que la eficacia refleja es solo una consecuencia más de dicha garantía y esta debe de ser tan imperativa como la primera, de manera que la admisión de excepciones tanto para la regla como la eficacia refleja no tendría lugar en un sistema procesal como el nuestro máxime que como lo he dicho la regla de exclusión ha sido elevada a rango constitucional.

Ahora bien, la normatividad en México (CPUM y CNPP) contempla dos tipos de exclusiones; 1) las que se fundan en la violación de Derechos Fundamentales y; 2) aquellas reglas de exclusión que se fundan en la violación de reglas probatorias, sin embargo por lo que hace a la eficacia reflejo de la regla de exclusión y a sus excepciones la legislación mexicana no contiene disposición alguna motivo por el cual ha sido el poder judicial de la federación el encargado de emitir criterios en los citados temas.

Por lo que hace a la eficacia refleja la Corte se ha pronunciado en el sentido de reconocerla estableciendo que las pruebas que aun siendo lícitas derivan de otra ilícita también deben de ser excluidas del procedimiento toda vez que para obtener la primera se tuvieron que vulnerar derechos fundamentales.

No obstante, en diversos criterios la SCJN ha establecido que la eficacia refleja de la regla de exclusión puede ser susceptible de exceptuarse bajo la teoría de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado. Sin embargo, la SCJN solo se limitó a extraer los argumentos esgrimidos por la Corte norteamericana en cada una de las excepciones reconocidas en dicho sistema.

De tal manera que en México la regla de exclusión no debe aceptar excepción alguna ya que como se ha explicado su finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales y a su vez la regla misma se convierte en un derecho fundamental. Por lo que hace al efecto reflejo de dicha regla debe de ser reconocido en nuestro sistema pues admitir, desahogar y valorar una prueba que a pesar de ser lícita proviene de una que ha vulnerado derechos fundamentales significaría que el Estado permite dichas violaciones y aunado a ellos vulneraría un derecho fundamental más. Dicha eficacia refleja tampoco puede ser susceptible de excepción alguna, sin embargo la eficacia refleja se

vuelve inexistente cuando entre una prueba y la otra no existe vínculo de causa-efecto.

Fuentes de investigación

Doctrina

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel A., *La prueba en el proceso penal acusatorio*, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 2017.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, *La etapa de juicio en el proceso penal acusatorio*, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 2017.
- ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011
- DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola I., *La prueba ilícita en el sistema acusatorio en México*, Ciudad de México, Porrúa, 2016.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2017, t. I.
- DÖHRING, Erich, *La prueba su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1972.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria”, *Jueces Para La Democracia*, Madrid, núm. 52, 2005, pp. 74-86.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2017.
- HIDALGO MURILLO, José D., *Dato de prueba en el proceso acusatorio y oral*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2013.
- KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 4ª ed., Argentina, Rubinzal-culzoni, 2001.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ciudad de México, Ubijus, 2013.

- NAHUATT JAVIER, Margarita, “Diferencia entre datos de prueba, medios de prueba y prueba: en el nuevo proceso penal acusatorio”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Ciudad de México, núm. 38, 2014, pp. 161-171.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba en el proceso penal, os datos de prueba ilícitos en el control de la detención (Proceso penal acusatorio)*, México, Magister, 2017.
- PAREDES CALDERÓN, Ricardo, *Los datos de prueba ilícitos en el control de la detención (Proceso penal acusatorio)*, 2ª ed., México, Colofón, 2016.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2002.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- TARUFFO, Michele y NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- TWINING, William *et al.*, *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Nacional de Procedimientos Penales
Convención Americana sobre Derechos Humanos
Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos
Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca
Ley Orgánica del Poder Judicial de España
Constituição da República Portuguesa
Código do Processo Penal Português
Constituição da República Federativa do Brasil
Código de Processo Penal Brasileiro
Constitución Política de Colombia
Código de Procedimiento Penal Colombiano

Jurisprudencia

Tesis II.2o.P.61 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, abril de 2018, p. 2272

Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)

United States vs León 104, S. Ct. 3405 (1984)

Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995)

Silverthorne Lumber Co. vs United States, 251 U.S. 385 (1920)

Segura vs United States 468 U.S. 796 (1984)

Nix vs Williams 104 S.Ct. 2502 (1984)

Won Sun vs United States 371 U.S. 471 (1963)

SCT 81/1998

Tesis 1a. CCXXIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 579.

Tesis II.3o.P.41 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 2817.

Tesis 1a. CXCV/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, junio de 2013, p. 603.

Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2057.

Tesis 1a. CLXVII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, mayo de 2013, p. 537.

Tesis VI.1o.P.276 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 3182.

Tesis 1a. CLXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 226.

Tesis 1a. CCCXXVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, noviembre de 2015, p. 993.

Tesis I.9o.P. J/16 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, julio de 2015, p. 1583.

Tesis 1a./J. 52/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 347.

Tesis I.1o.P.50 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, agosto de 2017, p.3031.

Tesis I.9o.P. J/12 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, febrero de 2014, p. 2065.