



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES - ARAGÓN**

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO**

PRESENTA:

LIC. ELIZABETH FRANCO CERVANTES

TUTOR DE TESIS

DR. ELÍAS POLANCO BRAGA

POSGRADO EN DERECHO FES ARAGÓN CIMA

Ciudad de México, octubre 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE GENERAL

Introducción	
Capítulo 1	
Prueba ilícita en los sistemas de justicia	
1.1 Concepto y finalidad de la prueba en el proceso penal.	1
1.2 Sistemas de valoración de la prueba.	9
A) Sistema de la prueba legal.	9
B) Sistema de íntima convicción o libre convicción.	11
C) Sistema de libre valoración o sana crítica.	12
1.3 Prueba ilícita y derechos fundamentales.	13
1.4 La regla de exclusión como derecho fundamental	24
1.5 La regla de exclusión de la prueba indirecta o refleja	34
Capítulo 2	
Desarrollo jurisprudencial de la prueba ilícita	
2.1 La regla de exclusión en la jurisprudencia de los estados unidos	40
2.2 Excepciones a la regla de exclusión en los tribunales constitucionales	46
2.2.1 Fuente independiente	48
2.2.2 Vínculo atenuado.....	56
2.2.3 Descubrimiento inevitable.....	58
2.2.4 La buena fe	60
2.3 La tesis española de la conexión de antijuridicidad.	62
Capítulo 3	
La exclusión de la prueba ilícita como derecho fundamental	
3.1 La prueba ilícita y control de convencionalidad.	70
3.2 Efecto corruptor de la prueba ilícita	77
3.3 Prueba ilícita en el sistema tradicional a la entrada en vigor del Sistema Acusatorio	93
3.3.1 Declaración ministerial sin asistencia del defensor	97
3.3.2 Reconocimiento a través de camara de Gesell sin asistencia del defensor .	103
3.3.3 Intervención de comunicaciones privadas.....	104
3.3.4 Geolocalización en tiempo real.....	109
3.3.5 Inviolabilidad del domicilio	117
Capítulo 4	

Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal acusatorio	
4.1 Tratamiento procesal de la prueba ilícita.	119
4.2 Prueba ilícita y presunción de inocencia.	122
4.3 Efecto expansivo de la prueba ilícita y el derecho de defensa adecuada.....	123
4.4 Prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales.	128
4.4.1 La prueba ilícita y el control de la detención	132
4.4.2 La prueba ilícita en la etapa intermedia	151
4.5 Tratamiento de la prueba ilícita en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos..	157
Conclusiones	175
Bibliografía.....	182

Introducción

Las reformas constitucionales en los últimos años (a partir del 2008) han impactado el sistema jurídico mexicano. El sistema acusatorio oral en la materia penal, derechos humanos y juicio de amparo, implican un nuevo derrotero en el proceso penal, ahora sustentado en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En el cual el imputado se presume y sea tratado como inocente bajo el bloque constitucional y de los Tratados Internacionales, mediante la interpretación normativa conforme y pro persona en tutela efectiva del Estado, a través del juicio de amparo que se erige en el escudo de salvaguarda y protección.

Implica una nueva forma de advertir la justicia penal, en perspectiva de los derechos humanos de las personas, en donde prevalezca el respeto irrestricto a sus dignidades. En este contexto, el artículo 20 constitucional, entre otros principios, de manera expresa regula el derecho humano a la presunción de inocencia en donde el Estado (Ministerio Público) tiene la carga de demostrar la culpabilidad del imputado, a través de pruebas lícitas, esto es, en observancia a ese bloque constitucional y al Código Nacional de Procedimientos Penales que constituye la norma adjetiva secundaria.

El paradigma es lograr la tutela efectiva de los derechos humanos del justiciable, con la consecuente protección al inocente y lograr una justa reparación a la víctima al evitar que el culpable quede impune. Por ello, en el tema de la prueba, el interés de la investigación y el enjuiciamiento es encontrar el equilibrio de ese derrotero, y así advertir los supuestos en los que la prueba ilícita no tenga valor alguno, con excepciones de los supuestos normativos, nacionales e internacionales, la jurisprudencia nacional y de los tribunales constitucionales y derechos humanos, actuales, respecto de pruebas independientes a las ilícitas o desvinculadas o autónomas, realizar la ponderación en un debido proceso con respeto a la defensa adecuada y presunción de

inocencia, todo en favor del imputado, cumplir con el *ius puniendi* del Estado y el respeto a los derechos humanos.

No constituye ninguna novedad que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente de reglas, es decir, de normas jurídicas entendidas en el tipo tradicional, sino de principios; así como que, la argumentación no se reduce al esquema deductivo-formal como el de la subsunción, puesto que la ponderación es utilizada por los tribunales constitucionales para la solución de los conflictos sometidos a su potestad cuando en ella se contraponen dos intereses protegidos igualmente por el bloque constitucional, hipótesis donde las reglas aplicables no dan una solución determinada y concreta, pues los principios tienen una dimensión que las reglas no contienen, de peso o importancia.

Esta ha sido la temática desde la entrada en vigor de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, por virtud de la cual el *principio pro persona* y el control de convencionalidad se encuentran tutelados por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al instituir la obligación de los juzgadores de interpretar las normas relativas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, al favorecer la protección más amplia a las personas, con lo cual, se constituye en pieza clave de los sistemas democráticos, al jugar rol fundamental en favor del respeto y de la promoción de los derechos fundamentales; por ende, como nuevo protagonista el poder judicial, encargado de defender la supremacía de aquellos en el orden interno bajo estándares internacionales, permea el creciente activismo de la justicia constitucional en relación a los problemas sociales y que centra su atención en el sistema de justicia penal y en el equilibrio de los distintos intervinientes del proceso penal.

La pregunta se concentra en el rol que deben jugar las cortes constitucionales en la protección de los derechos fundamentales de cara a una sociedad; de ahí que uno de los cuestionamientos que más ha preocupado en los

últimos años es el peligro que conlleva a que el control constitucional degenera hacia un gobierno de jueces y la emergencia de un nuevo legislador, bajo las corrientes del “neo constitucionalismo” que plantea una cuestión central que atañe a la transformación de los modos tradicionales de regulación de las sociedades democráticas contemporáneas y, específicamente, al cometido del derecho penal y la función de los jueces en su aplicación; la perspectiva es que el juez abandonó su papel pasivo de mero aplicador de la ley para asumir una labor más activa en el proceso de racionalización del ejercicio del poder político, al someter a juicio de constitucionalidad la disposición legal con la que resolverá un caso concreto puesto a su consideración para determinar que la misma cumpla con las condiciones de validez no sólo formal, por ser expedida por el órgano legislativo, sino también material porque su contenido sea compatible con los derechos humanos, donde la potestad de ponderación de los bienes jurídicos entrará en análisis directo respecto de violaciones producidas durante el desarrollo del proceso a fin de establecer la existencia o no de un juicio justo.

Es así, que en mi consideración la prueba ilícita, patentiza para los tribunales constitucionales, la tensión entre dos respuestas en apariencia incompatibles entre sí, la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal, esto es el interés público en la obtención de justicia en el caso concreto a través de un sistema de enjuiciamiento eficaz, y por otra, el respeto a la libertad y dignidad de aquellos ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes jurídicos, donde se protege el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos fundamentales del imputado sujeto a un proceso penal; pero en éste, existe otra parte que había sido invisibilizada del contexto de justicia, la víctima u ofendido del delito, cuya reciente reforma constitucional le ha dado el carácter de parte y que demanda el derecho a la verdad y a la reparación; conjunto de intereses que el sistema acusatorio prevé armonizar a través del actuar de los jueces, quienes desde sus intervenciones preliminares atenderán a estándares probatorios para calificar las etapas procesales.

De ahí que estimo que la exclusión de la prueba ilícita constituya uno de los temas más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal y que el Código Nacional de Procedimientos Penales a través de la implementación de jueces especializados en sistema acusatorio, van a confrontar una lucha histórica entre los sistemas inquisitoriales propios de Estados dictatoriales y el sistema que permea un Estado democrático de Derecho que tiene como centro de protección a los derechos fundamentales; pero los derechos no sólo de los imputados sino de las víctimas del delito, mediante el establecimiento de criterios que se establecerán caso por caso, en la toma de decisión y que a la postre van a crear verdaderas reglas para la solución del conflicto, al establecer los alcances de su nulidad en cada caso concreto.

Dado que, precisamente la tendencia de los actuales sistemas de enjuiciamiento, es establecer procesos de tipo acusatorios-adversariales donde el canon del debido proceso conceptualizado como el conjunto de principios jurídico-penales que permitan el respeto a los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos a una acusación de carácter penal¹, operan como límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, lo que permite establecer en *prima facie* la exclusión de toda prueba que infrinja esos derechos público-subjetivos de cualquiera de las partes.

El objetivo del presente trabajo es en principio expresar el desarrollo de la regla de exclusión como creación jurisprudencial hasta consolidarse como derecho fundamental de rango constitucional y analizar los criterios empleados para valorar o excluir una prueba que en su obtención haya violado derechos humanos, en contraste con irregularidades que constituyen temas de legalidad bajo criterios de ponderación; analizar el efecto y el alcance de la nulidad de la prueba en la defensa adecuada del justiciable; porque comparto que la licitud de los medios de prueba en un debido proceso debe inexorablemente implicar la exclusión de aquellos cuya obtención no se haya producido conforme a las reglas

¹ Exacta aplicación de la ley, debido proceso, mínima intervención, presunción de inocencia, *indubio pro reo*, *non reformatio in peius*, litis cerrada, no autoincriminación, tutela judicial efectiva, *non bis in idem* e irretroactividad de la ley.

de la legislación constitucional, procesal y de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, al tener como sustento que exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado en todo proceso, bajo los cánones del debido proceso íntimamente ligado con el respeto irrestricto a la presunción de inocencia, a ser juzgado por un juez imparcial, como complemento de una tutela judicial efectiva y por virtud del cual se protege la defensa adecuada del inculpado; empero, también estimó que no en todos los casos, las violaciones al debido proceso implican dejar en libertad al inculpado, pues esa determinación no puede introducirse como una regla sino que requiere un análisis del supuesto fáctico a juzgar y de las implicaciones o efectos que la prueba ilícita tenga en la valoración del material de cargo que sustente la acusación.

En el presente trabajo trataré de desarrollar la conformación, aplicación y efectos de la prueba ilícita al interior de los órganos jurisdiccionales, en confrontación directa con los criterios emitidos por el máximo tribunal constitucional en solución de casos concretos, a fin de converger la afirmación que sustento de que no obstante la exclusión de prueba ilícita, el tribunal puede hacer pronunciamiento sobre la existencia o no de suficiencia probatoria, a fin de apreciar la legitimación de los procesos penales en el análisis de los tribunales constitucionales y la conceptualización de un juicio justo para todas las partes que concurren a él. De ahí, la importancia de advertir si es factible en nuestro sistema de justicia aplicar figuras que permitan sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que no es necesario un efecto disuasorio adicional y, que la prueba indirecta por su independencia o desconexión causal, puede admitirse y valorarse bajo las reglas del debido proceso, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se pueda llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas, bajo cualquiera de las teorías utilizadas en los tribunales constitucionales (vínculo atenuado, prueba independiente, descubrimiento inevitable, buena fe, conexión de antijuridicidad y teoría de la ponderación).

Capítulo 1

Prueba Ilícita en los Sistemas de Justicia

1.1 Concepto y finalidad de la prueba en el proceso penal.

La prueba como sistema de verificación, es uno de los aspectos más esenciales del derecho procesal, y en general en el terreno de la investigación científica, tan es así que la labor del juez es asimilada a la labor de un historiador, pero en el proceso penal el juez debe decidir sobre un tema que le viene impuesto por las partes, pues las hipótesis de la acusación y la defensa no son afirmadas por él bajo un interés personal sino por la labor que despliega como tercero imparcial en una contienda que deberá resolver.

De ahí que, se puede advertir que el término prueba hace alusión a la demostración de la verdad de una proposición afirmada (Ferrer, 2016, pág. 76); o bien la actividad desplegada por las partes, pero también se refiere a los distintos medios o instrumentos regulados en los códigos adjetivos para tratar de acreditar determinados hechos alegados por las partes, para dar constatación de las afirmaciones realizadas en juicio-prueba testimonial, pericial, inspección ministerial o judicial, reconstrucción de hechos, careos y la propia confesión; a su vez, para los operados del sistema de enjuiciamiento refiere el resultado que se extrae del contenido de éstos elementos incorporados al proceso para la solución del caso concreto, esto es, como los instrumentos que racionalmente sirven para alcanzar el convencimiento sobre la realización de un hecho, su certeza jurídica; por ello los tratadistas coinciden en asignarle un papel protagónico en el proceso y que le da su conformación acorde con el contexto histórico y cultural en el que se instrumenta, con el modelo procesal que se acepte.

La noción de prueba según Cafferata puede conceptualizarse como aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación o un hecho (Cafferata, 2011: 3-4), trasladada al proceso penal, permite conceptualizarla como todo aquello que permite descubrir la verdad acerca de los hechos que son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. Es todo dato objetivo que se

incorpora al proceso con la capacidad de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva (Vélez, 1981: 201).

Lo que advierte que la prueba en el derecho tiene tantas particularidades que han hecho necesaria una noción específicamente jurídica de ello, incluso propia del procedimiento penal, acorde a las tendencias que implican a éste que solo pueden obtenerse verdades con carácter aproximativo.

Así señala Gascón que en el lenguaje jurídico el término prueba es polisémico, al destacar los siguientes significados: 1) las informaciones que sirven para acreditar los hechos controvertidos relevantes para la causa; 2) para aludir a los medios de prueba estrictamente, es decir, la testimonial, la prueba pericial, la portación de un documento, esto es, las informaciones que se incorporan al proceso; 3) el procedimiento intelectual mediante el cual a partir de esas informaciones aportadas al proceso se averiguan o acreditan los hechos; y 4) al resultado probatorio o conocimiento ya obtenido del hecho controvertido (Gascón,2012: 33).

Lo que hace evidente que el **objeto de la prueba** se constituye no por los hechos como tradicionalmente se ha planteado, sino sobre los enunciados de esos hechos, que pueden ser falsos o verdaderos, ya que la realidad es un fenómeno que se da o no, pero ahí no vale hablar de certeza sino de existencia; el hecho como tal no se puede probar sino las proposiciones que se hagan de él; mediante el **órgano de prueba**, la persona física que aporta una prueba (testigo, perito) que transmiten de modo directo el dato objetivo o el documento (público o privado) que se incorpore al juicio por escrito.

Mientras que por **fuentes de prueba** se relaciona con todo aquello que da origen a un medio de prueba, esto es, un indicio que va a servir para que de manera razonable y acorde a un estándar de prueba determinado, permita arribar determinadas inferencias, que como se establecerá, se asemeja a lo que el legislador entiende como dato de prueba.

En el sistema acusatorio, por regla general el Juez no es órgano de prueba, a fin de preservar su imparcialidad; sin dejar de observar que en algunos sistemas se permite que el Tribunal de Enjuiciamiento puede mandar practicar prueba de oficio; tal como se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que ha llevado a su Tribunal Constitucional a establecer que la iniciativa de *ex officio iudicis* puede emplearse al estimar que su ejercicio no implica menoscabo a la garantía constitucional de imparcialidad judicial, sino por el contrario que ello aporta consecuencias benéficas para la formación de la convicción judicial, siempre que las pruebas de oficio partan de hechos deducidos por las partes, sin el que tribunal pueda ampliar el hecho factico materia del debate que no fueron alegados por las partes y éstas pueden ofrecer a su vez pruebas para desvirtuar las practicadas oficiosamente por el tribunal (Aliste, 2011: 356-362).

No obstante ello, estimo que el tema central lo constituye la finalidad de la prueba, respecto al cual se han enfatizado diversas teorías, porque el juzgador, para arribar a la verificación y reconstrucción de un hecho histórico, de un hecho fáctico acaecido y sometido a su potestad, no sólo enfrenta límites materiales propios de su reproducción mediante la investigación que se haga de ese suceso y la limitación de lo ofrecido por las partes, sino de un conjunto de principios que se erigen en obstáculos insalvables de la actividad judicial dirigidas a que la verdad verificable sea compatible con los derechos fundamentales del imputado, concretamente con su dignidad personal.

La decisión que debe en su caso emitir un juzgador no es libérrima ni omnímoda, sino que está sometida a una serie de reglas (máximas de la experiencia, reglas de la lógica, principios científicos) como derecho a una valoración racional de la prueba.

Lo que a su vez encuentra limitación en la libertad probatoria que tienen las partes, ya que como destaca Nieva, el derecho a la prueba como un derivado del derecho de defensa, que a su vez implica utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, tiene como excepción que la averiguación de la verdad, como fin prioritario del proceso penal, no es absoluto ni único; sino que los ordenamientos

procesales establecen reglas jurídicas procesales para la protección de derechos fundamentales, aunque ello implique la exclusión de pruebas que puedan ser relevantes (Nieva, 2010: 77,78).

Ello permite la conformación de un modelo teórico y normativo del proceso penal donde la certeza de la culpabilidad del sujeto, ha de estar basado en pruebas lícitas y suficientes aportadas por la acusación, donde la prueba constituye la vinculación que el juzgador tiene respecto del conocimiento de los hechos y esa forma de valorar es lo que permite actuar al sistema probatorio como un termómetro del proceso penal.

Así, una de las funciones capitales de la prueba es evitar toda arbitrariedad en la resolución del caso concreto, pues la imposición de una pena debe ir precedida de una acusación sometida a verificación y refutación, no así en la subjetividad del juez, para enfatizar que en el derecho penal la única justificación aceptable de las decisiones, es la representada por la verdad, entendida como correspondencia a lo más aproximado posible de la motivación con las normas aplicables y los hechos juzgados (Ferrajoli, 2011: 68), ello porque la prueba es una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso.

La fijación de los hechos, el convencimiento judicial y la búsqueda de la verdad centran la finalidad de la prueba; no obstante las dos primeras sólo advierten el ideal de llegar a conocer la verdad, puesto que el resultado de una prueba puede ser una realidad totalmente desconectada de lo que se puede entender por la idea de verdad; no obstante el convencimiento judicial juega un papel crucial pero lejano a basarse en opiniones subjetivas o juicios de valor, sino en dos ideas: la de su racionalidad, como destaca Mercedes Fernández, esto es, su capacidad de ser compartida por personas distintas al juez y su correspondencia, en un nivel aproximativo con la realidad de los hechos, como sucede con toda verdad empírica (Fernández, 2005: 333).

Este es el principal distingo de los modelos de enjuiciamiento penal y el consecuente tratamiento y eficacia de pruebas obtenidas con violación de

derechos fundamentales, la distinción entre verdad formal y la histórica o material, pues la tendencia garantista permea que no puede haber otra verdad que aquella alcanzada con los medios de prueba existentes y con observancia al debido proceso.

De modo que se puede enmarcar que la finalidad de la prueba en el proceso penal es la máxima aproximación posible, dentro de los límites del proceso impuestos por el respeto a los derechos humanos, al conocimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones de los hechos, labor que le corresponde al juzgador mediante el empleo de su convencimiento racional; de ahí la importancia de que los juzgadores motiven sus determinaciones acorde con el objeto de la prueba que está constituido por los sucesos vinculados con el proceso, la decisión a partir de los elementos jurídicos aportados en el juicio.

La concepción de la prueba propia del garantismo penal o como le denomina Ferrajoli “modelo procesal de estricta jurisdiccionalidad que puede llamarse cognoscitivo” advierte la búsqueda de la verdad procesal que sea empíricamente comprobable y controlable aunque éstas resulte necesariamente reducida y relativa (Ferrajoli, 2011: 540), porque en el fondo la motivación judicial como garantía de tutela judicial efectiva, debe servir como criterio stricto de control judicial sobre las inferencias judiciales a fin de evitar la arbitrariedad.

Por ende, la reforma al artículo 20 de la Constitución Federal, estableció un sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio, que sustenta entre otros principios, que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento del hecho, aunado a la protección del inocente, la finalidad de que el culpable no quede impune y que se repare el daño a la víctima u ofendido del delito, a fin de contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, todo ello bajo un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014:art.2).

Bajo ese contexto, se destaca que la prueba, entendida como **medio de prueba**, es el vehículo imprescindible e instrumento de conocimiento apto a través del cual los hechos se introducen en el proceso; precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas, ya que la finalidad de la prueba es precisamente constatar la veracidad de la alegación; por ello señala Ferrajoli es preciso que las hipótesis de la acusación “sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por otras pruebas y contra pruebas...”(Ferrajoli,2005: 22).

Lo que reafirma que la finalidad de la actividad probatoria en el proceso penal con sus matices es la averiguación de la verdad, pero desde un enfoque racional y bajo reglas jurídicas distintas, donde como se analizará, la regla de exclusión, es un parámetro que puede conducir a un resultado justo aun cuando un elemento de juicio relevante para encontrar esa verdad es expulsado del ejercicio de la valoración racional por lesionar derechos humanos.

Ello refleja que el proceso penal acusatorio descansa sobre el principio de la dicotomía de la prueba, según el cual ésta incorporada en la instrucción o fase preparatoria sólo tiene como función establecer la verosimilitud de la acusación y la solución de problemas vinculados con ello (individualización y aseguramiento del imputado, bienes, registros, excepciones, sobreseimiento y apertura al juicio oral), pero no tienen ningún valor a los efectos del juicio oral, a menos que sea oportunamente ofrecida y admitida para su desahogo; así hay que diferenciar entre los actos de la investigación y los actos de prueba *stricto sensu*.

Estos últimos, en la etapa de investigación se orientan, más bien, a esclarecer los hechos denunciados. Así el Código Nacional de Procedimientos Penales establece en el diverso 261 que se considera **dato de prueba**, la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. **Medio de prueba** se

constituye en la fuente de información que permite reconstruir los hechos, esto es, para referir todo aquello que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho, lo que sirve para probar bajo los cánones del debido proceso. En tanto que para efectos de la sentencia dictada en el juicio oral, sólo se considerarán como **prueba** todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia bajo los principios de inmediación y contradicción, sea útil al tribunal como elemento de juicio.

Este es uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio y es principio básico en materia probatoria, a diferencia del sistema inquisitivo en el que las evidencias recogidas en el sumario o investigación inicial surten efectos de manera plena en la sentencia definitiva.

Dice Cabezudo, al citar al Tribunal Constitucional español que:

Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. (Cabezudo, 2010: 90-91).

Pero, si bien en el sistema de libre valoración, que maximiza la función jurisdiccional del juez, existe una libertad racional respecto de la justipreciación que haga del conjunto de medios de prueba, al partir de la lógica y las reglas de la experiencia, ello no constituye una apreciación arbitraria, estableciéndose como requisito que el juez al realizarla motive el procedimiento intelectual que realizó, exteriorizando las razones que condujeron a la formación de su convencimiento.

La libertad de la prueba en el proceso penal acusatorio es amplia, pero no ilimitada, pues todo medio de prueba debe cumplir ciertos requisitos de legalidad

en la obtención de la fuente de prueba y sobre todo respecto de la licitud en su incorporación al proceso, donde la exclusión de las pruebas ilícitas ya por su obtención ilegal, tanto por su incorporación ilegal es una exigencia fundada en la concepción del hombre que subyace a un proceso penal democrático.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como cualquier corte que tutela derechos humanos, utiliza el mismo procedimiento racional de valoración al apreciar pruebas, al destacar que en cuanto a su recepción y valoración de la prueba, los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones de los órganos jurisdiccionales internos de los países parte, pero la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada atento a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

Más aún, ha destacado que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las mismas según las reglas de la sana crítica y eliminar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo, dado que los tribunales de derechos humanos tienen una amplia flexibilidad para valorar pruebas acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Ello, hace evidente, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, si bien flexibiliza las formalidades en la obtención y valoración de pruebas, en atención a que pondera violaciones graves de derechos humanos, dicha particularidad no impide que aplique un sistema de libre valoración de pruebas sustentado en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, a fin de establecer la acreditación o no de las violaciones alegadas ante su potestad, como actualmente se establece a nivel constitucional y procedimental en el sistema mexicano, acorde con el artículo 20 de la Constitución Federal y precepto 259 del Código Nacional de Procedimientos penales, al destacar que cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio,

siempre y cuando sea lícito y las pruebas serán valoradas por el órgano jurisdiccional de manera libre y lógica.

De modo que, a fin de abordar el tema central de la presente investigación que lo es, la prueba ilícita, se estimó necesario establecer el concepto y función de la prueba en general y su distinción en el nuevo sistema acusatorio; ello, porque precisamente la exclusión de material probatorio que viole derechos fundamentales, como se abordará a lo largo del presente trabajo, no implica la exclusión del -proceso, sino la valoración del resto del material probatorio que se estime lícito, a fin de establecer si éste es suficiente para fincar el juicio de reproche a una persona e imponerle una pena de prisión por su plena responsabilidad penal; de ahí, que sea estrictamente necesario abordar la prueba en materia penal a fin de adentrarse en el tema toral de la investigación, que lo constituyen los efectos que tienen en el debido proceso penal, la aparición de una prueba ilícita y su exclusión.

1.2 Sistemas de valoración de la prueba

La valoración de la prueba es una actividad intelectual que le corresponde realizar exclusivamente al juzgador, consistente en concatenar cada hecho o prueba suministrada o bien ya sea al apreciarlas globalmente, para exponer los puntos de coincidencia o contradicción, cuya finalidad específica es formarse una convicción respecto de la eficacia de las pruebas aportadas en el juicio, con base en sus conocimientos jurídicos, su experiencia y lo establecido en el ordenamiento legal; para lo cual es pertinente analizar los principales sistemas de valoración de la prueba.

A) Sistema de la prueba legal

Conocido como el sistema tasado de la prueba, tiene como característica preponderante que el juzgador asigna a la prueba el valor que previamente ha establecido para ella el legislador, tratando de evitar la ignorancia y los errores en que pueden incurrir los jueces. Según la doctrina, dicho sistema deviene del derecho germano, informado por el dogma supersticioso de la religión, intolerante y ciego; que se remonta a la época de los conjugadores (*Eideshekfer*), los juicios de

Dios (*Gottesurteile*) u ordalías (*Ordalien*), como las del fuego, duelo, agua fría, agua caliente, desprendimiento de sangre del difunto en presencia de su matador y otras manifestaciones primitivas y bárbaras que habrían de evolucionar a formas más jurídicas y convertirse en reglas de valoración legal (Sabaté, 1997, pág. 86).

Sin embargo, gracias a la época de terror que se logró con la aplicación severa de las condenas por medio de dicho sistema y de que los jueces no resolvían de acuerdo a su conciencia tiene muchos detractores; así se expresa que

El sistema en estudio convierte al juzgador en un mero autómatas, y en el sacrifica la justicia a la certeza. Afortunadamente ha ido perdiendo terreno, y digo afortunadamente, porque impide la correcta y precisa determinación del caso concreto y, por ende, su adecuada subsunción en la hipótesis normativa que le corresponde; lo cual, a su vez, se traduce en un insalvable obstáculo para la justa composición del litigio. (Díaz de León, 2000, pág. 431)

En dicho sistema de prueba legal o tasada, es el propio legislador quien de antemano establece la eficacia y el valor probatorio que debe atribuirse a las pruebas, así como las condiciones y los requisitos que deben observarse, como señala Ferrajoli hay una tarifa de pruebas que asignan presuntivamente ciertos valores a los distintos tipos de prueba, conforme cálculos de valor previamente establecidos por la ley (Ferrajoli, 2011: 134)

En efecto, dicho sistema conlleva a la existencia de una actividad legislativa que obliga al juzgador a resolver bajo ciertas reglas preestablecidas para apreciar la prueba; es la ley la que indica el valor que debe darse a cada prueba; sin embargo, este sistema trataba de evitar el exceso o la arbitrariedad del órgano jurisdiccional, al permitir uniformidad en la valoración de las pruebas, dado que aplicaban principios de la experiencia.

No obstante, dicho sistema desbordó en formulismos severos que impidieron que el juez efectuara un ejercicio racional del material probatorio y la confesión fue dotada de pleno valor probatorio para condenar a muchas personas

inocentes; el cual surgió por una completa desconfianza del legislador hacia los jueces y trató de establecer un contrapeso a la figura del juez inquisitivo para iniciar una investigación de oficio (Cerdea, 2008, pág. 26).

B) Sistema de íntima convicción o libre convicción

En este sistema por el contrario, la ley no advierte regla alguna para la apreciación probatoria, por lo que se constituye en una libertad absoluta.

Así el tratadista español Jaime Vega Torres refiere que el sistema de <<convicción íntima o en conciencia>> es el principio vigente en materia de apreciación de la prueba en los ordenamientos adjetivos penales europeos, los cuales se encuentran inspirados en el modelo napoleónico del *Códe d'instruction criminelle* de 1808, y asevera que dicho principio nació como consecuencia de la sustitución del sistema de valoración legal de la prueba propio de los procesos inquisitivos del Antiguo Régimen y, en este contexto, la <<convicción íntima o en conciencia>> significa la valoración de la prueba realizada libremente por el juzgador (Vega, 1993: 56).

No obstante, aunque dicho sistema significó el abandono de pruebas legales, como destaca Ferrajoli, por el modo en que se practicó por la cultura jurídica posterior a la ilustración, significó “una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de la instituciones penales”, ello porque como explica el autor, al ser entendida como un criterio discrecional que desembocó en arbitrario.

La libre convicción se convirtió como destaca Gascón, en una especie de momento místico, con la capacidad de suplantar a las pruebas, o cuando menos, de permitir su apreciación discrecional y no discutible ante un rechazo a las pruebas legales; la libre convicción del juez no es una persuasión libre sin sujeción a pruebas, pues ello sería tan irracional como el sistema tazado, sino que significa al juzgador la decisión de dar por probado un hecho a la luz del material probatorio. (Gascón, 2010, pág. 32 y 34)

C) Sistema de libre valoración o sana crítica

Existe libertad respecto de la valoración que hace el juzgador, pero parte de la lógica y aprecia la prueba en atención a las reglas de la experiencia. El sistema de la libre valoración, así pondera el órgano jurisdiccional los distintos elementos de prueba válidamente aportados, no siendo una apreciación arbitraria; estableciéndose como requisito el que el juez al realizar la valoración de la prueba motive el procedimiento intelectual que realizó, exteriorizando las razones que condujeron a la formación de su convencimiento.

Ello, como resultado de asumir el carácter probabilístico de los resultados probatorios y no basado en certeza absoluta, sino sobre una concepción demostrativa de la prueba, pues la prueba del hecho sólo se entenderá alcanzada cuando el juez, a la vista del material probatorio.

Como destaca Taruffo, la diferencia entre un ejercicio tendencialmente arbitrario y un ejercicio razonable y controlado se sitúa en la posibilidad que tienen las partes de conocer y discutir antes de la decisión, como efecto de la garantía de defensa, sino porque el principio de contradicción supone racionalización en los poderes del juez, al fundar su decisión (Taruffo, 2011: 432 y 433).

Lo que advierte un sistema judicial en el que la libertad probatoria se enlaza con la libertad de valoración bajo estándares de razonabilidad, lo que implica una completa motivación como garantía del derecho a la racionalidad de la prueba que plasma el legislador nacional en su artículo 265, al señalar que el juzgador 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.

Lo que implica que no sólo se elija una hipótesis fáctica plausible, sino que se refleje adecuadamente la justificación de la elección y se señalen las razones por las cuales fueron desechadas las otras hipótesis, al valorar todos los elementos de prueba que hubieren sido desahogados en juicio; tal como lo

expresa el numeral 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al sujetar al Tribunal de enjuiciamiento, que 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, pues en su caso, la motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la sentencia.

1.3 Prueba ilícita y derechos fundamentales.

Como se ha hecho notar, la doctrina ya no acepta que la búsqueda de la verdad real sea un fin en sí mismo que pretenda alcanzarse a cualquier precio, sobretodo, pues los derechos fundamentales imponen un límite en la obtención de la prueba, esto es, la verdad ya no merece ser alcanzada bajo cualquier precio; de ahí que la exigencia de la exclusión de la prueba ilícita se advierta como derecho fundamental en el proceso penal; ello porque el sistema tradicional o de tipo inquisitorio mixto, apostó a buscar la verdad histórica o material, lo que implicó volver al juez en un fiscal y a la confesión traducida en tortura, como la reina de las pruebas; por eso el nuevo paradigma del sistema acusatorio es esclarecer los hechos, como lo destaca el artículo 20 constitucional y el numeral 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero bajo una verdad formal o aproximativa, donde el respeto a la dignidad humana y el derecho de la víctima a la justicia, a la verdad y a la reparación encuentren una armonización.

En primer lugar, como señala el tratadista Miranda, existe una pluralidad de conceptos acorde con las distintas concepciones ideológicas que se tengan respecto del tema, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tales como prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina y señala que alguna de ellas constituyen, según su consideración “verdaderas divergencias conceptuales” (Miranda, 2004:17 y 18).

Autores como Colomer destacan que el tema en la República Federal de Alemania se denomina de las prohibiciones de prueba, donde se agrupan todas aquellas normas jurídicas que contienen limitaciones relativas a la práctica de las pruebas, esto es, aquellos supuestos en los que la prueba es inadmisibile (ilícita, en terminología italiana), es decir, no se puede practicar, o en los que sus resultados no pueden tener aplicación, ser aprovechados en el proceso. En cualquier caso, el término “prueba prohibida” es una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea dichos términos siempre en plural, se refiere siempre a “prohibiciones” de pruebas, dado que existen varios supuestos y no uno sólo; no obstante la terminología destaca que el esclarecimiento de hechos punibles penales sin sujeción a límite alguno, puede poner en peligro, incluso destruir, muchos valores sociales y personales y por ello no es admisible, tal como lo señaló el Tribunal Supremo Federal alemán, la investigación de la verdad no es un valor absoluto del proceso penal (Gómez, 1985:133 y 134).

Gimeno distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida, la primera estima es aquella que infringe cualquier Ley (no sólo la Fundamental, sino también la legislación ordinaria) (Gimeno,2001:53), en tanto que la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales; en tanto que para Picó prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración (Picó I, 1996: 80).

Para Guariglia el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, por lo que se establece que el primer problema se presenta al abordar el estudio y análisis de su concepto, por cuanto que no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita (Guariglia,2005:140); para un primer sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana; para otro grupos de autores, que parten de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general que identifican con la idea de

violación de la norma o Derecho, será aquella obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico.

Otros autores como Rodríguez, destacan que prueba ilegal es aquella inconducente, impertinente o ineficaz, que atenta contra el principio de economía procesal por no saber si al admitirla tendrá capacidad de conocimiento; probanza que en principio no debe ser valorada, pero si es admitida en el proceso es susceptible de ser impugnada por violación indirecta de las leyes sustanciales; en tanto que la prueba ilícita es aquella practicada con vulneración a un derecho o libertad fundamental; sin que la denominación prueba inconstitucional sea útil, al quedar fuera de protección derechos fundamentales establecidos en instrumentos internacionales (Rodríguez,2004:20-22).

En tanto que Huertas estima que dentro del concepto de prueba ilegal se incluyen los siguientes grupos: 1) la prueba prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos medios para la consecución de resultados probatorios; 2) la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales, y 3) la prueba irregular, esto es, aquella practicada o asumida con violación o ausencia de los requisitos que rigen la actividad procesal (Huertas, 1999:132 y 133).

No obstante, los conceptos tan amplios que conceptualizan la prueba ilícita, comparto una definición más restrictiva pero que constituye la pieza clave de su connotación, esto es, estimo que se puede definir como todo medio de prueba que atente contra la dignidad de la persona, entendida como el núcleo básico que sustenta la protección de los derechos humanos, pues aunque no se ha llegado a un concepto preciso sobre la dignidad, dada su relevancia, se le ha incorporado a los ordenamientos constitucionales y documentos convencionales, como esencia de la existencia humana que hace posible la realización de la persona en todos sus aspectos.

Así, Melero, señala que es aquella que atenta contra la dignidad humana, de modo que todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y por ende, inadmisibile; ello, se comparte si se entiende que el fundamento que lleva a su exclusión, radica en que un Estado que consagre seguridad jurídica y

debido proceso en su Constitución no puede valerse de medios ilegales o ilegítimos para condenar, como puede ser la integridad física del detenido (Melero, 1963: 17).

De modo que, no obstante la diversidad de conceptos atento al sistema judicial en que se opera, lo cierto es comparto la posición de aquellos que estiman que no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas pueden afirmar la existencia de una prueba ilícita, sino sólo aquellas que lesionan derechos fundamentales, porque para calificarse de prueba ilícita la principal característica es que se atente contra la dignidad personal y que dicha violación trascienda al resultado del fallo de modo que coloque en un estado de vulnerabilidad al acusado; en cuyo caso procederá analizar si a pesar de la existencia de una prueba ilícita, se puede sostener un juicio justo; por ende, dichos derechos humanos no son otros que los proclamados en la Constitución Federal y los tratados internacionales, como señala Ferrajoli:

Son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por un norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2005:19).

Lo que hace evidente que, al legislarse su respeto y promoción en los Estados, esos derechos fundamentales son los mismos en cualquier ordenamiento positivo y se convierten en derechos universales e indisponibles, como los establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en cualquier convención internacional sobre derechos humanos, específicamente en el caso de un imputado, el derecho a la vida, los derechos de libertad, integridad personal, derechos civiles y políticos,

vistos desde el punto de vista del maestro italiano, como derechos de los más débiles, actualmente previstos en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos como son los derechos de toda persona a una detención legal, esto es, no ser privado de la libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas por la Constitución Federal, orden de detención, flagrancia o caso urgente.

Así, como los que garantizan una defensa adecuada, como conocer la imputación, ser presentado inmediatamente ante autoridad competente, juzgado dentro de un plazo razonable, observancia de la garantía de audiencia, presunción de inocencia, asistencia técnica por un licenciado en derecho, ofrecer pruebas de descargo y recurrir el fallo ante un tribunal superior, como garantía del recurso efectivo y de la figura de juez imparcial (Cafferata, 2005:30).

La afirmación de culpabilidad a través de una sentencia condenatoria, no vulnera derechos humanos, en el supuesto de aparecer o surgir pruebas ilícitas, si éstas han sido eliminadas del caudal probatorio, y no obstante su exclusión, se adviertan diversos elementos probatorios que fueron obtenidos bajo las reglas del debido proceso; esto es, no puede decirse que éstos últimos, han sido tocados por el efecto corruptor de aquellas, esto es, éstas pueden ser justipreciadas por el juzgador; con la finalidad de establecer si es dable afirmar conforme a la razonable convicción judicial, es posible arribar a la plena culpabilidad de una persona, más allá de toda duda razonable, bajo un proceso contradictorio, público y oral.

Ello, porque la “duda razonable”, no es cualquier dubitación, sino sólo aquella que va más allá de una mera consideración probabilística de que los hechos pudieran ser de otro modo, duda que no puede reposar en una mera subjetividad, sino que deriva del examen racional y objetivo de los elementos de convicción que aporten los intervinientes en el juicio y que permitan restar fuerza convictiva al material de cargo de la fiscalía (Duce, 2009:499), como sustenta la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis aislada 1a. CCXIX/2015 (10a.), de rubro “*IN DUBIO PRO REO. INTERPRETACIÓN DEL*

CONCEPTO DE "DUDA" ASOCIADO A ESTE PRINCIPIO (Tesis 1ª CCXIX, 2015, p.589), el concepto de "duda" implícito en el principio *in dubio pro reo* debe entenderse como la existencia de incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación.

Incertidumbre que no sólo está determinada por el grado de confirmación de esa hipótesis, sino también eventualmente por el grado de confirmación de la hipótesis de la defensa, en el supuesto de que existan pruebas de descargo que la apoyen. De esta forma, cuando la hipótesis de la defensa es total o tendencialmente incompatible con la hipótesis de la acusación, el hecho de que aquélla se encuentre confirmada por las pruebas disponibles genera una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis que sustenta el Ministerio Público, lo que se traduce en la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del imputado.

En este orden de ideas, entender la "duda" a la que alude el principio *in dubio pro reo* como incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, no sólo exige abandonar la idea de que para determinar si se actualiza una duda absoluta el juez requiere hacer una introspección para sondear la intensidad de su convicción, sino también asumir que la duda sólo puede surgir del análisis de las pruebas disponibles. En consecuencia, la satisfacción del estándar de prueba no depende de la existencia de una creencia subjetiva del juez que esté libre de dudas, sino de la ausencia dentro del conjunto del material probatorio de elementos que justifiquen la existencia de una duda.

Todo lo cual, hace evidente que la infracción a la legalidad procesal ordinaria puede no constituir el rango de **prueba ilícita**, sino una **nulidad procesal relativa** que podría ser convalidada; como acontece en Colombia, donde la Corte Constitucional ha establecido como regla inicial que la simple trasgresión de normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación al debido proceso al señalarse que las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas; de este

modo se advierte que el mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba ilícita (Fierro, 2010:239).

Lo que se advierte en algunos supuestos en el Código Nacional de Procedimientos Penales en cuanto a que convalida o nulifica violaciones que afectan al debido proceso en su concepción formal de la regla del juego pero no por vulneración a derechos fundamentales que puedan tener incidencia en el proceso justo; donde cabría establecer si la nulidad de la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental trae también la nulidad del proceso o solamente de la prueba en específico, a fin de ponderar si la exclusión de ésta por sí misma trae como consecuencia la nulidad del proceso, bajo dos vertientes, porque la violación al derecho fundamental es tal que no puede sostenerse la culpabilidad del imputado, o bien por la insuficiencia probatoria del restante material de cargo.

Con lo cual, el sistema dispone que en estos casos de ser imposible convalidar o sanear el acto, deberá declararse su nulidad o exclusión, que realizará en cualquier momento el órgano jurisdiccional, a petición de parte, en forma fundada y motivada, señalando en su resolución los efectos de la declaratoria de nulidad, debiendo especificar los actos a los que alcanza por su relación con el acto anulado; al tomar en consideración, que 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 se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, y que la reposición resulte esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos o los intereses del sujeto afectado.

Ello confirma que la reposición del procedimiento por violaciones formales e incluso a derechos fundamentales de debido proceso y defensa adecuada, como el no estar asistido de defensor u omitir notificar al consulado de la detención de un extranjero, implican excluir las declaraciones rendidas sin esas formalidades, pero distinto es, ordenar que se decrete la libertad de una persona por ese sólo hecho; ahí, es donde el trabajo de los tribunales ha establecido reglas precisas,

como el que en tales circunstancias se excluyan las diligencias en cuya obtención se violentaron esos derechos humanos.

Sin soslayar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado un fallo con la figura del “efecto corruptor” para otorgar de manera total la protección constitucional, misma que será analizada más adelante en el cuerpo del presente trabajo.

En el derecho español, se puede aplicar un criterio plausible para determinar cuándo las normas procesales pueden nulificarse, bajo ciertas condiciones acorde con la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 238.3: **a)** que se trate de norma esencial de procedimiento; **b)** que se haya prescindido total y absolutamente de dichas normas y **c)** que efectivamente se haya producido por ello indefensión (Martínez, 2003:47); lo que robustece que la nulidad se advierte como un defecto que no imposibilita el juzgamiento, pues atañe al acto declarado inválido pero no al proceso; mucho menos privar a alguna de las partes (Ministerio Público, defensor, imputado), de todo su acervo probatorio porque alguna de las pruebas fuera defectuosas por alguna incorrección procesal.

Ahora bien, esa regla puede sufrir excepciones, pues en ocasiones las normas que rigen la actividad probatoria no son de simple contenido procesal, sino que también por tener génesis constitucional constituyen verdaderas garantías como cuando se infringen los principios de contradicción, publicidad, inmediación y oralidad al estimarse que ello conllevaría una infracción de derechos fundamentales bajo el resguardo de derecho de defensa y de la presunción de inocencia, como el que el procesado permanezca sometido a prisión preventiva por años, sin que se justifique el estándar probatorio para legitimar la medida cautelar; con lo cual se afirma que las reglas procesales que regulan la forma de obtención o producción de la prueba son auténticas garantías del imputado por lo que deben contener el mismo tratamiento otorgado a las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales.

Bajo lo cual, estimo que si esos derechos adjetivos o procesales constituyen parte de la defensa adecuada del imputado no se refiere a meras normas

procesales que regulan formalidades legales sino que como señalan al cumplir una función de tutela y por ende cuya trasgresión abarca derechos fundamentales salvo supuestos excepcionales en los que la norma alude al incumplimiento de meras formalidades en la práctica de diligencias que no involucren la defensa del imputado, como la falta de firma de una determinación o incluso la incorrecta notificación de alguna actuación, que es lo que se trata de distinguir en el concepto de prueba ilícita puesto que estas últimas podrán convalidarse al no tener por efecto colocar al imputado en algún estado de indefensión; pero ello, no es sino, el resultado de un ejercicio de ponderación, esto es, cuando hablo de ponderación, se alude al principio de proporcionalidad en estricto sentido, bajo estándares de necesidad y razonabilidad que los tribunales constitucionales establecen con el caso concreto, pues si bien, es dable establecer reglas de tratamiento en torno a los efectos que pueden tener ciertas pruebas, lo que configura su alcance y efectos, es la hipótesis fáctica que se analiza, lo que permite establecer los alcances de las infracciones cometidas y su intensidad, para fijar criterios que sirvan para resolver casos análogos.

Así, acorde con lo antes expuesto, todo se condensa en la tesis primaria que sustenta el Máximo Tribunal Constitucional del País, la cual establece la exclusión de cualquier prueba que violente derechos humanos de cualquier naturaleza, esto es, el concepto de prueba ilícita incluye tanto normas sustantivas como procesales, como se advierte de la jurisprudencia 1a./J. 140/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2058, emitida al resolver el Amparo directo 9/2008, en el que se señaló de manera genérica que las pruebas en el procedimiento penal, deben nulificarse, cuando transgreden derechos fundamentales, tanto sustantivos como procesales, de modo que otorgar eficacia probatoria a los medios de prueba que deriven de su vulneración trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no mediante prueba de cargo, apta, suficiente y obtenida de manera lícita, como se señala de la tesis de rubro **“PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.”**

Criterio que en la práctica los Tribunales Colegiados de Circuito observan en sus determinaciones como reflejo del debido proceso que se busca tutelar; asimismo, las disposiciones del propio código adjetivo dan un nuevo derrotero en los sistemas de valoración de la prueba ilícita y la prohibición de valoración de la prueba refleja o indirecta; pero junto a ello, se advierten nuevas formas de argumentación judicial para practicar ponderación para resolver conflictos entre principios de rango constitucional; para verificar si es factible o no la exclusión de la prueba y su trascendencia en el resto del material probatorio que se valora para establecer la responsabilidad de una persona, una vez excluidas las pruebas que se consideren ilícitas.

Como señala González, el derecho no puede conformarse sólo con reglas y exigir su aplicación mecánica a los casos concretos, sin considerar alguna valoración del juzgador, pues ningún ordenamiento escapa a la aplicación de principios cuando existen conceptos de dignidad humana o estado social de derecho (González, 2011:11 y 12); así la ponderación es una herramienta empleada en los tribunales constitucionales bajo el principio de proporcionalidad, con base en la tesis de Robert Alexy; así el maestro alemán concibe los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo deba realizarse en la mayor medida posible, para lo cual cuando se producen conflictos entre principios, uno de éstos tiene que ceder a otro, pues tienen diferente peso, como acontece en las numerosas ponderaciones de bienes llevados a cabo por el tribunal alemán, como el de la sentencia de la incapacidad procesal, que trata de la posibilidad o no de llevar a cabo juicio oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre peligro de sufrir un infarto; en cuyo caso se actualiza una tensión entre el deber del Estado de aplicar el derecho penal y el interés del acusado en la salvaguarda de sus derechos constitucionales, a cuya protección se encuentra obligado el Estado, lo que implica ante la colisión de principios, la aplicación de una relación de procedencia condicionada consistente en verificar las condiciones particulares del caso y de la posible lesión a un derecho fundamental como la vida del inculcado, en cuyo caso esta situación tiene mayor peso (Alexy, 2012:67-76); principios que deben

aplicarse bajo un test de proporcionalidad, que constituye un principio-meta del sistema legal o si se quiere el último principio del ordenamiento jurídico; para lo cual la estructura de la ponderación consta de tres elementos: ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Técnica de la ponderación que ahora, el sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio que ha entrado en vigor, va a tratar de aplicar a través de la presencia de un juez de garantías o control, cuya función es precisamente controlar las actuaciones del Ministerio Público en la etapa de la investigación (donde se comete el mayor número de violaciones a derechos humanos), a fin de que se observe el respeto irrestricto del debido proceso para el imputado, así como que se salvaguarden los derechos de la víctima u ofendido del delito al esclarecimiento de los hechos como un derecho a la verdad y la garantía de reparación.

Así, es evidente que en las etapas preliminares del sistema acusatorio-*control de la legalidad de la detención, estándar probatorio para formular imputación, determinar medida cautelar y vincular a proceso*-se admite la existencia de colisión entre las prohibiciones de prueba, el principio de investigación y el derecho a que la víctima acceda a una tutela judicial efectiva, en la medida en que advierten intereses contrapuestos de índole colectiva o individual, pues por un lado sustentan la garantía los derechos fundamentales de un detenido, en tanto que protegen a éste de la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra, pero por otro lado, preservan el derecho constitucional de un proceso justo, pues el Estado no sólo preserva la legitimación del proceso penal a través de una persecución penal activa, sino a través de la inutilización de pruebas que en su obtención violaron derechos fundamentales del acusado, donde ante la falta expresa de una solución en la norma, los tribunales constitucionales ejercen su solución mediante la teoría de la ponderación, bajo criterios de proporcionalidad, pero al mismo tiempo se tutelan otros intereses que advierten que la ponderación como técnica argumentativa, permite pasar del conflicto entre principios al estadio de establecer reglas que se subsumen al caso concreto, como acontece con el estándar para decretar ilegal una detención y

dejar en libertad a la persona o sólo excluir las pruebas recabadas hasta ese momento procesal y continuar con el proceso.

1.4 La Regla de Exclusión como derecho fundamental

En los sistemas inquisitoriales el argumento de validez que se esgrimía para admitir y valorar una prueba ilícita era la proclamación de la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal (Bovino, 2005:57), con lo que resultaba intrascendente el modo de obtención y su incorporación al proceso, ya que el fin de que el juzgador descubriera la verdad, justificaba los medios, pues lo verdadero importante era privilegiar intereses que debían prevalecer: lo público del proceso penal sobre lo privado referido a la lesión de un derecho individual del imputado; por lo cual, algunos autores opinaban que debía admitirse pruebas con dichas características, pues ciertamente la justicia debía velar por la honestidad de los medios, pero ello no implicaba que no pudiera aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que no había buscado de manera intencional (Muñoz, 1997:74).

Tal como destaca el maestro chileno Baytelman, citado por Alberto Rossel:

El Poder Judicial es el órgano que paradigmáticamente está llamado a aplicar el derecho y proteger los derechos de la gente y el momento en que la Administración de Justicia haga lo contrario, se extenderá un mancha en la judicatura, ya que los tribunales estarían legitimándola ilegalidad y haciendo cómplices de ella; si el estado no puede observar sus propias leyes [...] no hay ninguna razón para que el resto de la sociedad las tome en serio tampoco (Rossel, 2009:39).

No obstante, frente a dichos planteamientos de los sistemas procesales tradicionales, en la actualidad la posición que debe permanecer es inutilizar cualquier prueba que se demuestra viola derechos fundamentales, al ser éstos los que delimitan el camino a seguir para la obtención de la convicción judicial. El derecho a probar encuentra su límite en el respeto de los derechos humanos, en esos derechos y libertades fundamentales que conforman el núcleo duro de derechos sobre los cuales los Estados democráticos constitucionales se fundamentan y legitiman, en una visión del proceso como medio para hacer justicia y por ende, en la proscripción de la utilización de instrumentos que

contradigan dicha finalidad; en esa consideración, pienso que debe incluirse como elemento decisivo para validar el debido proceso, un sistema de la licitud de las pruebas como reflejo de un proceso con todas las garantías, lo que correlativamente implica la misión del órgano jurisdiccional de expulsar del proceso aquellas probanzas obtenidas con violación de esos derechos fundamentales; bajo la mística del proceso justo.

El nuevo derrotero es el esclarecimiento del hecho, pero si ello no puede actualizarse también existen medios alternos de solución del conflicto, donde la reparación a la víctima tiene un mayor rango de importancia, tal como acontece en las figuras de los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso o el procedimiento abreviado, que sustentan el interés de la víctima u ofendido del delito a que le sea reparada la violación a su esfera jurídica con motivo del delito más que exigir la imposición de una pena o incluso el desarrollo de un proceso, mediante otras figuras como la conciliación y la intermediación.

De esta forma, la regla de exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal, constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos y mediante la cual no sólo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquéllas otras que derivan indirectamente de la misma; ello es así porque la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al debido proceso en términos del derecho anglosajón (*due process of law*), como expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con la lesión de los mismos y que esa garantía se plasme; esto es, esa regla es la expresión del modelo constitucional que garantiza el derecho al debido proceso: no puede entenderse protegido éste si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la constitución otorga un valor preferente, pues ello implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso.

Ello porque la problemática de la prueba ilícita está estrechamente relacionada con los derechos fundamentales en su obtención; existe un efecto irradiante de las normas constitucionales hacia el resto del ordenamiento jurídico; en cambio otros como Zagrebelski sostienen:

ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir (Zagrebelski,1995:14)

No obstante su vinculación entre la Constitución Federal, los tratados internacionales y los derechos fundamentales es innegable, como señala Gossel la problemática de la prohibición de la prueba no es un mero problema jurídico procesal-penal, sino que antes bien constituye una cuestión que responde a la comprensión general de las relaciones entre el Estado y el Ciudadano (Castro, 2009:186).

Bajo esta tesitura, la exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla; o sea, su inutilización en el proceso, o si se quiere, su nulidad absoluta como un derecho fundamental del imputado inserto en el debido proceso; constituye así la expresión más clara de un sistema probatorio justo, que infiere que la verdad entendida ahora como esclarecimiento de los hechos, no puede ser obtenida a cualquier precio, en particular al precio de vulnerar derechos fundamentales del imputado dentro de un proceso penal, como la confesión obtenida a través de la tortura; ya sea que la obtención se realice durante la fase de investigación en la que se obtienen los medios de prueba, o propiamente en la fase probatoria mediante su incorporación al proceso y posterior valoración por parte de un tribunal de enjuiciamiento que conlleve a sustentar una condena, pues ello violenta de manera directa el juicio justo.

Un ejemplo claro de que la regla de exclusión constituye un imperativo, se encuentra en la teoría de la ponderación de la “Ordenanza Procesal Penal Alemana”, que excluye cualquier prueba obtenida por medio de tortura, como un

mandato taxativo, sin existir regulación expresa, que envuelve los métodos de obtención de la prueba, como es el registro sin orden judicial o intervenciones corporales; no obstante, de manera contraria al sistema mexicano, la violación de una prohibición de producción del medio de prueba, no acarrea de manera automática la de su utilización, sino que se somete a la teoría de ponderación de intereses; así las prohibiciones de utilización, constituyen una sanción frente al incumplimiento de reglas que deben observarse al recabar o incorporar un medio de prueba al proceso o al practicar una diligencia como la detención o el interrogatorio judicial.

Así, se distingue entre reglas de exclusión basadas en prohibiciones probatorias y reglas fundadas en violación a derechos fundamentales, en cuyo caso la exclusión de la prueba es imperativa; pero ello sólo ocurre en casos donde se ven restringidos derechos del imputado, como omitir información al detenido de su derechos a guardar silencio y que provoquen su autoincriminación o la asistencia de un letrado (Armenta, 2011:53).

Ello, demuestra que, siempre existe una ponderación ante las prohibiciones probatorias y el esclarecimiento de los hechos, ya que si bien es deseable que los culpables reciban un castigo por la comisión de un delito como objetivo de un sistema de enjuiciamiento penal y que en su caso se repare el daño ocasionado a la víctima, pero también lo es que el Estado no actúe como lo que trata de castigar y legitime la violencia que pretende prevenir por medio del proceso penal al imponer una pena; por ello, estoy a favor de la exclusión de la prueba ilícita de manera absoluta, sólo predico la existencia necesaria en los sistemas constitucionales, de barreras legales para su admisión, pues un sistema que tolere su admisión, resulta difícil que permita sustraer el efecto psicológico en los juzgadores, respecto de una prueba que pueda suministrar información incriminatoria valiosa, pero que en su obtención haya violado derechos fundamentales de defensa adecuada del acusado o incluso de su integridad física o psicológica, para permitir su uso en juicio.

Por ello, es importante que los sistemas de enjuiciamiento prevean reglas eficaces para excluir pruebas que violan derechos fundamentales, a fin de que los juzgadores que conozcan del juicio oral, no hubieran tenido a la vista dichas probanzas a fin de mantener una posición imparcial y objetiva al emitir su toma de decisión con base en acervos probatorios que hayan observado las reglas del debido proceso, tal como se plantean en el Código Nacional de Procedimientos Penales, donde es causa de impedimento para un juzgador, haber actuado en el mismo proceso como juez de control, ya que es a éste funcionario, al que corresponde depurar y nulificar pruebas que violen derechos del imputado, a fin de preservar un juicio justo en igualdad de circunstancias con el órgano acusador.

En el fondo como señala Martínez, hablar de pruebas ilícitas supone pronunciarse sobre qué forma quiso darle el legislador a nuestro proceso y qué debe prevalecer en el proceso, si la verdad material o los derechos fundamentales de los individuos, con especial trascendencia para el proceso penal, pues los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen un conjunto de reglas sin valor alguno o simples formalidades que han de ser observadas procesalmente, sino que en el fondo tienen sentido al constituir la defensa de los principios básicos de una sociedad democrática (Martínez, 2003:19).

Asimismo, es menester acotar que no sólo las pruebas obtenidas a consecuencia de violaciones a derechos fundamentales por parte de las autoridades deben excluirse, sino que la exclusión alcanza a los particulares, esto es tanto si es obra de un órgano del Estado como de un particular, dada la eficacia erga omnes de los derechos fundamentales centralmente de la dignidad humana, como acotó el Tribunal Supremo español en la sentencia del 26 de noviembre de 1991, en el que la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución española; así tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten.

Ello, porque la dignidad humana ha sustentado el tribunal español no es negociable, tampoco la libertad; el ordenamiento jurídico y los Tribunales, han de velar por esos valores explícitos de la Constitución, esto es, el imputado no puede percibirse carente de libertad y de dignidad (Armijo, 2001:455).

Lo que reitera, Bedoya, al destacar que uno de sus objetivos primordiales consiste en enviar un mensaje claro y contundente sobre las consecuencias legales de violentar derechos fundamentales, con orientación a disuadir a las autoridades, incluso a particulares cuando pretendan obtener medios de acreditación con carácter probatorio, cuya sanción consiste en su inutilización en el proceso, ni siquiera para fines de impugnación (Bedoya, 2008:200).

Así, considero que la valoración de las pruebas obtenidas a consecuencia de injerencias desproporcionadas deben considerarse inadmisibles desde el punto de vista constitucional y legal, sin importar que la prueba haya sido aportada por un particular, pues el acusado tiene derecho a exigir que el proceso en su contra se desarrolle debidamente; se reitera, la obligación de buscar la verdad, de investigar, no rige ilimitadamente, como los derechos fundamentales no son absolutos y, de otro lado, el proceso en contra de una persona tiene que desarrollarse conforme a las normas de un Estado de Derecho, la Ley tiene que establecer una serie de normas en base a las cuales se limite la extensión de aquella obligación de investigar lo ocurrido, estimo que el debido proceso es un derecho fundamental que bajo ningún aspecto se puede acotar o limitar en un sistema judicial por ninguna autoridad.

Puede afirmarse en tal sentido que la regla de exclusión persigue prioritariamente poner límites al quehacer policial en la búsqueda de elementos incriminatorios, al preservar derechos constitucionales y convencionales previstos para desarrollar un juicio justo y con ello, la integridad de un sistema judicial.

Aun cuando la regla de exclusión no requiere regulación legislativa expresa al desprenderse de manera global del bloque de constitucionalidad por la posición preferente de los derechos humanos y que en su caso su inserción se encuentra de forma implícita, como acontece en los Estados Unidos al provenir del debido

proceso, pues la admisión de la prueba ilícita se contrapone con la idea de un juicio justo; lo cierto es que, a partir de las reformas constitucionales en materia penal, la regla de exclusión en México se encuentra incorporada en el artículo 20, Apartado A, fracción IX, de la Constitución Federal:

“...

A. De los principios generales:

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

Lo que regula el Código Nacional de Procedimientos Penales en los diversos 263 y 264 al abordar la ilicitud de la prueba y señalar que los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente, ya que se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con **violación de los derechos fundamentales**, lo que será motivo de **exclusión** o nulidad.

Ello hace patente que comparto la concepción de que prueba ilícita es aquella que viola derechos fundamentales; por eso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculcado en todo proceso, íntimamente ligado con el respeto irrestricto al debido proceso, a ser juzgado por un juez imparcial, como complemento de una tutela judicial efectiva y por virtud del cual se protege la defensa adecuada del inculcado.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculcado desde que se califica su detención y durante todo el proceso, cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales bajo el resguardo del artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, que enarbola la imparcialidad del juez para tutelar el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculcado de acuerdo con el artículo 20, Apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en cuyo contexto una

prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida.

Pensar lo contrario, implicaría al inculpado en condición de desventaja para hacer valer su defensa, de modo que esta posición deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (Tesis 1^a./J 139/2011, 2011).

De manera que, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha violentado derechos humanos, ya sea por quebrantar el orden constitucional, convencional o legal, no puede sino ser considerada inválida; la regla de exclusión de la prueba ilícita se armoniza con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables; ya que, entre los principios generales del derecho procesal y los especiales de la prueba judicial, los de la lealtad, probidad y buena fe, de la espontaneidad de la prueba y el respeto a la persona humana, constituyen límites fundamentales a la aplicación de los principios, también generales, de la libertad de la prueba, la obtención coactiva de la misma y el derecho de defensa, ya que no puede ser lícito utilizar en la investigación de los hechos en el proceso penal, medios que los desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa prohibición legal.

El tema destacado es que el convencimiento judicial se logre mediante el respeto de derechos humanos, pues como sostiene Vives Antón, “los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán en todo caso de rechazarse: no es sólo que su verdad resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración (Miranda, 2013:112).

Por lo que, en este supuesto pueden estar la confesión y el testimonio obtenidos mediante el uso del tormento físico o moral o de drogas que destruyan el libre albedrío, los documentos obtenidos por robo o violencia, los documentos públicos o privados aducidos subrepticamente al proceso o aprehendidos por el Juez por medios ilegales, el dictamen de peritos o el testimonio, o la confesión

logrados mediante cohecho o violencia, o incluso, los testimonios que contienen el señalamiento del indiciado a partir de un reconocimiento inducido por una prueba conformada en la indagatoria para tal efecto.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, advierte que, la violación de una formalidad, por parte del Estado, adquiere en el proceso penal a veces tal magnitud y gravedad que impide tener por válida la probanza hecha en contravención con los derechos fundamentales; así se podría considerar que cuando un servidor público comete un hecho ilícito o inconstitucional (como lo sería la obtención de una prueba ilícita, por parte del órgano acusador), un órgano jurisdiccional cuenta con dos alternativas, a saber: convalidar la actuación bajo el argumento de que hay un interés social en que las conductas punibles se sancionen; o bien, dejar de tomar en cuenta la prueba contraria al orden jurídico (bajo el argumento de que el respeto por los derechos individuales no puede ceder ante una pretensión o interés colectivo); al aceptarse que cuando ocurre lo primero, el órgano jurisdiccional emite una resolución que, al deber aplicarse en los casos subsecuentes, genera un incentivo perjudicial para el respeto del Estado de derecho.

Lo anterior es así, porque las autoridades que violen las normas procedimentales u obtengan pruebas ilícitamente recibirán el mensaje de que a su actuación no le sigue consecuencia alguna. Es decir, lo que en realidad es contrario al orden jurídico y, de manera más importante, a los derechos fundamentales, termina por soslayarse para todos los casos hacia el futuro. Con lo cual se genera una permisón de hecho: las autoridades dejan de estar vinculadas por la Constitución, con la consecuente ausencia de Estado de derecho; por lo que, las normas emitidas por el legislador y las disposiciones constitucionales se vuelven, entonces, meras expectativas o programas políticos, sin posibilidad de hacerse exigibles en sede jurisdiccional. Todo ello, en atención de que dichas normas, de hecho, no vinculan la actuación de las autoridades mismas; situación que en su caso, resulta más perjudicial que la ausencia de Estado de derecho cuando lo que se pretende es combatir la impunidad.

Por ello, el argumento que defiende, es que las violaciones en la obtención de pruebas debe adquirir fuerza tal que permitan destruir las actuaciones derivadas de las mismas, pues incentivar la violación de las formalidades esenciales del procedimiento, puede generar mayor impunidad al dejar se observarse los derechos fundamentales.

En conclusión, el derecho a un proceso con todas las garantías es un derecho humano, pero además se constituye como una opción del proceso que diseña el legislador constitucional, pues como dice Elena Martínez, intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que la ausencia, la falta de cualquiera de ellas origina la vulneración al debido proceso; entendido éste como un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente.

Al respecto, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada como parte de esta formalidad.

Hasta aquí, se trató de destacar la definición de prueba ilícita y su regulación en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hasta su inclusión en el texto constitucional y la legislación secundaria; pero el

tema neurálgico que se pretende analizar, radica precisamente en los efectos de declarar que una vez excluida la prueba ilícita o declarar que no existe tal ilicitud, establecer el tratamiento en la valoración del resto del material probatorio en la praxis judicial; para lo cual se desarrollara el origen de la llamada regla de exclusión y las argumentaciones que los tribunales constitucionales han implementado respecto de pruebas que se advierten no tienen una conexión evidente con la prueba decretada ilícita, a fin de que puedan ser valoradas por el juzgador para el esclarecimiento de los hechos y tutela de los derechos de las partes en el proceso penal.

1.5 La regla de exclusión de la prueba indirecta o refleja

Hasta aquí, he expresado la importancia de que la prohibición de la valoración de la prueba ilícita debe alcanzar, también, a aquellas pruebas que si bien no son en sí mismas ilícitas se basan, derivan o tienen su origen en datos conseguidos por una prueba ilícita, bajo la teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) o también como nos señala Sarmiento conocida como doctrina norteamericana de la ilegalidad indirecta de la prueba, consiste en que una evidencia o prueba obtenida de manera ilegal en un procedimiento contra una persona no podrá usarse, aun cuando la información aportada por la prueba ilegal pudiera ser útil, ya que se trataría de uso indirecto de la prueba ilegalmente obtenida, bajo la creencia de los anglosajones de que la policía es proclive al abuso del poder (*pólice as necessary evil*) y por ellos sus actuaciones deben ser escrutadas cuidadosamente; de ahí que una de las características más sobresalientes del sistema procesal en Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, en un principio lo fue establecerla existencia de severas reglas para la obtención de la evidencia incriminatoria (*rules of evidence*) (Sarmiento, 2005:189).

El origen de dicha doctrina se encuentra en la sentencia de 1920 *Silverthorne Lumber Co vs. United States* en el que dos magistrados en un voto particular su opinión de que la acusación no puede utilizar la información obtenida durante un registro inconstitucional para solicitar la emisión de una

autorización judicial ordenando la entrega de los documentos cuya existencia si se conoció puesto que dichos documentos eran frutos de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y cuya inutilización debió decretarse de manera absoluta (Fidalgo, 2003:89).

En realidad, este efecto reflejo o efecto “domino” de la prueba ilícita, como le denomina en ocasiones el Tribunal Supremo español, resulta de ponderar que la mayoría de los supuestos facticos donde se obtienen pruebas ilícitas es en la fase de investigación y son incorporadas en un momento posterior al proceso, se deben de incluir los efectos reflejos para no hacer nugatoria dicha garantía, pues carecería de eficacia el excluir una prueba ilícita que podría reproducirse en otras que provengan de ella; este efecto reflejo no es otra cosa que la “teoría de los frutos del árbol envenenado” (*the fruit of de poisonous tree doctrine*), que expresa que la nulidad de todo aquello que trae causa de un acto nulo y que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias; es nula toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de derechos y libertades fundamentales, tesis sostenida por primera vez en el caso *Wong Sun vs. United States*, (1963) (Gascón, 2008:59).

Lo que hace evidente la motivación de que dicha regla supone la exclusión de las pruebas directamente obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales, como la exclusión la declaración de los policías que practican un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones sin orden judicial, tiene, además, un efecto reflejo: también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental; se trata, por ejemplo de las pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita; ejemplos de estas pruebas lo son la transcripción de conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio; o la declaración del policía que aseguró un cargamento de droga cuya existencia conoció a raíz de la lesión del secreto de las comunicaciones; o la prueba lícitamente practicada a raíz de la

información obtenida mediante tortura de un detenido. Esta posición es muy discutida, ya que si se negara el efecto reflejo la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirectamente obtenida se estaría dando cobertura a la lesión de los derechos; por eso, estimo que el reconocimiento del efecto reflejo no obedece, a ninguna concesión “supergarantista”, sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia y que refleja la posición *iusfilosófica* de un determinado sistema legal.

Empero, como expone De Quiroga, el problema se encuentra en determinar el carácter de “consecuencia” del segundo acto de prueba en relación con la prueba señalada como ilícita, al establecer una relación de causa-efecto a fin de afirmar que el segundo es consecuencia del primero (López Barja, 1989:156).

En México la Suprema Corte de Justicia a través de su jurisprudencia sustenta la prueba refleja, al resolver el amparo directo en revisión 1621/2010, en la tesis de rubro: “PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO” (Tesis 1ª CLXII/2011, 2011:226), donde destacó que la fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, lo que enfatizó incluye 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, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno; lo que hizo evidente que dicha regla de exclusión afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el

acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales, pues ambas fueron conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental y por ende, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

Criterio que sostuvo que tanto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (pruebas directas), como aquellas conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental (pruebas indirectas), esto es la llamada prueba refleja, están afectadas de nulidad absoluta, de acuerdo precisamente a la observancia de la regla de exclusión; con lo cual no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

No obstante, el argumento utilizado por los tribunales constitucionales, ha sido establecer que si la regla de exclusión nació como un instrumento para disuadir, cuando dicho efecto no está presente no hay regla de exclusión, lo que ha permitido introducir la herramienta de la ponderación y con ello la creación de diversas figuras para establecer la admisión de pruebas, que se pensaría deben ser excluidas; ello ocurre, en relación a casos difíciles donde se encuentran involucrados intereses y derechos tutelados por la norma constitucional; así existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una conclusión incompatible con la del otro: el derecho de protección de la defensa y el derecho a intervenir una comunicación, cuya conclusión por un tribunal, puede llegar a establecer una regla al determinar la *ratio decidendi*.

En efecto, si bien, la ponderación tiene actualización cuando convergen dos principios y para resolver un caso, no se puede partir directamente de una regla prevista en el ordenamiento jurídico o pauta de comportamiento que resuelva el caso o bien existe ésta, pero en el caso concreto resulta inadecuada al advertirse una laguna de tipo valorativo o axiológico, donde el legislador prevé que el supuesto deba ser resuelto por el tribunal al analizar el supuesto fáctico. Aquí, lo importante es partir de que la ponderación supone que el razonamiento emitido por el órgano jurisdiccional parte de principios que al desplazarse en sentido

opuesto obliga a sacrificar uno de ellos, pues precisamente son incompatibles entre sí.

Las llamadas excepciones a la prueba ilícita, no son en sentido estricto alteraciones a la conformación de la regla de exclusión, ello sería tanto como desconocer la tutela de derechos fundamentales que hasta aquí se ha defendido, no es esa la orientación que debe entenderse, sino que dichas figuras jurisprudenciales que en algunos supuestos dada su importancia constituyen reglas o normas al ser recogidas por el legislador, por ende deben entenderse como la expresión más contundente de la aplicación del ejercicio de ponderación.

Pero la pregunta que se advierte es precisamente ¿por qué no debe evitarse ponderar?; creo que la respuesta es precisamente atento a los intereses y bienes jurídicos en juego en el proceso penal, pues prescindir de ella implicaría resolver el supuesto bajo reglas o normas que no colman la hipótesis fáctica y que conllevarían a aplicar un formalismo irracional o de simple legalidad, alejado de los objetivos del sistema-***el esclarecimiento de los hechos, el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación***.

Mantener una posición formalista-garantista a ultranza en la que cualquier violación del debido proceso determine afectar todo el juicio, daría como consecuencia que los tribunales busquen cualquier irregularidad a fin de no concretar la finalidad del enjuiciamiento y declarar nulos todos los procesos y sentencias; lo que va más allá del cuestionamiento si la regla de exclusión desalienta o no la actividad policial irregular, las posibles violaciones cometidas por autoridades en la detención y puesta a disposición, pues ello no puede ser respondido de manera unívoca, el efecto disuasivo es tan afirmado como negado, al ser imposible demostrar empíricamente la efectividad de la regla (Guariglia, 2005:46).

No obstante, lo que si constituye una realidad es que nuestros tribunales constitucionales emplean la racionalidad de la ponderación en la construcción de sus sentencias y en la toma de decisión de sus resoluciones preliminares, como lo hace cualquier tribunal en el mundo, al principio mediante la actualización de

una contraposición de principios como acontece en: el derecho a intimidad mediante la prohibición de intervención de comunicaciones sin orden judicial y el interés del Estado en la prevención de conductas ilícitas, donde prima facie se depara por el derecho a la intimidad; sin embargo, si la afectación que produce la conducta delictiva atenta contra bienes jurídicos fundamentales, como acontece en delitos de trata de personas o secuestro, la intervención de una comunicación sin orden emitida por autoridad judicial, puede admitirse cuando la información contenida en el aparato celular hubiere sido revelada por uno de sus intervinientes, lo que de suyo puede crear una regla abierta, cuya subsunción depende del caso concreto al analizar sus particularidades esenciales.

A pesar de que el nacimiento jurisprudencial de la regla de exclusión surge como una herramienta para controlar a los agentes policiacos mediante la disuasión; hoy en día, la realidad con sus distintos y complejos matices, no sólo implica que la considere como un verdadero derecho fundamental para todo imputado que debe aplicarse en todo proceso penal atento a la observancia de los derechos humanos del justiciable, lo que en su caso, ha adquirido carta de implementación y observancia no sólo al interior de los tribunales constitucionales, sino de los textos constitucionales y legislación adjetiva que hoy más que nunca la toman como un estandarte para impedir violaciones flagrantes a derechos fundamentales que sustentan el Estado constitucional democrático; empero, lo que el presente trabajo tratara de advertir es precisamente un desarrollo que se ubica más allá de donde una prueba ha sido excluida por estimarse ilícita, pues en la práctica judicial, aun cuando dicha regla se observa cabalmente o debe observarse inexorablemente al ser un mandato constitucional, el ejercicio interpretativo en la solución el caso concreto es más rico en dimensiones, como se advertirá del desarrollo judicial en los tribunales constitucionales.

Capítulo 2

Desarrollo Jurisprudencial de la Prueba Ilícita

2.1 La regla de exclusión en la jurisprudencia de los Estados Unidos

En el derecho anglosajón, no surge para la protección de derechos fundamentales, sino para evitar abusos de las autoridades, como un remedio para disuadir vulneraciones constitucionales; es la necesidad de preservar la integridad judicial la base argumentativa del *deterrent effect*: se deben excluir las fuentes obtenidas ilícitamente para disuadir a las fuerzas del orden de futuras violaciones, porque el Estado a través de sus jueces quebrantaría asimismo el Derecho equiparándose al delincuente a quien juzga (Armenta, 2011:30).

La regla de exclusión en los Estados Unidos es una norma jurisprudencial, conforme a la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren derechos procesales constitucionales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta (*procedural due process of law*) de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a los efectos de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados.

Para lo cual se advierte que el Caso Mapp vs. Ohio (1961) refleja la prepotencia que estaba demostrando la policía, en la investigación de los delitos. Por ello, el Tribunal Supremo se ve obligado a establecer nuevas reglas en relación a la prueba obtenida de manera ilícita; esto ya que el hecho fáctico consistió en que las autoridades llegaron a la casa de la Sra. Mapp, en busca de un imputado del que se presumía había detonado un bomba; ante la negativa de dejarlos registrar su casa, los oficiales se fueron para regresar unas horas después e informarle que contaban con una orden judicial para allanar su domicilio, pero aunque ella se dio cuenta que la autorización que le mostraban era falsa, éstos registraron la casa y encontraron unas revistas pornográficas. En el juicio por la

tenencia de este material, el fiscal no logró demostrar que los oficiales contaran con la orden judicial de cateo, ni que voluntariamente la Sra. Mapp, lo hubiera permitido; lo que inició una intensa época para el Tribunal Supremo, para afirmar que cuando un registro vulnera la garantía constitucional de tutela la intimidad y el domicilio, por no contar ni siquiera con una causa probable, el fruto de ese registro está envenenado, y por lo tanto, es inadmisibles.

En el caso *Miranda vs. Arizona* (1966), la Corte estableció que la confesión obtenida por la policía carecía de valor probatorio, porque fue otorgada sin que el imputado contara con la asesoría de un abogado, pues se enfatizaba que a partir del momento en que se restringe la libertad de movimiento del imputado en cualquier forma, se hace necesaria la defensa técnica; el proceso judicial empieza, cuando el imputado no tiene la alternativa de salir y, por ello, desde ese momento tiene derecho a contar con un abogado, y debe ser informado de sus derechos constitucionales, entre estos a abstenerse de declarar, que cualquier manifestación que haga será usada en su contra en el juicio, que tiene derecho a un defensor y que en caso de que no cuente con medios el Estado le asignará uno público.

Asimismo, en *Orozco v. Texas* (1969), después de una discusión con la víctima Orozco la mató y cuatro agentes se presentaron en la madrugada; el interrogatorio fue muy breve, y ocurrió en el mismo aposento donde fingía dormir; le preguntaron si tenía pistola y al decir que sí, Orozco les reveló el lugar, donde fue decomisada, arma que se comprobó pericialmente que fue utilizada en el homicidio; en el recurso que Orozco presentó ante el Tribunal Supremo, dijo que no le habían hecho las advertencias pertinentes y el Juez Black, al redactar el voto mayoritario, estuvo de acuerdo y dijo que la confesión así obtenida era ilícita y por ende inadmisibles para sustentar una sentencia condenatoria, porque vulneraba las enmiendas quinta, sexta y decimocuarta (Armijo, 2001:87).

Resoluciones que hacen patente, que la ideología versaba sobre que la única sanción verdadera y eficaz, el único desalentador adecuado contra los abusos de la policía era disponer la no admisibilidad en juicio de la prueba obtenida por

procedimientos ilícitos. Este efecto preventivo será muy débil si el funcionario policial o judicial se percatara de que cuando se emplean procedimientos inconstitucionales sólo se anula la prueba viciada, pero se admiten sus efectos. El debido proceso se convierte así en la guía rectora de todo el proceso criminal; aun cuando no contiene apoyo constitucional sino que nació en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, quien la descubrió oculta entre las exigencias implícitas del sistema de garantías previstas por los padres fundadores, como se interpreta a través de una cláusula abierta de todos los derechos constitucionales.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos, destaca Gascón, la justificación de la regla de exclusión, desde mediados de la década de los setenta del siglo XX y hasta la fecha no reside en un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino en la necesidad de disuadir de la violación de los derechos y por ser más precisos, en la necesidad de disuadir de futuras lesiones de derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y singularmente de la policía, con base en los derechos fundamentales como el derecho a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables (cuarta enmienda), derecho de no autoincriminación (quinta enmienda), derecho a ser asistido por un abogado (sexta enmienda) y el derecho a un debido proceso (Decimocuarta enmienda) (Gascón, 2008:144-145; 2012:78-80); lo que implica que dichos derechos fundamentales al final actúan como límites al quehacer de las autoridades encargadas de la persecución.

Así, señala la autora que, en la sentencia dictada en *United States Vs. Calandra*, que la *exclusionary rule* había sido calificada a veces como una norma fundamental por la *Bill of Rights* por ser la única salvaguarda efectiva de los derechos de los ciudadanos frente al abuso del poder de la policía, no era sino un simple instrumento disuasorio creado por la jurisprudencia y que, por tanto, en cualquier momento podría ser sustituido por otro remedio, si no por obra del legislador, o bien por iniciativa de decisiones judiciales posterior.

El Tribunal Supremo norteamericano, apunta Gascón, en el caso *Elkins vs United States*: “la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir –imponer el respecto de la garantía constitucional de la única manera

efectivamente disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla”. Así como en *Mapp vs Ohio* (1961) o *Linkletter vs Walker* (1965), pronunciamientos donde la necesidad de disuadir conductas impropias futuras se iba convirtiendo en la justificación principal de la regla de exclusión.

Por su parte, Fierro señala que en el caso *United States v. Calandra* (1974), la Corte dijo que la disuasión, aun cuando no existiera evidencia de que efectivamente la regla de exclusión ejercía su poder en la policía, era la justificación primordial de la exclusión; al aplicar un análisis costo-beneficio para concluir que esta función se cumplía al impedir que las pruebas viciadas fueran presentadas en el juicio, por lo cual era admisible que fueran conocidas y valoradas previamente por un gran jurado (Fierro, 2010:26).

Bajo lo cual, al resaltar que la justificación de la regla de exclusión es la producción de un efecto disuasorio no se sostiene que esta regla no tenga ninguna base constitucional expresa, ya que en el derecho norteamericano, se sustenta tanto en la cuarta como décimo cuarta enmienda, que consagra, el derecho a la no autoincriminación, como base del derecho de defensa y el del proceso debido; por lo que, no existe en el derecho norteamericano ningún derecho fundamental que prevea la regla de exclusión, sino que ésta es tan sólo un instrumento procesal de creación jurisprudencial diseñado para garantizar los derechos fundamentales a través de su efecto disuasorio, mientras no se refute científicamente su potencial disuasivo, se debe presumir que cumple dicha función; por ello, en Estados Unidos importa menos reparar la arbitrariedad en el caso juzgado con base en una prueba inconstitucional, que evitar que en el futuro se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en desmedro de todo el sistema constitucional de derechos y libertades. De ahí que sospechosos de haber cometido graves crímenes sean dejados en libertad cuando la evidencia que los incrimina es inconstitucional; se sacrifica la verdad real del caso concreto en aras de disuadir no al delincuente sino a la policía.

Pero en este punto es necesario precisar que, la regla de exclusión elaborada por la Corte de los Estados Unidos no exige que los materiales

probatorios que se obtengan de manera inconstitucional no surtan efecto alguno en el proceso penal, sino únicamente que no sean considerados por el juzgador de los hechos –Juez o Jurado- a los precisos efectos de la determinación de la culpabilidad o la inocencia del acusado en la fase decisoria del proceso penal (*criminal trial*). La regla de exclusión es, por tanto, una *prohibición de aportación* de materiales probatorios al juicio oral, fase decisoria en la que practican, interpretan y valoran las pruebas; y por tanto en su virtud tales materiales no podrán servir como fuentes de prueba de las afirmaciones de hecho que fundamentan la pretensión punitiva estatal, aunque contengan información fiable que pueda ayudar a esclarecer la verdad o falsedad de los hechos que fundamentan la acusación. Esa es la consecuencia jurídica de carácter *procesal*, que el ordenamiento estadounidense asigna al presupuesto fáctico sustantivo, *extraprocesal*, de la violación de derechos en la obtención de materiales probatorios.

Es importante destacar que la regla de exclusión en la jurisprudencia de los Estados Unidos, tiene además junto con la finalidad de la disuasión, un aspecto ético de la integridad judicial, según la cual la admisión de pruebas en juicio que han violentado derechos humanos o mediante prácticas contrarias a la Constitución, equivale a que su ilicitud sea convalidada por quienes deben hacer valer dichos principios fundamentales. Ese es a nuestro juicio el principal argumento a favor de la regla de exclusión y el que a pesar de diversas excepciones creadas en torno a ella, la hace subsistir y reafirmarse como válida en cualquier sistema de justicia que se estime democrático.

El tratamiento de las pruebas ilícitas también reflejan el sistema de justicia en el que operan, muestran la realidad práctica en distintos países que convergen con diversas instituciones y dinámicas propias que las delinear, que por ende, no pueden ser trasladadas de un régimen jurídico a otro, sin que ello exija una previa labor de reflexión; por ende el tratamiento procesal será distinto pero al final se debe converger en buscar tutelar siempre los derechos fundamentales.

Lo que es evidente y nadie puede inadvertir, es que la regla de exclusión ha permanecido a través del tiempo a los distintos regímenes de prueba, lo que permea su importancia dentro del sistema probatorio. En el caso de los Estados Unidos, pionero de la *exclusionary rule* es que expresó una de las más importantes manifestaciones del papel que juegan los tribunales constitucionales en la división de poderes y el mensaje de que el interés del Estado en hacer cumplir sus leyes no puede pasar por encima de los derechos individuales y las garantías constitucionales.

En *Rochin vs. California* la Corte Suprema norteamericana expresó que el respeto a las exigencias de la cláusula del debido proceso ineludiblemente impone el deber de juzgar si la totalidad de los procedimientos tramitados que desembocan en una condena ofenden los cánones de decencia y corrección que expresan las nociones de justicia en que se sustenta una nación incluso hacia aquellos que han sido acusados de los crímenes más “abyectos” (Fidalgo, 2003:135).

Lo interesante radica en delimitar de modo preciso qué irregularidades si bien inciden en el debido proceso, no constituyen una lesión grave de derechos fundamentales que no sea oponible a otro principio que tutele el orden constitucional; el riesgo es adoptar posiciones radicales, tanto formalistas como ultragarantistas; se busca establecer elaboración de propuestas para la delimitación de violaciones que si accionarían la regla de exclusión de las que no la configuran; de cualquier modo aunque la jurisprudencia estadounidense esté plagada de críticas, lo cierto es que su trascendencia ha impactado más a países de corte continental que a aquellos que son de *common law*, cuyo desarrollo desde la primera mitad del siglo xx, es inconcuso que permeó a las cortes constitucionales iberoamericanas y en Europa principalmente a España.

Por lo que es menester analizar esta figuras conocidas como “excepciones” a la prueba ilícita, que la jurisprudencia norteamericana desarrolló y que lejos de advertirse desconectadas causalmente con una prueba que viola derechos fundamentales, su importancia radica en la utilidad para contribuir al

esclarecimiento de los hechos y la toma de decisión en la solución de la controversia relativos al acreditamiento de un delito y la intervención de una persona en su comisión, que es donde se centra la importancia de la prueba.

2.2 Excepciones a la regla de exclusión en los tribunales constitucionales

La evolución de la regla de exclusión, no obstante ha llevado a reconfigurar su dimensión y efectos por los tribunales constitucionales, éstos pretenden buscar un equilibrio en la trascendencia de la prueba ilícita a fin de que la maquinaria jurisdiccional no opere sobre bases ficticias y llenas de formalismo judicial, que conlleve a resultados ilógicos, parciales e injustos en la solución del caso sometido a su consideración. De ahí que la doctrina de la Suprema Corte de Estados Unidos hubiera elaborado una serie de reglas, a partir de ponderación entre diversos principios, que son conocidas como excepciones a su doctrina del fruto del árbol envenenado, en cuanto constituyen el desarrollo de la lógica racional al momento de juzgar un caso concreto; ello porque al igual que se aplica un razonamiento para establecer si una prueba viola derechos fundamentales, en la misma tendencia, se puede realizar la constatación entre las causas y las consecuencias para inaplicar la regla de exclusión en supuestos donde no existe esa ilicitud.

Reglas que creó precisamente la jurisprudencia norteamericana de precedentes a partir del caso *Breithaupt vs. Abram*, donde se negaron a aplicar la regla de exclusión; los hechos consistieron en que tras una colisión de tránsito en una autopista de Nuevo México, tres personas murieron y el conductor, quien provocó el accidente al ser trasladado al hospital, le fue tomada una muestra de sangre por indicación del policía quien había advertido que olía a alcohol; prueba que demostró que el imputado se encontraba en un estado de intoxicación etílica aguda y que sirvió para que fuera condenado por homicidio doloso en vez de estimarse que la muerte se provocó de manera involuntaria; contra la determinación mayoritaria de la Corte Suprema Federal que estimó legal el proceder del médico, el voto de la minoría, planteaba el tema de la irregularidad en la investigación policiaca y ante la falta de consentimiento del pasivo, la

prueba debía ser excluida; lo interesante fue que el voto planteaba un sentido adverso no por violar la dignidad personal del imputado sino una formalidad en la obtención de la prueba.

En efecto, lo que en verdad preocupaba no era la inocencia o culpabilidad de una persona, pues de eso no se ocupó la sentencia, sino si el procedimiento estuvo manchado por una violación de derechos constitucionales del imputado; resolución que como destaca Fidalgo de ningún modo puede menospreciarse, pues en lo sucesivo esa cuestión iba a dominar la escena doctrinal y jurisprudencial estadounidense y tendría un impacto en todo sistema judicial de los países que siguen un modelo democrático, pues acorde con esa postura la culpabilidad o inocencia de una persona no era lo más relevante en el proceso penal (Fidalgo, 2003:143); ello, al alegarse una cuestión formal para que una persona fuera declarada inocente con independencia del material probatorio incriminatorio y la correspondiente ausencia de reparación del daño hacia la víctima, en el que la presunción de inocencia era manipulada para permitir al acusado subvertir las garantías procesales y llamar la atención sobre la más nimia incorrección procedimental para eludir el castigo.

Por ello, las llamadas excepciones a la regla de exclusión deben analizarse no bajo la óptica de que representan un retroceso en la tutela de los derechos humanos, porque en nada inciden en sustentar un criterio regresista de violaciones a derechos humanos sino como criterios de ejercicios de razonabilidad ponderativa que se emplea en situaciones donde el marco legal queda superado ante la condición fáctica presentada y se tiene que expresar qué valor predomina con exclusión del otro en una confronta de derechos constitucionales, pero no a través de opiniones subjetivas y arbitrarias, sino de decisiones objetivas sobre la suficiencia de prueba; más aún, advertir que la regla de exclusión impide que posibles violaciones de derechos constitucionales no queden convalidadas, pero a la vez, no puede servir para crear impunidad, sino para arribar a una conclusión justa del conflicto.

De lo contrario, se abriría una puerta falsa por la que muchos imputados confrontarían el juicio no para defender su inocencia sino para buscar errores procedimentales que provoquen la nulidad del juicio, sin que el juzgador pueda analizar el fondo del asunto ante la falta de pruebas para pronunciarse por haber sido declaradas inadmisibles; lo que conlleva a plantear que en cada caso, el órgano jurisdiccional tiene la responsabilidad social de verificar que en verdad existen motivos suficientes para establecer que al actuar la regla de exclusión, ello no impide analizar el fondo del asunto y pronunciarse sobre temas de acreditamiento del delito y responsabilidad penal.

2.2.1 Fuente independiente

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) procede de la jurisprudencia norteamericana y establece que cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no traen causa de la primera, sino que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree*; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, en definitiva, es que la prueba obtenida ilícitamente puede no viciar a la restante prueba obrante en la causa, porque es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia; y entonces dicha excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal.

El fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica como señala Gascón, al invocar el precedente *Nix vs Williams* en que el interés que mantiene una sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen, se ponderen adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado sino se hubiese producido la conducta impropia; de ahí que cuando las pruebas cuya admisibilidad se impugna provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la

policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación” (Gascón,2008:88).

La doctrina de la fuente independiente, en rigor expresa que no estoy ante una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona y por tanto ese caso no entre en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol envenenado, sino de un árbol perfectamente sano, al no existir prueba ilícita. El problema, sin embargo, es que muchas veces se aplica o corre el riesgo de aplicarse la doctrina de la fuente independiente donde si existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter.

En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto que la policía registra una vivienda sin orden judicial, observa que hay droga, se va y obtiene una orden de registro basada –se alega- en información ajena al registro ilegal. En el segundo registro descubre la droga vista originalmente. El tribunal considera que la prueba (hallazgo de la droga) fue producto del segundo registro realizado mediante orden judicial basada en prueba independiente del primer registro ilegal.

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

policías al inmueble; lo que se trata es que la prueba independiente no tenga conexión causal con la ilegalmente obtenida.²

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció al resolver la contradicción de tesis 75/2004, sustentada entre el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que si bien, se protege la inviolabilidad del domicilio, sin embargo, permite a la autoridad practicar actos de molestia a los particulares e introducirse en éste, bajo ciertas condiciones o requisitos y con un propósito definido, a efecto de que pueda cumplir con sus actividades, pero sin causar una molestia innecesaria al particular; lo que implica que la autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en primer término en la Constitución y además en las leyes que de ella emanen, así como los tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en su artículo 11, punto 3, señala que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques a la intimidad.

Lo cierto es que el artículo 16 de la Constitución Federal, permite que las autoridades, a efecto de poder cumplir con sus funciones, se introduzcan en el domicilio de los particulares, como en el caso de los cateos, obsequiados por autoridad judicial bajo ciertos requisitos, que de inobservarse, traen como consecuencia que la diligencia de cateo carezca de todo valor probatorio, al vulnerar la inviolabilidad del domicilio, como derecho fundamental, sin contar con

²El efecto indirecto de la vulneración, no es predicable cuando se distingue una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las sobrevinientes. Un caso paradigmático. Una prueba regularmente obtenida mediante pericia, como el cotejo de huellas dactilares, con las impresas en el objeto material, conseguidas en una detención irregular, ya que se detuvo irregularmente aun ciudadano bajo el cargo de hurto; en el arresto se le tomaron las huellas dactilares, y al cotejarlas con las tomadas en el lugar del delito, coincidieron. Esta segunda prueba pericial fue ilícita por provenir de una detención arbitraria; empero, se vinculó de nuevo al imputado, presentando otra prueba pericial dactilar coincidente con las huellas halladas en el lugar del hurto, con huellas antiguas del mismo, que obraban en los archivos de la Policía, y que no tenían conexión con las recogidas tras la captura ilegal. Esta nueva prueba pericial fue lícita porque fue alcanzada independientemente del arresto ilegal.

orden judicial; por lo que no puede ser materia de prueba el informe policiaco o parte informativo, ni los testimonios de las autoridades que se introdujeron en el domicilio registrado, pues de manera directa derivan de dicha vulneración; ya que los objetos y personas encontrados en el domicilio inconstitucionalmente registrado, no hubieran existido de no haberse practicado el cateo ilegal, lo cual evidencia que el origen de los mismos es el propio cateo, el cual, al resultar ilegal y, en consecuencia, carecer de todo valor probatorio, influye de manera directa en los actos que de él derivaron, debiendo éstos seguir la misma suerte que aquello que les dio origen.

Así, el Máximo Tribunal Constitucional, estableció acorde con la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, si bien, no podía darse valor legal en juicio a probanzas obtenidas con violación al debido proceso legal, al resultar contrario a tal regla considerar las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales, pues además que de darles valor a tales actos, sería tanto como convalidar de manera parcial esa diligencia realizada en dicha forma en beneficio de la autoridad, toda vez que se declararía carente de valor probatorio pero las pruebas en él encontradas, mismas que derivan de tal medio de prueba, podrían ser consideradas en contra de quien fue molestado en su domicilio.

Lo que en su caso, bajo un aspecto de efecto disuasorio al impedir que se deje en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, pues de todos modos, los objetos que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio; ello en atención a que el mandato constitucional respecto de la orden de cateo va dirigido a las autoridades que se encuentran inmersas en la procuración y administración de justicia, que con su actuar pueden violar derechos fundamentales del gobernado que trascienden en su domicilio, libertad y seguridad jurídica, por lo que dichas autoridades están obligadas a respetar el marco constitucional y legal establecidos para esos efectos.

Empero, destacó, que si bien la orden de cateo presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación y la probabilidad de que en el mismo

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

Por lo que, estableció que, sólo en los casos en que se trate de un delito cometido en flagrancia, previsto en el precepto constitucional y legal citado, puede la autoridad introducirse a un domicilio sin contar con orden de cateo, fundado en que la demora podría hacer ilusoria la investigación de los delitos y la aplicación de las penas correspondientes; por lo que la autoridad policial podía irrumpir en el domicilio de un gobernado sin contar con orden de cateo cuando se esté cometiendo el delito dentro del domicilio, igualmente cuando después de ejecutado un delito en flagrancia el inculpado es perseguido hasta el domicilio particular. Lo que hace evidente la creación de una regla por parte de la Suprema Corte.

Así, concluyó que, en los supuestos de flagrancia no se requiere, necesariamente, orden de cateo, lógicamente las pruebas que se encuentren vinculadas directa o indirectamente con dichas detenciones, no se rigen por los supuestos que contemplan los numerales 61 y 284 del Código Federal de

Procedimientos Penales, pues tendrán eficacia probatoria y corresponderá al juzgador valorarlas conforme a las reglas relativas; bajo la razón de que la autoridad policial tiene el deber de velar por la seguridad y protección de la ciudadanía, por lo que se convierte en garante de los bienes de la sociedad y por contrapartida, tiene el derecho de hacer que cese dicha afectación, sin esperar que se lo autorice expresamente la autoridad judicial.

Pues, si en la Constitución se establecen los requisitos de la orden de cateo, sin los cuales la misma será ilegal, pero también se establece la facultad punitiva del Estado como garante de la existencia de la sociedad, de ahí que también prevea el delito flagrante; por lo que, estableció que entre ambos mandatos constitucionales, el de la orden de cateo y el de la facultad punitiva del Estado, debe existir un equilibrio, ya que no se puede concebir una orden de cateo que no cumpla con los requisitos correspondientes, en atención a los bienes tutelados que afecta, como tampoco, que ante conductas constitutivas de delitos, el Estado no actúe. Así, la regla para realizar un cateo la constituyen todos los requisitos que establece el artículo 16 constitucional descritos con anterioridad, y la excepción, cuando se verifique el cateo en caso de flagrante delito.

De acuerdo a lo antes señalado, expresó que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecerán de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria; en cuyo caso, corresponde al órgano jurisdiccional realizar el juicio de proporcionalidad sobre la medida del cateo llevada a cabo, a fin de establecer si se cumplieron los requisitos respectivos, o bien, no obstante que no se cumplieron se estaba en presencia de flagrante delito, como lo es, que la autoridad contara con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio, datos que se deberán aportar en el proceso en caso de llegarse a consignar la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez pueda tener elementos de valuación para determinar si en el caso efectivamente se trató

de flagrancia, pues en caso de que no se acredite que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión así como lo que de ello derive resultará ilegal (Tesis 1ª/J 21/2007, 2007).

Lo que permite concluir, que el anterior criterio jurisprudencial, muestra un ejemplo de creación judicial de la fuente independiente, al advertirse la desconexión causal de la violación al derecho fundamental a la inviolabilidad el domicilio, por no contar la autoridad policiaca con orden de cateo y la utilización de evidencia incriminatoria encontrada con motivo del registro practicado en el domicilio, bajo el argumento de que dicha actuación no encuentra conexión material con la violación a un derecho fundamental, al actualizarse la flagrancia de la comisión de un delito bajo un juicio de proporcionalidad que el Máximo Tribunal Constitucional del País establece bajo razones de necesidad y equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendría para lograr la detención de personas que cometen delitos, así como la liberación de víctimas o el aseguramiento de objetos de delitos.

Ello, advierte, no sólo un supuesto en que la Corte mexicana exceptúa requisitos para emitir una orden de cateo, sino que precisamente la inexistencia de una orden de registro permea la excepción a una prueba que en otro supuesto se reputaría ilícita y por ende, una prueba que debería excluirse del material probatorio; empero, la fuente independiente se plantea, al advertirse que en ese supuesto la evidencia incriminatoria se nulificaría por completo, pues es con motivo de la intromisión al domicilio que se obtienen las pruebas de cargo y se logra la detención de los inculpados; lo que en caso contrario, implicaría dejar en libertad a personas que han sido sorprendidas en el momento de la comisión delictiva de delitos graves como lo es el secuestro.

Las consideraciones anteriores, permiten la reflexión sobre el tema al parecer contradictorio, en el respeto a los derechos humanos a través de la tutela de la inviolabilidad el domicilio, por un lado, por el otro tratar de evitar la impunidad a la lesión o peligro de bienes jurídicos relevantes para quienes integran la sociedad, como lo es la vida o la libertad personal.

En efecto, permitir el cateo domiciliario donde se encuentra la víctima de una violación, secuestro o posible homicidio, sin orden de autoridad judicial, por parte de elementos policíacos, en tratándose de delitos flagrantes, conforme al criterio de la Suprema Corte, ello no implica violación a los derechos fundamentales del imputado, al salvaguardar bienes de mayor jerarquía y tutela, a los sacrificados, esto es, la inviolabilidad del domicilio.

Postura que comparto, bajo una premisa simple, no es dable justificar la salvaguarda de un derecho humano, en perjuicio de otro o de otros, de mayor tutela estatal, bajo un test de proporcionalidad y bajo la racionalidad e la afectación de uno de los principios constitucionales, sin subjetivismo o arbitrariedad, cuya importancia radica en crear criterios que producen consecuencias socialmente aceptables y que válidamente pueden servir como pautas para crear reglas en supuestos análogos, pues las razones no son otras que soluciones de pesos y contrapesos en la ponderación.

Así lo reconoce el Código Nacional de Procedimientos Penales al establecer supuestos donde no se requiere orden judicial para ingresar a un domicilio, al estimar que se encuentra justificado en supuestos donde es necesario para **1)** repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad personal de una o más personas, o bien, cuando se realiza con consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo.

En este último caso, la autoridad que practique el ingreso deberá informarlo dentro de los cinco días siguientes, ante el Órgano jurisdiccional. A dicha audiencia deberá asistir la persona que otorgó su consentimiento a efectos de ratificarla y en su caso los motivos que determinaron la inspección sin orden judicial constarán detalladamente en el acta que al efecto se levante.

Lo que advierte que la protección del domicilio dentro del proceso penal es de segundo nivel, esto es, no es un derecho absoluto, aun cuando la protección de los ámbitos de intimidad debe ser de modo amplio, lo que implica que el registro sin orden judicial debe ser excepcional por el lugar preferente de los derechos humanos; en el caso del consentimiento otorgado por el particular cabe exigir

algún tipo de prueba de que ese consentimiento fue libre para admitir la validez de la información, pues no puede operar un consentimiento tácito, sino probado, al constituir una de las condiciones de legitimidad del proceso penal dentro de un Estado de Derecho (Binder, 2012:143).

2.2.2 Vínculo atenuado

Una variante más, es la del nexo causal atenuado (*attenuated connection principle o purget taint*) figura que supone la violación de derechos fundamentales y la existencia de evidencias o cualquier medio de acreditación relacionado con la violación, pero conectado tan tenuemente con ésta, que su exclusión puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad; por ejemplo, en un interrogatorio al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, que es ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales.

Dicha figura, procede también de la jurisprudencia norteamericana y consiste en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada caya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente. Así, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena de causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado; lo que en su caso, supondría de violaciones a derechos fundamentales, como el hecho del interrogatorio practicado al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, sin la asistencia de un defensor, que al ser ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales, se estime legal.

La confesión voluntaria a la que hace referencia esta excepción es la realizada sobre la base de los elementos encontrados mediante la lesión de un derecho. Así, señala la tratadista *Gascón*, en un registro inconstitucional en el domicilio de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga era suya y ahora si esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. En línea de principio de confesión no debería considerarse válida, pues hay un nexo causal entre el registro inconstitucional y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga; de no haberse hallado la droga no se hubiera detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Pero lo que se argumenta –y esta es la trama de la excepción- es que el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido advertido de sus derechos) y, por tanto, que lo ha hecho libre y voluntariamente y no como fruto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podría no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho. En suma, lo que se sostiene es que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental, por lo que no está justificada excluirla del proceso (*Gascón*, 2008:76 y 77).

La confesión voluntaria, en el sistema acusatorio permea otros beneficios al justiciable, como el previsto en el procedimiento abreviado, una forma de terminación anticipada del proceso, a través del cual el imputado a cambio de la reducción de la pena, admite su responsabilidad por el delito que se le imputa y acepta ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación, siempre que no exista oposición de la víctima u ofendido fundada, esto es, cuando el Juez de control advierta que no se encuentra debidamente garantizada la reparación del daño.

En este caso, si bien el registro del domicilio donde fue encontrado narcótico al no sustentarse en una orden de cateo, devendría ilegal, no lo es su confesión del imputado, al tratar de llegar a la obtención de una pena atenuada y admitir su intervención en los hechos, donde el nexo causal atenuado en relación a la orden ilegal de registro, carece de sustento probatorio.

2.2.3 Descubrimiento inevitable.

La excepción del descubrimiento inevitable es construida inicialmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y sostiene que cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicara la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Esta excepción, reconocida también por la jurisprudencia constitucional española bajo la jurisprudencia constitucional estadounidense, hace referencia por tanto a aquéllos supuestos en que se considera que la lesión del derecho ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona, pues “existen líneas de investigación en marcha no viciadas de constitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma”, bajo un contexto de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En terminología del Tribunal Constitucional español, la excepción se basa en considerar que los datos probatorios obtenidos a partir de la lesión al derecho fundamental son “neutros”, en el sentido de que no han sido indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada; o, lo que es lo mismo, que esa prueba se hubiera obtenido igualmente sin la vulneración del derecho.

Por su parte, la excepción del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*), fue asumida por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Nix Vs. Williams. Esta excepción, a la que se denomina a veces la doctrina de la fuente independiente hipotética (*hypothetical independent source doctrine*), se basa en argumentar que las pruebas resultantes de la lesión del

derecho (por ejemplo, la información contenga en la cinta magnetofónica que se ha obtenido lesionando el derecho a la privacidad de las comunicaciones), que sólo por ese deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas. Normalmente lo que se sostiene (y en eso consisten esas “otras vías”) es que la policía tenía en marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos).

La excepción se ha hecho merecedora de críticas, pues es difícil determinar en cada uno de los casos examinados qué papel jugaron en la práctica de la prueba derivada los datos e informaciones obtenidas a partir de la lesión del derecho y qué papel jugaron las observaciones derivadas del seguimiento policial que se venía desarrollando. Por eso “resulta aventurado atribuir al dato obtenido con la intervención [lesiva del derecho] un papel meramente accesorio”. Y aún cabe formular críticas más contundentes a la excepción del descubrimiento inevitable, pues se basa en un juicio meramente conjetural o hipotético, es decir, en lo que pudo haber pasado y no pasó, por lo que resulta difícilmente admisible desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que exige ser desvirtuada con datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita.

En el derecho colombiano, señala Bedoya, entre los criterios relacionados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, supone la violación de garantías fundamentales y la obtención de evidencias claramente vinculadas con la actuación irregular. En este evento, la razón para mantener la evidencia en pro de los intereses de la víctima y la sociedad, está relacionada con el hecho de que, de todas formas, sería descubierta; así, lo único que la actuación ilícita hizo fue anticipar un resultado inevitable; por ejemplo, puede hablarse de fuente independiente en el caso en que los investigadores presionan indebidamente a un detenido por el delito de homicidio para que diga dónde está el cadáver y logran con esto hallarlo; a pesar de esto la Fiscalía puede acreditar luego, que un grupo de búsqueda dispuesto con antelación para hallar el cuerpo, necesariamente lo

encontraría, gracias a la información con la que contaba y al lugar en el que estaba realizando el operativo(Bedoya, 2008:204).

La determinación de cuándo se entenderá que la conexión ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional, sin embargo admisible, se realizara caso por caso por los Tribunales; así en un intento por contratar estos vagos parámetros, la doctrina ha deducido de los pronunciamientos jurisprudenciales españoles los factores cuya concurrencia puede coadyuvar a esa determinación, sin que la mera presencia de uno de ellos pueda provocar por sí mismo que la mancha resulte purgada, ya que cuanto más tiempo haya transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de pruebas derivadas, más posible es que los Tribunales estimen que la “mancha” ha quedado suficientemente atenuada como para que no se justifique la aplicación de la regla de exclusión, acorde a la 'longitud' de la cadena de causas y efectos. Cuanto más acontecimientos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad primera y la prueba derivada, más probable será que el Tribunal considere que el fruto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta el árbol del cual proviene.

2.2.4 La buena fe

Considerada como la excepción más peligrosa para la regla de exclusión y, por consiguiente para la protección de los derechos fundamentales que constituye su objetivo. El mayor peligro, dice Gascón, lo representa el riesgo de contagio (o extensión) a la prueba directamente obtenida a partir de la lesión de un derecho; o sea, la posibilidad de que también se determinen formulando excepciones a la exclusión de las pruebas directas. Esta excepción (*la good faith excepción*), señala la autora fue creada por la jurisprudencia norteamericana en 1984 en la sentencia que resuelve el caso *United States Vs. León*. En ella se afirma que no procede aplicar la *exclusionary rule* cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero en apariencia correcta; es decir, cuando haya actuado en la creencia de que la orden judicial que autoriza el registro era válida. Esta doctrina

se completó en 1987 con la sentencia *Illinois Vs. Krull*, que extendió la excepción de buena fe a los supuestos en que la policía había realizado el registro al apoyarse en una ley posteriormente declarada inconstitucional y, en 1995 con la *Arizona Vs. Evans*, que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial (Gascón, 2012:166 y 167).

Como explica, la justificación de la excepción de buena fe es que en estos casos según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder, al concluirse que cualquier policía en el futuro actuaría de la misma forma.

En España, la excepción de buena fe policial ha sido introducida por la STC 22/2003 a propósito de un caso donde se cuestionó la licitud de la información contenida en el acta de entrada y registro que la policía realizó en el domicilio de un detenido sin que mediara su consentimiento, ni autorización judicial, sino sólo el consentimiento de la esposa del denunciante. El Tribunal Constitucional adujo que en el momento de practicar la entrada y registro, que no existió dolo o culpa (o mala fe) en dicho registro, pues los agentes policiales que lo practicaron actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente; por ello concluyó que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

Así, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante prueba ilícita, o en relación con la obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis del *deterrent effect* ha permitido a la jurisprudencia norteamericana sostener su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad, lo que no debe regir la decisión de los tribunales, no obstante el impacto social de ciertas conductas reprochadas que atentan gravemente contra bienes esenciales

de la convivencia social, de algún modo permean la ponderación de intereses constitucionales en juego.

2.3 La tesis española de la conexión de antijuridicidad.

La conexión de antijuridicidad es una construcción teórica del Tribunal Constitucional español mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas del proceso y cuando las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental no se excluyen. Esta tesis parte del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias y de estas circunstancias da cuenta justamente la doctrina de la conexión de antijuridicidad. En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícita, bajo un contexto de presión social ante la criminalidad. Dicha doctrina, se proyecta sólo sobre el denominado efecto reflejo de la regla de exclusión de la prueba ilícita; esto es, en el ámbito de las denominadas pruebas ilícitas indirectas, pues llevar esta tesis también al ámbito de las pruebas ilícitas directas equivaldría pura y simplemente a la anulación de la regla de exclusión y con ello a la desprotección de los derechos fundamentales en uno de los campos más proclives a su vulneración.

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

En virtud de esta doctrina, no existe conexión de antijuridicidad (y por tanto cabe utilizar la prueba en el proceso), sólo si concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente, perspectiva interna y perspectiva externa. En el primer lugar (perspectiva interna), es necesario que la prueba refleje o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a (o independiente de) la vulneración del derecho, lo que tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; o sea, cuando la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes de la lesión del derecho. La apreciación del dato de la independencia exige tomar en cuenta circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como su resultado. En segundo lugar (perspectiva externa), se requiere que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la entidad objetiva de la vulneración del derecho cometida, así como la existencia o no de la intencionalidad o negligencia grave en dicha vulneración.

La tesis de la conexión de antijuridicidad condiciona por tanto la admisión de las pruebas ilícitas indirectas, aparte de la independencia jurídica ente la lesión del derecho y la prueba derivada, a la inexistencia de necesidades importantes de tutela del derecho lesionado; o sea, suponiendo la independencia jurídica hay que examinar la concreta lesión del derecho fundamental para ver si la excepcional admisión de la prueba ilícita, no afectara demasiado a su contenido esencial y su necesidad de tutela. La tesis, en este segundo aspecto, formula pues la exclusión en unos términos preventivos que recuerdan mucho la doctrina norteamericana del *deterrent effect*, pues una vez afirmada la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba, la exclusión queda condicionada a las necesidades de disuasión, pero con ello el tribunal, que inicialmente había configurado la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal, ha reformulado su fundamento, acercándose a los pronunciamientos típicos de la jurisprudencia norteamericana.

De hecho un año después de la construcción de esta doctrina, la STC 49/1999 muestra ya claramente este viraje en la fundamentación de la regla de exclusión, remite en realidad a un juicio de ponderación entre el interés público en la averiguación de la verdad en el proceso (que se conecta además en muchos casos al interés en reinstaurar la seguridad ciudadana) y el interés en reconocer y garantizar la plena eficacia de los derechos. Y este juicio de ponderación, precisamente por su acusado carácter discrecional, termina dejando en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos; según esta doctrina, la apreciación de la independencia jurídica depende de circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como de su resultado, lo cual remite también a un juicio notable de discrecionalidad.; más bien limitada bajo la convicción de que la rígida aplicación de la regla tendría un impacto nocivo sobre la confianza de los individuos en el funcionamiento del Poder Judicial, que sobre todo en el proceso penal verían cómo personas aparentemente culpables son exoneradas con base en los que ellos consideran detalles técnicos de escasa importancia y en todo caso a concepciones más profundas de filosofía política para las que los derechos fundamentales no representan el basamento infranqueable del estado y del derecho.

Prueba de ello, es que entre los defensores de este debilitamiento de la regla de exclusión, hay quienes se muestran críticos incluso con la tesis del efecto disuasorio, por considerar que es demasiado condescendiente con los derechos fundamentales frente a la necesidad de sancionar el delito propio del Estado; quienes consideran que disuadir de la lesión de los derechos inadmitiendo la prueba ilícita es “premiar” al afectado por esa violación, pues para evitar actuaciones de este tipo se podía, si acaso, sancionar al policía que viola el derecho fundamental pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe; en definitiva, hay quienes consideran que los derechos fundamentales no son algo intocable o tabú.

Obviamente, estas tesis no niega la importancia de los derechos fundamentales como el elemento básico del orden político, pero al resaltar la necesidad de ponderar los derechos con las demandas sociales de justicia y

seguridad mitigan y al extremo, anulan su trascendencia; también es verdad que esta posición aun cuando en el texto constitucional mexicano es tajante, la legislación secundaria advierte matices en carácter de excepción, respaldado bajo la idea de que no existe un sistema de prioridades absolutas entre los distintos bienes y derechos constitucionales, por lo que los eventuales conflictos entre los mismos hablan de ser resueltos mediante un juicio de ponderación a la luz de las circunstancias reales de los casos; empero, al dejar ciertas cuestiones a la discrecionalidad en la decisión, propician que diferentes intereses al respeto de los derechos fundamentales sedan el paso a otros valores, como lo es la criminalidad creciente, a cuya expansión se conformara la regla de exclusión bajo interpretaciones más o menos extensivas, aunque con ello se contraponga al reconocimiento de plena eficacia de los derechos humanos, bajo un modelo procesal-constitucional comprometido no sólo con la averiguación de la verdad, sino también con la defensa de los derechos, un modelo en el que verdad no puede perseguirse a cualquier precio.

Aquí, es donde se debe puntualizar, el aspecto toral del presente trabajo de investigación; esto es, destacar que la ponderación en la selección del material probatorio que puede ser valorado para determinar la responsabilidad penal de una persona, es lo que va a definir el sistema de valoración en el proceso penal mexicano; por ello, la trascendencia de la construcción y explicación de los criterios jurisprudenciales de los tribunales constitucionales mexicanos, ya que como toda corte, permea un desarrollo social y político que vive el país a fin de mostrar un papel decisivo en el desarrollo de una sociedad de la que no es ajena ni debe serlo bajo un aspecto de responsabilidad.

De modo, que como operador de un sistema de justicia, trato de desarrollar el conocimiento científico en su interrelación con el caso sometido a conocimiento a fin de lograr una resolución lo más justa posible para las partes que intervienen en el proceso, sin dejar de observar los derechos fundamentales, pero bajo criterios de proporcionalidad, también tutelar los derechos de quienes se ubican en un estado de vulnerabilidad ante la trasgresión de derechos humanos, lo cual sitúa al tribunal constitucional en una posición sumamente compleja y por ende,

trascendental en la aspiración de la construcción de un Estado de derecho. Un claro ejemplo de ello, se patentiza en el amparo en revisión **319/2013**, interpuesto tanto por el agente del Ministerio Público de la Federación, así como por los *terceros perjudicados* (**padres de la menor occisa**), en contra de la sentencia constitucional dictada por la *Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Yucatán*, quien determinó otorgar la protección de la justicia federal al quejoso en contra del auto de formal prisión dictado en su contra por los delitos de ROBO CALIFICADO, VIOLACIÓN EQUIPARADA y HOMICIDIO CALIFICADO, en el que se le imputaba que el trece de mayo de dos mil doce, aproximadamente entre las seis y las diez horas, en la vivienda ubicada en el predio número doscientos noventa y cuatro de la “Calle 23”, entre las diversas calles “24 y 26” del centro de Izamal, Yucatán, se apoderó de diversos bienes muebles que le eran ajenos (celular y DVD portátil) que se encontraban al interior de dicho inmueble, y además, impuso cópula a una menor del sexo femenino de cinco años que habitaba en dicho lugar, al introducir por la vía vaginal y anal su miembro viril o algún objeto distinto, para después lesionarla en la cabeza al ser golpeada con unas piedras, lo que le provocó la muerte por un traumatismo craneo encefálico.

Al estimar la Juez de amparo que la medida de arraigo decretada en contra del imputado con base en el artículo 248 del Código de Procedimientos en Materia Penal del Estado de Yucatán en la época de los hechos, era una prueba ilícita, dado que resultó inconstitucional atento a la jurisprudencia 1a./J. 4/2015 (10a.) emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro “ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL” (Tesis 1ª /J 4/2015,2015, p.1226).

Criterio que señaló sustancialmente que la reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008, estableció la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial federal y a solicitud del Ministerio Público; lo que impide a un juez local emitir una orden de arraigo

para el éxito de la investigación de un delito también local, no puede ser considerada constitucional, al carecer de competencia, aun cuando el delito por el que se solicitó fuera considerado grave y en la Federación o en el Estado no haya entrado en vigor el sistema penal acusatorio.

Por lo que la juez constitucional, estimó que las pruebas obtenidas con motivo de la ejecución de la orden de arraigo resultaron ilegales; específicamente, la confesión ministerial y la de su diverso coinculpado, así como el informe de investigación emitido por el agente federal en el que se entrevistó con el quejoso y con su coinculpado en el centro de arraigos esto, al haber sido obtenidos mediante la vulneración de Derechos Fundamentales; por tanto, decretó otorgar el amparo para que la autoridad responsable con libertad de jurisdicción excluyera dichos medios de prueba, los cuales no debían ser administrados por la responsable para efectos de tener por acreditada su responsabilidad penal.

Como se advierte, la determinación se sustentó en que con motivo de que las reformas Constitucionales del dieciocho de junio de dos mil ocho, no tendrán vigencia en las Entidades Federativas en las que no se hubiere incorporado el sistema penal acusatorio y en cambio, sí gozarán de dicha vigencia en aquellas en las que se aplique el nuevo sistema de justicia penal acusatorio; en el caso del Estado de Yucatán, estimó que no obstante la vigencia del sistema de justicia penal acusatorio había entrado en vigor por regiones y/o departamentos, el arraigo era inconstitucional.

Pero la A quo, soslayó advertir que si bien, el Poder Constituyente al aprobar dicha reforma constitucional, incorporó un amplio régimen transitorio en aras de que tanto la Federación, así como las diversas entidades federativas, de manera soberana y previo diseño de sus estrategias, así como basados en la eficaz organización de recursos, procedieran a decretar la vigencia de dicho sistema de enjuiciamiento en sus respectivos territorios, era menester analizar el régimen transitorio de vigencia que al efecto, el propio legislador constituyente estableció y del cual, la Primera Sala estimó revocar el amparo otorgado y dejar subsistente la orden de arraigo así como todo lo actuado en dicho periodo.

Lo anterior ya que, el Consejo de la Judicatura de la entidad, mediante acuerdo general número EX19-111019-01, en la parte que nos interesa, estableció que el sistema procesal acusatorio que entrará en vigor el uno de septiembre de dos mil doce entre otros, en los municipios que integran la Quinta Región del Primer Departamento Judicial del Estado, entre los cuales se comprende el Municipio de **Izamal**, en donde tuvieron verificativo los eventos delictivos origen de esta Alzada constitucional; con lo cual, si las conductas antisociales materia del auto de formal prisión reclamado tuvieron verificativo el trece de mayo de dos mil doce, precisamente en el Municipio de Izamal, Yucatán, perteneciente a la Quinta Región del Primer Departamento Judicial del Estado, en el cual, conforme a la declaratoria y acuerdo general del Consejo de la Judicatura Local el sistema acusatorio implementado por “regiones” iniciaría vigencia hasta el uno de septiembre de dos mil doce; mientras que la orden de arraigo fue decretada en contra del amparista el diecinueve de mayo del dos mil doce; consecuentemente, se estimó legal la imposición de la medida cautelar decretada en contra del imputado.

Lo que advierte que no se debe perder de vista que los medios utilizados para la represión penal en un Estado social de Derecho han de tener de soporte los principios jurídicos esenciales en una sociedad democrática, pues la propia existencia de un proceso aleja la idea de que la única finalidad del Estado en este ámbito se traduzca en la represión de las conductas delictivas, puesto que de ser ello así, necesariamente sobraría el proceso mismo; pero los tribunales constitucionales al resolver un caso concreto y fijar criterios, mandan un mensaje a una sociedad donde los jueces han perdido legitimación en la medida en que resuelven sin tomar en consideración los derechos de todos los intervinientes del proceso penal, porque los padres de la menor ofendida buscaban al igual que el imputado tutela judicial efectiva, las cual les fue negada de primera instancia, bajo una interpretación hipergarantista de la exclusión de la prueba ilícita.

Pues si bien, la exclusión de pruebas que violan derechos fundamentales del imputado deben ser excluidas, el trabajo fino de un tribunal constitucional es equilibrar y hacer observar el debido proceso, entre cuyos extremos se encuentra

no solo velar por los derechos del acusado, sino el reparar violaciones a derechos de las víctimas, en el caso concreto el de una menor que antes de ser privada de su vida, había sido torturada en un contexto total de excesiva crueldad y quien se encontraba en un completo estado de vulnerabilidad.

El Estado debe preservar los valores y los principios que rigen a la sociedad, motivo por el cual no puede desbordar los límites de la legalidad, pues podría ocasionar un daño social al perder la legitimidad en que debe sustentar sus actuaciones. Por tal razón, el fiscal, el juez y las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad, legalidad en el debate probatorio y con respeto de la persona humana, postulados que constituyen los límites fundamentales a la aplicación de los principios de la libertad de la prueba, la obtención coactiva de la misma y el derecho de defensa, donde la interpretación de los criterios jurisprudenciales y de la norma deben lograr un resultado justo en la solución el conflicto, como acontece en la aplicación de desconexión causal de pruebas que no se ven vinculadas con violaciones a derechos humanos.

Así, entonces, en el juicio no se puede utilizar medios de prueba que desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa disposición legal, un derecho fundamental o una garantía judicial. Por consiguiente, la libertad absoluta de los medios de prueba impera siempre y cuando no se atente contra aquéllos.

El funcionario judicial debe proporcionarle a la sociedad la seguridad de que los fines del derecho, de la justicia y de la equidad, se cumplirán con apego, a lo estipulado en la Constitución, en los instrumentos internacionales y en la ley; el marco constitucional no sólo debe proteger el orden social y la seguridad pública, sino que igualmente debe proteger la dignidad y la libertad personal del procesado, así como velar porque los derechos de la víctima se restablezcan.

Capítulo 3

La Exclusión de la Prueba Ilícita como Derecho Fundamental

3.1 La prueba ilícita y control de convencionalidad

Una de las circunstancias más trascendentales que viven los sistemas jurídicos de los países iberoamericanos, es sin lugar a dudas, la paulatina aplicación por los tribunales nacionales, específicamente, los tribunales constitucionales, de los estándares internacionales de derechos humanos para su debida tutela en el orden interno. A pesar de que los instrumentos internacionales (convenciones, declaraciones, pactos) sobre derechos humanos fueron suscritos después del impacto causado por las violaciones flagrantes cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, al menos la existencia declarativa de ese núcleo de derechos, ha permitido de manera progresiva un avance significativo para que los Estados implementen en sus legislaciones internas el desarrollo y alcance de los derechos humanos; así Brewer señala que la incorporación de los derechos humanos en la legislación doméstica, se ha dado a través de diversas formas, como es la incorporación en las Constituciones de las cláusulas abiertas de derechos humanos, en la aplicación directa de instrumentos internacionales sin leyes reglamentarias, mediante la constitucionalización progresiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la consecuente aplicación directa en el orden interno y finalmente, a través de la inserción en las Constituciones de reglas de interpretación constitucional de los derechos, sea de acuerdo con lo establecido en instrumentos internacionales (Brewer, 1995:1 y 2)

En México, el caso paradigmático que sentó las bases para la interiorización del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional y legal, fue la sentencia por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco dictada por la CIDH el 23 de noviembre de 2009 y en la cual se vinculaba directamente al Poder Judicial como parte de la reparación derivada de determinar responsabilidad internacional; pero su verdadera trascendencia radica no sólo en ilustrar los temas de la naturaleza de este delito elevado a norma *ius cogens*, la connotación del juez natural, el derecho a la verdad, la participación de

los familiares de la víctima, las obligaciones y responsabilidad estatal, sino en aperturar una serie de principios y criterios que cambiarían la forma de interpretar los derechos humanos; ello porque el máximo intérprete de la Convención Americana en sus sentencias, no sólo emite una serie de resolutivos para cumplir con éstas, sino que proporciona una doctrina en el cabal entendimiento de las obligaciones de los Estados para adoptar esas regulaciones en el derecho doméstico, vincular sus criterios como parámetros de interpretación conforme dirigido a los jueces nacionales para lo cual se conforma el sistema interamericano; esa es la finalidad del control de convencionalidad, establecer una interpretación de los derechos constitucionales respecto a los contenidos de la Convención Americana; el caso Radilla Pacheco deja como lección que el control de convencionalidad deviene de la misma integración del contenido constitucionalmente predicable de los derechos humanos (Caballero, 1995:64 y 65).

En este panorama, la reforma de 10 de junio de 2011 al artículo 1° de la Constitución Federal, hizo patente que los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para buscar la protección más amplia, al fortalecer el papel de los jueces al ser los garantes de los derechos humanos en todas sus dimensiones, buscar su observancia, respeto, promoción y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, aun cuando no exista una solicitud expresa de las partes, pues por ello debe ser de manera oficiosa.

En ese sentido, no debe pasarse por alto que el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco), determinó que el control a cargo de los jueces del país que no formen parte del control concentrado, debía realizarse incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que son competentes, pues los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar

de cara a la Constitución y a los tratados internacionales por el simple hecho de ser jueces. No es exactamente por ese solo hecho, sino por el papel de interpretar y aplicar la Constitución en el respeto a los derechos humanos.

La obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el juez tenga una panorámica clara de cómo resolver un caso concreto, en cuyo caso si el legislador no observa su obligación de no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, le corresponde al Poder Judicial abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella; so pena de generar responsabilidad internacional del Estado, a virtud de los actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana; así la CIDH, ha destacado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: **a)** la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y **b)** la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Aquí, es donde se puntualiza que la defensa y observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil, no sólo de la Convención sino de los instrumentos internacionales, de manera que éste no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Heliodoro Portugal vs Panamá, 2008, parr. 180)".

Así en la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, la Corte Interamericana, permeó que los Estados que han ratificado la Convención Americana, se ven obligados a que sus jueces velen por el efecto útil de la

Convención, cuyas disposiciones no pueden ser mermadas por la aplicación de leyes internas que contravengan su objeto y fin. Tarea que le es asignada a todas las autoridades en el ámbito de su competencia, pero que encomienda su control al Poder Judicial; ello, porque ha señalado que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, lo cierto es que, el Estado parte de la Convención y sus jueces, a su vez como parte integral de éste, también están sometidos a ella, lo que les obliga a tutelar y maximizar los efectos de las disposiciones de la Convención; así el Poder Judicial debe ejercer “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún, se destaca, que no sólo se debe tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, como el último intérprete de la Convención Americana.

Máxime, que acorde con el derecho internacional, las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; tal como lo prevé el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, 2006: parr. 124 y 125).

Esto es, la tutela efectiva del Estado en los derechos humanos, conforme al párrafo tercero del artículo primero constitucional, es un imperativo, la obligación de cada autoridad en el ámbito de su competencia en su salvaguarda conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Luego en términos del párrafo primero del ordenamiento constitucional, los Tratados Internacionales, que México ha suscrito y ratificado, constituyen el bloque legal de protección, sin que se pueda argumentar, que el deber de obligación de tutela, no es del ámbito de una autoridad en particular, por ser el estado, en su conjunto, quien tiene esa responsabilidad. Incluso sin argumentarse reserva o restricción en derecho humano alguno, en razón de que cualquier disposición en ese sentido, en el derecho doméstico, carece de supremacía o jerarquía normativa, sobre el Tratado Internacional

La acuñación del término “**control de convencionalidad**”, que propuso el entonces juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez en su voto razonado a la sentencia *Myrna Chang vs Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, ha permitido afirmar que éste se ejerce en dos vertientes, a nivel internacional por la CIDH y a nivel interno por los jueces y tribunales nacionales, lo que reiteró el propio juez García Ramírez en su voto razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador* de 7 de diciembre de 2004, donde realizó una comparación en cuanto a que la función de la Corte Interamericana se asemejaba a la que desplegaban los jueces nacionales en control constitucional cuando analizan la conformidad de los derechos, reglas, valores y principios previstos en la Constitución (García, 2003: 101; 2004: 114), sólo puso de manifiesto como lo dijo el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010, que el juez nacional es un juez internacional, al ser el principal intérprete de la normatividad internacional.

El juez de control constitucional custodia la conformidad de la norma secundaria con la norma constitucional y ahora en día, el juez internacional de los derechos humanos se asegura de esa conformidad del derecho doméstico con la vigencia de la Convención Americana; por ello como señala el maestro García, la Corte Interamericana no es un tribunal extranjero que se sitúa para nuestro país al margen o mediante una imposición, por el contrario forma parte del sistema interamericano, a cuya construcción ha contribuido México como estado parte (García, 2003:67)

Por ello, la CIDH ha señalado que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, los funcionarios que ejerzan funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el **efecto útil de la Convención** no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes internas que sean contrarias a sus disposiciones, objeto y fin; esto es, todos los jueces deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la **Convención** Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas

competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Caso Vélez Loor vs Panamá, 2010:parr. 165).

Ahora bien, ello no debe interpretarse como una regla aplicable en todos los casos de manera obligatoria, pues la interpretación conforme sólo se actualiza cuando el caso concreto lo requiera, sin que ello implique hacer a un lado los presupuestos formales y materiales que rigen las reglas del procedimiento internas, o más aún, tratar de ejercer control convencional en hipótesis que están perfectamente reguladas en sede interna y compatibles con los estándares internacionales, pues como ha destacado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la expresión *ex officio no significa que siempre y sin excepción*, los jueces deban hacer obligatoriamente el control de constitucionalidad de los derechos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; sino que la misma implica que lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces, aun cuando no sean jueces de control constitucional. Al efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre este tema, reconoce la existencia de dos niveles de análisis de la constitucionalidad, el primero que realiza el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos; mientras que el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1º, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. Lo que se contiene en la Tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, Octubre de 2015, p. 1052, de rubro: *“INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.”*

No obstante, para hacer ese ejercicio de ponderación, es menester que se tenga a la vista por el juzgador el bloque de constitucionalidad, a fin de establecer si en el caso concreto se amerita un control de convencionalidad o de

constitucionalidad, sin adoptar criterios tradicionales para dejar de aplicar los estándares internacionales.

Ello es perfectamente palpable en la aplicación de los estándares internacionales con la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, que implementó el llamado nuevo sistema de justicia penal, pues éste básicamente sustenta la observancia de los principios y lineamientos constitucionales en todas las etapas del procedimiento penal en un sentido progresivo en la tutela de los derechos humanos; lo que de manera paralela implica para las autoridades competentes un mayor y estricto escrutinio en la detención y definición de la situación jurídica de la persona imputada, que es donde generalmente se cometen las mayores violaciones a derechos fundamentales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno bajo un test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), ello porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación grave de un derecho humano (tortura o detención ilegal) o del incumplimiento de un requisito de formalidad (no estar asistido por licenciado en derecho), en cuyo caso se aplicará la regla de la invalidez de la diligencia.

Es aquí donde el sistema probatorio delinea su conformación para partir de una base filosófica que permea el sustento de los derechos humanos, el hombre como fin en sí mismo, el fin último y la justificación misma del sistema, por lo que el *ius puniendi* debe preservar ante todo la dignidad personal de los ciudadanos bajo cuya jurisdicción se aplique, que se traducen en imponer límites a los principios de libertad probatoria, obtención de pruebas y derecho de defensa, bajo

lo cual el debido proceso se erige como la plataforma en que el Estado legitima su actuación; en este contexto el juez debe observar dos momentos para cumplir con el debido proceso: **a)** observar todas las formas previstas para la práctica de actuaciones o diligencias y **b)** otro más específico relacionado con el proceso probatorio; los cuales permiten desarrollar la doctrina de la prueba ilícita, pues aun cuando en ambas fases se deben respetar los mismos derechos humanos, lo cierto es que se debe distinguir una violación a una formalidad que si bien no puede subsanarse, con una violación grave de derechos humanos, que puede colapsar un proceso y declararlo inválido en su totalidad.

3.2 Efecto corruptor de la prueba ilícita

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando no ha analizado en detalle la regla de exclusión, ha declarado la responsabilidad del Estado por violación directa de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana, tales como la presunción de Inocencia o la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura, o la condena de personas con base en pruebas ilícitamente obtenidas. En uno de los pocos casos interamericanos relacionados, *Cantoral Benavides*, la Corte declaró que la víctima fue torturada “para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas” (Caso Benavides vs Perú, 2001: parr. 132). En consecuencia, la Corte declaró que se había incurrido en violación del Artículo 8.3 de la Convención. Asimismo, la Comisión concluyó que el Artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura fue violado en Manríquez, donde la víctima había sido inculpada en base a pruebas obtenidas exclusivamente por medio de tortura (Manuel Manríquez c. México, 1998: parr. 8).

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*; la Corte consideró que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo.

Asimismo, destacó que el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. En consecuencia, la Corte consideró que excluir la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción, garantiza de manera adecuada la regla de exclusión (Caso John Murray v. UK, 1996: parr. 45 y 46).

Así, la regla de exclusión en el sistema interamericano, puede ubicarse en el artículo 8.3 de la Convención Americana que prohíbe el uso de confesiones en procedimientos legales si se establece que la declaración se obtuvo mediante coacción de cualquier naturaleza. El Artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura prohíbe el uso de cualquier declaración obtenida mediante tortura como prueba en un procedimiento legal. La única circunstancia en la que se puede utilizar como prueba tal declaración es en el procesamiento de la persona acusada de obtener la información mediante tortura. Aunque la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura parece excluir las pruebas obtenidas únicamente por medio de tortura, la Convención Americana, mediante el uso de la palabra coacción, permite una aplicación más amplia y puede incluir las confesiones obtenidas mediante un trato que podría describirse como cruel, inhumano o degradante. Desgraciadamente, la jurisprudencia pertinente a este respecto, tanto en el caso de la Corte como en el de la Comisión, es incipiente y, por lo tanto, no arroja luz sobre el ámbito de aplicación de estas disposiciones (Rodríguez-Pinzón: 136).

Sobre el tema de graves violaciones a derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que cuando el juez advierta la actualización de los supuestos que actualizan el efecto corruptor del proceso penal, esto es, cuando la vulneración de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal provoca en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo cual imposibilitará al juez para pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona, lo que a consideración de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha señalado puede acontecer cuando concurren

las siguientes circunstancias: **a)** que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal; **b)** que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y **c)** que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión. Así las cosas, cuando el juez advierta la actualización de estos supuestos, deberá decretar la invalidez del proceso y, al no haber otras pruebas que resulten incriminatorias, decretará la libertad del acusado; ello, acorde al contenido de la tesis de rubro: “EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA” y “EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. CONDICIONES PARA SU ACTUALIZACIÓN Y ALCANCES.”

Ello, porque el actuar de la autoridad ha provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conllevan la falta de fiabilidad de todo el material probatorio, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados, por lo que procede decretar la libertad del acusado cuando la violación produce la afectación total del derecho de defensa; lo que reafirma la posición de que la justicia es uno de los valores superiores del sistema legal, pero que la verdad no puede obtenerse a cualquier precio, el Derecho penal debe actuar siempre como lo que es, tutelador y protector de los derechos humanos, que se constituye para luchar contra la violencia y la fuerza, el Estado no puede actuar con la misma violencia que quiere combatir, pues su legitimación proviene de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Siempre debe defenderse el valor superior de la dignidad humana, que se constituye como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil.

La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentra consagrada en varios tratados interamericanos sobre derechos humanos. En primer lugar, la Convención Americana establece el derecho a la integridad personal en su Artículo 5.1 que garantiza el derecho a la integridad física, psíquica y moral; la Corte ha definido que el alcance de este derecho tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. El Artículo 5.2 de la CA prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y establece que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece la obligación de los Estados partes de prevenir y sancionar la tortura; así como la Convención de Belém Do Pará reafirma el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura u otros tratos que no respeten su integridad personal y dignidad. La Comisión interamericana ha dictaminado reiteradamente que el derecho a la seguridad de la persona incluye el derecho al trato humano y a la integridad personal. La Declaración Americana también consagra el derecho a un tratamiento humano a toda persona que se encuentre bajo custodia del Estado; por su parte el Artículo 27 de la Convención Americana, que regula la suspensión de derechos en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que suponga una amenaza para la independencia o seguridad del Estado parte, estipula específicamente que el derecho a la integridad personal garantizado en el Artículo 5 no es derogable y que con independencia de la existencia de tratados y declaraciones internacionales, la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes se ha convertido en una norma imperativa de Derecho internacional, también denominada norma de *jus cogens*. En *Cantoral Benavides*, la Corte estableció que, independientemente de si ciertos actos son constitutivos de tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes o de ambas cosas, «corresponde dejar claro que son comportamientos estrictamente

prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (Caso Cantoral Benavides vs Perú, 2001: parr.171)

Por lo que, conforme al marco constitucional y convencional, la prohibición de la tortura se reconoce y protege como derecho absoluto que pertenece al dominio del *jus cogens* internacional, mientras que sus consecuencias y efectos impactan en dos vertientes: tanto de violación de derechos humanos como de delito, de modo que las personas que denuncien actos de tortura tienen el derecho a que las autoridades intervengan de forma expedita para que su acusación sea investigada y, en su caso, examinada a través de un juicio penal; en ese sentido, las autoridades tienen la obligación de investigar la tortura para, en su caso, esclarecerla como delito, así como de realizar y proseguir de modo diligente las investigaciones necesarias para deslindar responsabilidades por su comisión.

La obligación de proteger ese derecho recae en todas las autoridades del país y no sólo en aquellas que deban investigar o juzgar el caso; más aún, debe considerarse como denuncia de un acto de tortura a todo tipo de noticia o aviso que sobre ese hecho se formule ante cualquier autoridad con motivo de sus funciones.

En ese sentido, el artículo 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, proscribe la tortura, mientras que el artículo 29 de la propia Constitución Federal enfatiza que la prohibición de tortura y la protección a la integridad personal son derechos que no pueden suspenderse ni restringirse en ninguna situación, incluyendo los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; asimismo, las obligaciones adquiridas por México, en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, incluyen tipificarla como delito, investigar toda denuncia o presunto caso de ella, así como de excluir toda prueba obtenida por la misma. En ese orden, la tortura actualiza una categoría especial y de mayor gravedad que impone hacer un análisis cuidadoso bajo los estándares nacionales e internacionales, tanto en su impacto de violación de derechos humanos como de delito.

Más aún, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en sus artículos 18, 19 y 20, apartado A, el derecho de los detenidos a ser tratados con dignidad. Estos preceptos reconocen diversos derechos de las personas detenidas y el trato al que tienen derecho mientras se encuentran privados de su libertad, como son el lugar donde se encontrará la prisión preventiva, el plazo máximo de detención ante autoridad judicial, la presunción de inocencia, la prohibición de ser incomunicados, torturados o intimidados, así como sus prerrogativas durante el proceso. Por otra parte, ha sido expresamente previsto en los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho a la integridad personal así como el derecho a que toda persona privada de su libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por tanto, estos derechos que asisten a los detenidos deben respetarse independientemente de las conductas que hayan motivado la privación de la libertad, así sea que puedan ser objeto de variadas y limitadas modulaciones en específicas circunstancias, de modo que su inobservancia es violatoria de derechos humanos.

Lo que hace evidente que el efecto corruptor, se potencializa en las diligencias que se generan con motivo de la detención; para lo cual la Corte mexicana, ha señalado que de conformidad con el artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como con los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la limitación a la libertad personal con motivo de la detención por flagrancia, implica que toda persona detenida bajo esa hipótesis sea puesta sin demora a disposición de la autoridad ministerial. El reconocimiento y protección de este derecho fundamental conlleva una trascendencia especial, pues el escrutinio estricto posterior a la detención se dirige precisamente a verificar que no hubo una privación ilegal de la libertad que, de actualizarse, provocaría invalidar la detención, así como datos de prueba obtenidos con motivo de la misma, además que ello deberá desencadenar el reproche y la exigencia de responsabilidad a los agentes captores.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha destacado que la prohibición de la tortura como derecho absoluto se reconoce y protege como *jus cogens* en armonía con el sistema constitucional y convencional; proscrita en el artículo 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mientras que el artículo 29 de la propia Constitución Federal enfatiza que la prohibición de tortura y la protección a la integridad personal son derechos que no pueden suspenderse ni restringirse en ninguna situación; máxime que la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal para prohibir la tortura, así como otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, en concordancia con los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, ha destacado que el Estado mexicano debe incluirla como delito investigar toda denuncia o presunto caso de ella, así como de excluir toda prueba obtenida por la misma. En ese orden, la tortura actualiza una categoría especial y de mayor gravedad que impone hacer un análisis cuidadoso bajo los estándares nacionales e internacionales, tanto en su impacto de violación de derechos humanos como de delito.

Más aún, cuando la autoridad tenga conocimiento de la manifestación de que una persona ha sufrido tortura o cuando tenga datos de la misma, deberá, inmediatamente y de oficio, dar vista al ministerio público para que inicie una investigación de manera independiente, imparcial y meticulosa; dicha investigación tiene como finalidad determinar el origen y naturaleza de la afectación a la integridad personal de quien alega la tortura, e identificar y procesar a las personas responsables.

Cuando, dentro de un proceso, una persona alegue que su declaración fue obtenida mediante coacción, las autoridades deben verificar la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación diligente. Asimismo, el hecho que no se hayan realizado oportunamente los exámenes pertinentes para determinar la existencia de tortura no exime a las autoridades de la obligación de realizarlos e

iniciar la investigación respectiva; tales exámenes deben hacerse independientemente del tiempo transcurrido desde la comisión de la tortura; pues con independencia de la obligación de los órganos de legalidad o control constitucional, en torno al reconocimiento y protección del derecho humano de integridad personal y la prohibición de la tortura como derecho absoluto, subsistirá en todo momento la obligación de instruir su investigación conforme a los estándares nacionales e internacionales para deslindar responsabilidades y, en su caso, esclarecerla como delito, con fundamento en los artículos 21 de la Constitución Federal, 1, 3, 6 y 8, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como 1o., 3o. y 11o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Lo que ha reconocido Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis de rubro: “TORTURA. CONSTITUYE UNA CATEGORÍA ESPECIAL Y DE MAYOR GRAVEDAD QUE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO BAJO LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES.” y “TORTURA. OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD CUANDO UNA PERSONA MAIFIESTA HABERLA SUFRIDO O SE TENGAN DATOS DE LA MISMA.”

Con el fin de no incentivar la comisión de infracciones al debido proceso y a la defensa adecuada de cualquier imputado, se plasma como derecho fundamental la exclusión de pruebas directas que violenten derechos humanos empero, ello no es transmisible al resto del material probatorio de cargo, el cual debe ser analizado a efecto de separar aquellas pruebas que en su obtención se hayan observado las garantías procesales constitucionales pertinentes. Así, de conformidad con el artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como con los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la limitación a la libertad personal con motivo de la detención por flagrancia, implica que toda persona detenida bajo esa hipótesis sea puesta sin demora a disposición de la autoridad ministerial. El reconocimiento y protección de este derecho fundamental conlleva una trascendencia especial, pues el escrutinio estricto posterior a la detención se dirige precisamente a verificar que

no hubo una privación ilegal de la libertad que, de actualizarse, provocaría no que el proceso se invalidara, sino solamente la detención, así como datos de prueba obtenidos con motivo de la misma, además que ello deberá desencadenar el reproche y la exigencia de responsabilidad a los agentes captores.

De lo que se advierte que las consecuencias y efectos de la vulneración al derecho humano de libertad personal, con motivo de la retención indebida, no trae como consecuencia inmediata la nulidad el juicio o en una primera instancia la inmediata libertad del detenido, sino que implica que si la prolongación injustificada de la detención generó la producción e introducción de datos de prueba, éstos deben declararse ilícitos, lo mismo que las diligencias pertinentes se hayan realizado en condiciones que no permitieron al inculpado ejercer el derecho de defensa adecuada, de conformidad con los principios de debido proceso y obtención de prueba lícita. Como se expresó en la tesis sustentada por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal Constitucional, de rubro: “DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA, AL SER CONSIDERADOS ILÍCITOS.”

Asimismo, otro precedente trascendente, lo constituye la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, pues establece un nuevo modelo de justicia penal para pasar del llamado sistema mixto al acusatorio u oral, que introdujo la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala en el artículo 16 párrafo octavo adicionado. En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público, quedando la facultad accesoria del arraigo como exclusiva de las autoridades federales.

Sin embargo, como se analizó con anterioridad en un capítulo precedente, en ningún momento se permite que los ministerios públicos o jueces locales

emitan estas órdenes. Por ello, una orden de arraigo emitida por un juez local, solicitada por un ministerio público del fuero común, para el éxito de la investigación de un delito también local, no puede ser considerada constitucional, ya que ni el juez es autoridad competente para emitirla, ni el ministerio público para solicitarla, aun cuando el delito por el que se solicitó fuera considerado grave y en la Federación o en el Estado no haya entrado en vigor el sistema penal acusatorio. De modo que el Máximo Tribunal Constitucional del País en la tesis de rubro: “ARRAIGO LOCAL. EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ. EXCLUSIÓN DE PRUEBAS DIRECTA E INMEDIATAMENTE RELACIONADAS.”, determinó que dada la inconstitucionalidad de una orden de arraigo emitida por un juez local, solicitada por un ministerio público del fuero común, lo cierto es que el tribunal, debe analizar en cada caso qué pruebas carecen de valor probatorio por encontrarse directa e inmediatamente vinculadas con el arraigo, dado que dicho valor no se pierde en automático por la declaración de invalidez de la orden de arraigo; esto es, para los efectos de la exclusión probatoria, el juez de la causa penal deberá considerar aquellas pruebas que no hubieran podido obtenerse a menos que la persona fuera privada de su libertad personal mediante el arraigo, lo cual comprenderá todas las pruebas realizadas sobre la persona del indiciado, así como todas aquellas en las que él haya participado o haya aportado información sobre los hechos que se le imputan estando arraigado.

En este sentido, se constriñe al juez de la causa penal a que, mediante un auto que emita en la etapa procedimental en que se encuentre el juicio penal, determine qué pruebas deben ser excluidas de toda valoración, lo cual debe hacer del conocimiento de las partes en el juicio. Todo lo cual desprende una tendencia a establecer por parte de los tribunales constitucionales la suficiencia probatoria bajo un juicio justo o equitativo, aun cuando se hayan producido pruebas ilícitas que fueron excluidas bajo el canon de que la culpabilidad se sustente en pruebas de cargo lícitas y suficientes a fin de no trastocar el principio de presunción de inocencia como regla de valoración de la prueba, pues una sentencia absolutoria debe versar en primera instancia al considerar si el juicio llevado con acatamiento

al debido proceso permitió demostrar globalmente la responsabilidad penal del imputado.

De modo que lo que los tribunales constitucionales realizan es un juicio de ponderación entre el vicio acontecido en el proceso y el resultado que arroja la exclusión de la prueba que violentó derechos fundamentales; lo que redundó en el análisis de la lesión al derecho fundamental y su relación directa con el estado de indefensión que se hubiere creado, bajo el uso de la proporcionalidad, la ponderación de intereses o el test de equilibrio (*balancing test*), al tomar en consideración la gravedad de la lesión producida y la utilidad probatoria; por ello el papel que retoman las cortes constitucionales es toral, ya que la toma de decisión y la interpretación jurisprudencial que se realice al resolver casos concretos van a delinear el desarrollo de la regla de exclusión y los criterios de excepción en que se considera que no debe operar la misma al no verificarse violación de derecho fundamental alguno.

Ahora bien, no obstante la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 517/2011, otorgó a la quejosa Florence Marie Louise Cassez Crepin, un amparo liso y llano al ordenar su absoluta libertad por estimar actualizado el efecto corruptor, al argumentar graves violaciones a los derechos fundamentales a la notificación, contacto y asistencia consular; a la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público y a la presunción de inocencia, que permearon en todo el proceso; lo cierto, es que fuera de esa resolución la Corte no ha vuelto a establecer el efecto corruptor para liberar a algún otro quejoso, pues contrario a ello se advierte que la jurisprudencia posterior ha establecido un discurso de respeto a la regla de exclusión de las pruebas practicadas u obtenidas con violación a derechos fundamentales, pero nunca volvió a determinar la exclusión de todo el proceso; determinación que acorde con lo antes expuesto, si bien estableció importantes avances en el respecto al debido proceso de los detenidos y a los alcances al principio de presunción de inocencia, lo cierto es que disintimos del tratamiento adoptado en el asunto y en específico con la determinación de darle un amparo liso y llano y ordenar su libertad, acorde a las siguientes consideraciones.

En efecto, en sesión de veintitrés de enero de dos mil trece, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de tres votos el asunto, se presentó un nuevo proyecto de resolución bajo la Ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero después de que en sesión de veintiuno de marzo de dos mil doce se desechara el proyecto original de resolución. La determinación, fijo sus alcances en cinco argumentos identificados como (i) principio de buena fe ministerial, (ii) la interpretación de “sin demora”, (iii) la asistencia consular, (iv) lo que la quejosa denomina “acceso a la justicia y equidad procesal”, y (v) presunción de inocencia.

Con total independencia de que el asunto alteró la procedencia del amparo directo en revisión, dado que en un amparo directo atraído la Corte puede realizar el estudio de las pruebas que obran en autos, pronunciarse acerca de la valoración realizada por la autoridad responsable en el acto reclamado, de su suficiencia, de su licitud, etcétera, como si se tratara de un Tribunal Colegiado de Circuito, pero en cambio, en un amparo directo en revisión, como el analizado, las cuestiones de mera legalidad, como lo es la valoración del caudal probatorio, en principio no es susceptible de revisión, debiéndose limitar la materia del recurso, como se ya se precisó, a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

Por tanto, las consideraciones que se sustentaron para hacer procedente el análisis del material probatorio fue incorrecto pues no podían revisar la legalidad de la resolución dictada por la autoridad responsable, sino, se reitera, exclusivamente los temas de constitucionalidad propiamente dichos.

Lo cierto es que, como planteó el Ministro José Ramón Cossío Díaz en su voto particular “efecto corruptor” que se le atribuyó a la “escenificación ajena a la realidad” un carácter destructor de la totalidad del material probatorio, no distinguió entre lo que fue producido u obtenido a través de las actuaciones que se dieron en el periodo de tiempo en que se violentó la puesta sin demora de la imputada ante una autoridad competente, sino que sólo se destacó que Florence

Cassez fue expuesta repetidamente y en profundidad a un espectáculo televisivo que calificó de inadmisibles en un sistema democrático de derechos y libertades.

Pero nunca se analizó si ese exceso y arbitrariedad en la puesta a disposición generó más allá de exponer su imagen ante una sociedad como “secuestradora”, un efecto psicológico que provocara la falta de fiabilidad en el material probatorio, recabado incluso aún antes de su detención, ya que para demostrar tal efecto corruptor debían haberse solicitado las pruebas pertinentes para determinar si realmente una transmisión en los medios de comunicación del tipo descrito induce tanto a las víctimas, como a los testigos, así como a los jueces y autoridades participantes al grado de invalidar la totalidad de las actuaciones realizadas, las declaraciones rendidas con anterioridad.

Ello, porque si bien, no es posible ni sería adecuado fijar una regla de temporalidad que defina el concepto “sin demora” aplicable a la presentación del detenido ante el Ministerio Público, sino que el juez debe calificar en cada caso si la dilación es o no justificada, atento a las peculiaridades de cada caso en concreto, como la distancia que existe entre el lugar de la detención y la agencia del Ministerio Público, esto es, motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata; en el caso concreto, sino existía un impedimento razonable para que la quejosa no fuera puesta a disposición inmediata, acorde con el criterio sostenido por la propia Primera Sala “EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.”, al aplicar la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, la cual tiene como objetivo eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales, pero que, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento procesal o en una futura reposición del procedimiento.

De modo que el efecto real de la demora en la entrega de la quejosa al ministerio público, provoca que aquellos elementos que puedan utilizarse como prueba generados como resultado de esa demora o los elementos derivados de

estos, no sean tomados en cuenta por el juzgador, pero no que lo ocurrido en esta demora se convierta a su vez en la causa de un vicio por inducción de la totalidad del juicio y proceso en todas sus instancias, esto es, la violación procesal en el caso fue la demora en la puesta a disposición de la detenida al ministerio público sin razones que la justifiquen, lo que de ninguna manera generaba la invalidez de todo lo actuado, sino, en todo caso, lo del período de tiempo no justificado, en el que pudieron haber violaciones a derechos humanos de la detenida.

La transmisión por parte de los medios posterior al rescate de las víctimas, resulta de una demora injustificada en la puesta a disposición de la quejosa, pero ello no podía conducir a realizar una interpretación de la Constitución en relación con este caso concreto, no comparto que exista un efecto generalizado y absoluto de nulidad como lo hizo valer la sentencia mayoritaria, sino que habría que destacar los lineamientos precisos para que la autoridad responsable, sin tomar en cuenta los elementos específicamente viciados por la violación procesal, realizara una nueva valoración del material probatorio restante, en específico la identificación que las víctimas hacían a la quejosa en las ampliaciones de sus declaraciones iniciales, en donde expresamente afirmaban que la ubicaban como consecuencia de verla en los noticieros de la televisión.

Por lo que, ello no podría crear una regla general, para que cualquier identificación derivada de una transmisión por medios de comunicación sea inválida por provenir de dicha transmisión, sino que ésta, como en el caso sucedió, al provenir de una violación procesal constitucional grave como es la demora injustificada en la puesta a disposición al ministerio público, generaba la invalidez del reconocimiento que las propias víctimas dijeron procedía del material irregularmente obtenido.

Porque si bien, cualquier imputado tiene como derechos reconocidos en nuestro sistema legal en el artículo 113 del Código Nacional de Procedimientos penales, fracciones I, XIII, XIV y XV, ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad; ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser

detenido o aprehendido; no ser expuesto a los medios de comunicación y no ser presentado ante la comunidad como culpable; lo que es acorde con la tesis de jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.) de rubro “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.”, que sustenta que la presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal y una de sus vertientes se manifiesta como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal, es decir, comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria; manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.

Lo cierto es que la afirmación de la corte de un “efecto corruptor” invalidó en consideración de la suscrita, el derecho de las víctimas a conocer si la quejosa intervino o no en los hechos del secuestro y en su caso, hizo nugatorio su derecho al esclarecimiento de los hechos, a la verdad, justicia y reparación, en los términos que la CIDH ha señalado en el Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, 2000: párr. 201).

Para lo cual, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Derecho a la Verdad en América, emitido el 13 de agosto de dos mil catorce (2014), destacó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la verdad es considerado como elemento fundamental de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial; pues surge como una

consecuencia básica e indispensable para todo Estado Parte en la Convención Americana mediante sistemas de protección capaces de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

En ese sentido, el derecho a la verdad ha sido entendido como una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares, como un auténtico compromiso del Estado. Por ello, la protección judicial busca combatir la impunidad, entendida ésta como la ausencia en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables; se resalta el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido a través de una investigación efectiva, el procesamiento de los responsables de los ilícitos, la imposición de las sanciones pertinentes y la indemnización de los daños y perjuicios que hubieren sufrido los familiares.

Incluso se resalta que el derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido no se limita a las víctimas y sus familiares, sino que también corresponde a la sociedad en su conjunto, quien mediante la obligación que el Estado tiene de divulgar los resultados de los procesos penales e investigativos, permite la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad, obligación de investigar que no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas.

Máxime, que el informe estableció que el derecho a la verdad también constituye una forma de reparación en casos de violaciones de derechos humanos; pues el reconocimiento de las víctimas es relevante porque significa una forma de admitir la importancia y el valor de las personas en tanto individuos, víctimas y titulares de derechos.

Por ende, la violación acerca de que la falta de notificación, contacto y asistencia consular resulta el detonante de una serie de violaciones de derechos fundamentales que se extienden en el tiempo y afectan, de forma total y compleja,

al curso del procedimiento” como lo sostuvo el Máximo Tribunal Constitucional del País, era una circunstancia que impedía el esclarecimiento de la imputación formulada a la quejosa, pues en su caso se estaba ante defecto procesal que podía ser subsanado a través de una nueva sentencia, como violación al debido proceso, pero circunscritas a las actuaciones realizadas durante el tiempo en que no tuvo dicha asistencia, es decir, nulificar lo actuado durante el tiempo en el que careció de una debida asistencia consular la detenida, pero ello no significa que lo producido durante ese tiempo provoque la devastación de la totalidad del procedimiento; tal como sucede con la declaración obtenida sin la asistencia de un defensor

Por todo lo cual, no se comparte el sentido otorgado a dicha determinación, dado que las violaciones analizadas no mermaron en mi consideración el juicio justo, pues al excluirse los medios de prueba que violentaban los derechos fundamentales de la quejosa, era perfectamente válido que se analizara el fondo del asunto atento al derecho de acceso a la justicia de las víctimas, lo anterior, con el fin de individualizar, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de los hechos relacionados con la ejecución de la privación ilegal de la libertad de que fueron objeto las víctimas de secuestro, como se volvió a establecer en el Caso Gutiérrez y Familia vs Argentina (Caso Gutiérrez y Familia Vs Argentina, 2013: párr. 154); en tanto que es criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en diversas resoluciones reiterar la conexión prueba ilícita-proceso equitativo al interpretar el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que sustenta el derecho a un proceso equitativo mediante una valoración conjunta del material probatorio que funda la condena, pues no es suficiente el efecto excluyente de ciertas pruebas sino la posibilidad de contradecir o refutar el resultado de la prueba ilícita, así como analizar si ésta constituía la única prueba de cargo eficaz.

3.3 Prueba ilícita en el sistema tradicional a la entrada en vigor del sistema acusatorio

La entrada en vigor del sistema acusatorio de manera progresiva, implica que subsistan en todo el país, dos sistemas de enjuiciamiento, el mixto o llamado ahora tradicional, y el sistema de corte acusatorio-adversarial. Así, de la interpretación de los artículos cuarto y tercero transitorios correspondientes a las reformas constitucionales publicadas el 18 de junio de 2008 y el 8 de octubre de 2013, en el Diario Oficial de la Federación, respectivamente, así como de los artículos tercero y quinto transitorios del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que el Poder Reformador de la Constitución ordenó que los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio serán concluidos a la luz de las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto. De ahí que si el procedimiento penal fue regulado en alguna de sus etapas procesales por el sistema procesal penal mixto o tradicional, entonces debe aplicarse este último, lo que no necesariamente sucede en caso contrario pues, en principio, es un contrasentido que una misma causa penal, que sólo ha sido instruida bajo un sistema procesal, se encuentre regulada, a un mismo tiempo, por otro sistema de muy diversa índole, el cual, además, se encuentra formalmente derogado.

El tema de la competencia es una cuestión que ha causado varios sucesos jurídicos al interior de la comunidad jurisdiccional, ya que existe una posición que señala que aun cuando la investigación inició con el sistema tradicional, mucho antes de que el sistema acusatorio entrara en vigor, le correspondería a éste conocer de la averiguación previa bajo el argumento de que es más garantista.

No obstante, es de resaltarse que el sistema procesal penal mixto opera bajo el principio de permanencia de la prueba introducida al expediente judicial en cualquier etapa procedimental, hasta en tanto no sea declarada su ilegalidad y exclusión del material probatorio. Por su parte, en el sistema procesal penal acusatorio y oral -para efecto del juzgamiento y la afirmación de la culpabilidad

del imputado- únicamente podrán considerarse las pruebas introducidas en la etapa de juicio oral, salvo aquellas cuyo desahogo anticipado esté autorizado por la ley.

Cualquier elemento que pudiera constituir prueba plena, introducido, obtenido o desahogado al margen de las precisiones señaladas, no puede adjudicársele ese carácter, al contravenirse los principios que sustentan que el lugar natural del debido proceso es precisamente la audiencia del juicio oral, cuyo debate se verifica en presencia del tribunal de enjuiciamiento o juez del juicio, bajo la técnica de formación de la prueba, que no es otra que la intermediación.

Ello, implica que el sistema acusatorio busca garantizar el adecuado desarrollo de los ciudadanos en un marco de seguridad y libertades, entendiéndose que un proceso penal sólo podrá considerarse legítimo si permite emitir un fallo por medio de un método de transparencia permita a la luz del público y con la participación de las partes, conocer, bajo un estándar de más allá de toda duda razonable, la verdad de lo sucedido. Así, de conformidad con esta nueva metodología de audiencias, la lógica de las pruebas cambia respecto del sistema tradicional o mixto, pues en éste, se requiere de diversas formalidades, dado que la prueba se estima con mayor reforzamiento desde que el Ministerio Público las desahoga, y es, en las posteriores instancias que se verifica su alcance probatorio en la acreditación del hecho delictuoso.

En cambio, en el sistema procesal penal acusatorio y oral, la imputación no requiere de la plena certeza del Ministerio Público de que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometiera o participara en su comisión, pues la convicción final de la existencia del delito y la responsabilidad penal será del juez oral, lo que implica que en este sistema la configuración de la carpeta de investigación no requiere de una tarea investigadora reforzada; de ahí que ésta no se integre con pruebas, sino con datos de prueba.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el estándar de prueba de un auto de vinculación a proceso, al resolver

la contradicción de tesis 87/2016 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimoséptimo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, la cual dio origen a la jurisprudencia 35/2017 (10a.), de rubro “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL).”, ha destacado que acorde a una interpretación armónica del artículo 19 constitucional el auto de vinculación a proceso solamente tiene carácter presuntivo, pues en el sistema penal acusatorio oral, la vinculación se realiza en función de los hechos, siempre y cuando se establezca que los mismos están tipificados como delito, y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, lo que ocurrirá cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo.

Por lo que no se requiere un cúmulo probatorio amplio como lo requería el auto de formal prisión, en razón de que el Ministerio Público no presenta pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad del indiciado, sino sólo hace una referencia de datos probatorios que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley prevé como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; de modo que la intensidad o profundidad del análisis que deberá hacer el juez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 Constitucional, para identificar si un hecho o una serie de hechos está tipificado en la ley como delito, será el que resulte necesario de acuerdo a la metodología de resolución del juzgador, para satisfacer el mandato constitucional, esto es, que permita que se “establezca”, a partir de los datos de prueba, que un hecho o serie de hechos están tipificados como delito por la ley penal y que para el dictado del auto de vinculación a proceso, no es necesario que el Juez de Control realice un desglose de los elementos del delito, sino que tal actuar dependerá de la metodología que elija para otorgar claridad y certeza a su determinación, pero sí lo conmina a fundar y motivar suficientemente su ejercicio

de ponderación de los datos de prueba expuestos por la representación social, así como las razones que llevan a determinar credibilidad o no en este estándar probatorio de los que haya ofrecido la defensa para establecer el dictado de vinculación a proceso.

Todo lo cual, ha generado una serie de conflictos no sólo competenciales, sino de la intensidad con el que se advierten ciertas diligencias que en el sistema tradicional aun sustentan auto de formal prisión, en el caso de aquellos procesos que continúan con el sistema penal tradicional o de sentencias que son revisadas en apelación o en sede constitucional, en las cuales se establecieron criterios de la Suprema Corte para observar el debido proceso con la consecuente exclusión de pruebas que se estimen violentan derechos humanos, principalmente por la inasistencia del defensor, como se analiza a continuación.

3.3.1 Declaración ministerial sin asistencia del defensor

Para garantizar la defensa adecuada de un inculcado en el sistema tradicional, a que se refiere la fracción IX del artículo 20 en vigor, antes de la reforma del dieciocho de junio de dos mil ocho, se estima necesario que esa defensa esté representada por un licenciado en derecho, ya que es la persona que cuenta con la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente le es conveniente al inculcado, es decir, por profesional (licenciado en derecho) dado que con éste el inculcado está mejor protegido porque guía su actuación en lo que le conviene, aptitudes éstas con las que no cuenta la persona de confianza, por lo que el indiciado durante la etapa de averiguación previa y el proceso ante el Juez, debe estar asistido de un licenciado en derecho (abogado particular o defensor de oficio), con independencia de que haya designado persona de su confianza, pues en este caso el Estado se encuentra obligado a tener defensores profesionistas, con lo que se estaría otorgando al indiciado una real y efectiva asistencia legal.

Esto se destaca porque por muchos años, el inculcado pudo ser asistido de persona de confianza, sin que ninguna violación se estimara pudiera verificarse bajo esa actuación. Atento a lo anterior, al reanalizar la regla de exclusión, se matizó que la defensa adecuada sólo se satisface con la defensa material que

realiza el inculpado por sí, y con la defensa técnica (formal) que se realiza a través de un licenciado en derecho, por ser quien cuenta con la capacitación profesional para ejercer dicha defensa, esto es, una persona experta, con lo que además en el caso se estaría respetando el principio de equidad entre las partes, pues no debe perderse de vista que el Ministerio Público como acusador es un órgano técnico, que está representado por un licenciado en derecho y por lo mismo el inculpado debe estar representado por un profesionista en la misma materia y no únicamente por cualquier persona de confianza.

La garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social; de modo que la declaración rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, pues al respecto el Máximo Tribunal Constitucional del País, estimó que la palabra "asistencia" no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.

Sobre este apartado, es importante destacar que cuando personas indígenas, por ejemplo, están vinculadas en un proceso del orden penal, el estándar para analizar si existió acceso pleno a la jurisdicción del Estado no es

igual al que aplica en cualquier proceso judicial, pues sus especificidades culturales obligan a todas las autoridades a implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades. En ese sentido, el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra a favor de aquéllas el derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Además, establece el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, lo cual constituye un mecanismo óptimo para una defensa adecuada y, por tanto, el pleno acceso a la justicia en favor de este sector históricamente vulnerable, así como la mejor manera de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten determinadas minorías culturales; sin que para ello el defensor deba hablar la lengua del imputado, pues dicha labor la absorbe el intérprete, a través del cual el inculcado podrá ser escuchado y se hará sabedor de sus derechos a través del intérprete; máxime cuando la designación de defensor efectuada por la persona indígena.

Lo que se reconoce en la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, consultable en la página 413, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época del Semanario Judicial, de rubro siguiente *“DEFENSA ADECUADA DEL INCULPADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS.”*.

No obstante lo anterior, bajo la óptica de la teoría del vínculo atenuado o nexo causal atenuado, en el escenario del proceso propiamente dicho, bajo la debida observancia de los derechos constitucionales y legales del inculcado, en presencia del Juez, asistido por licenciado en derecho, de manera libre, voluntaria y espontánea, si el inculcado declara en relación al hecho imputado y expresa una versión de los hechos totalmente distinta a sus declaraciones rendidas sin la

asistencia de su abogado , en uso de su derecho a defenderse de la imputación, se advierte que la conexión es tan tenue, entre las declaraciones rendidas como ilícitas (declaraciones ministeriales) y la ampliación de declaración vertida en audiencia de ley y ésta última, que la exclusión de la ampliación de declaración del inculpado se considere desproporcionada y carente de real utilidad, al advertirse que dicha conexión causal con las pruebas inválidas 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.

Ello, porque si en la especie, el quejoso al ampliar sus declaraciones en audiencia de ley, en uso de su derecho de defensa adecuada, asistido por su defensor de oficio, expresó diversos argumentos tendentes a establecer que no era cierta la imputación, el proceso justo implica que se le dé la posibilidad de controvertir la imputación, 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 y a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, con lo cual la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, estiman procedente justipreciar dichas declaraciones, a fin de ser analizadas en su contradicción con el material probatorio de cargo. Lo que se ha determinado en los criterios contenidos en las tesis de rubro: *“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.”* y *“PRUEBA ILÍCITA. NO SE CONSIDERAN COMO TALES LAS TESTIMONIALES DE DESCARGO AL CONSTITUIR UNA FUENTE INDEPENDIENTE DE LAS DECLARACIONES MINISTERIALES DEL INCULPADO CONSIDERADA COMO NULA AL HAER SIDO RENDIDA SIN ASISTENCIA DE SU DEFENSOR.”*.

Más aún, en una nueva vertiente, el tema de la asistencia de un intérprete, fue matizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de evitar que los imputados a través de su defensa, utilizarán el argumento del origen étnico para

obtener resoluciones favorables por esa sola causa, al excluir prueba con efectos expansivos. Por lo que si bien, tienen derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, para garantizar ese derecho los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

También lo es que, se ha destacado que el grado de conocimiento del español es relevante para determinar el alcance de la previsión establecida en el artículo 2 de la Constitución Federal, según la cual las personas indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidas por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura, lo cual es entendible por la necesidad de racionalizar el uso de los recursos en el sistema de administración de justicia y armonizar en un escenario concreto las funciones y necesidades de todos los intervinientes en juicio.

En ese sentido, el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra a favor de aquéllas el derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Además, establece que tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, lo cual constituye un mecanismo óptimo para una defensa adecuada y, por tanto, el pleno acceso a la justicia en favor de este sector históricamente vulnerable, así como la mejor manera de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten determinadas minorías culturales.

Por lo que la exigencia de que además de ser asistidos técnicamente por un licenciado en derecho, la persona indígena sea asistida por intérpretes que tengan conocimiento de su lengua y cultura", deviene de que se conozca la lengua y cultura de la persona a quien representan; circunstancia con la cual se busca erradicar el problema lingüístico que padecen estas personas sujetas a proceso

penal, atendiendo a que cuentan con el derecho a expresarse en su lengua materna y no en la obligación de hablar otra que les es ajena.

Sin embargo, a fin de determinar cuándo una vulneración a estas prerrogativas constitucionales tiene la fuerza suficiente para reponer un procedimiento o excluir su declaración como prueba, debe analizarse el grado de afectación real al derecho de defensa adecuada de la persona indígena durante un proceso específico, como lo es la existencia de una violación manifiesta al derecho de acceso a la justicia derivado de la imposibilidad de la persona indígena de comprender y hacerse comprender durante el juicio.

Esta apreciación debe descansar en una consideración basada en constancias, actuaciones y conductas procesales que muestren una evidente falta de comunicación o entendimiento, y a partir de las que se advierta la necesidad de corregir el proceso a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en la defensa de las partes.

Lo que implica que la auto adscripción como el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado Mexicano; tiene efectos o consecuencias jurídicas que pueden modularse; ello al advertir que es posible que en un procedimiento jurisdiccional en particular una persona se auto adscriba, pero no requiera el intérprete; lo que bajo ningún aspecto podría implicar que existió una afectación real a su derecho de defensa adecuada, toda vez que pudo comprender y hacerse comprender durante el juicio. Sin que lo anterior implique que precluyan las prerrogativas previstas en el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que el derecho de una persona indígena a ser asistida por un intérprete que conozca su lengua y cultura no está sujeto a límites temporales ni materiales.

De ahí que sea necesario distinguir el reconocimiento de la auto adscripción de una persona como indígena -el cual no resulta facultativo para el Estado- y las posibles consecuencias jurídicas que la manifestación de auto identificación

pueda traer en un procedimiento legal específico; tal como se estableció por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CCCXXX/2014 (10a.), de rubro “PERSONAS INDÍGENAS. LOS EFECTOS O CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU AUTOADSCRIPCIÓN PUEDEN MODULARSE.”, consultable en la página 611, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Décima Época, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

3.3.2 Reconocimiento a través de cámara de Gesell sin asistencia del defensor

Otro aspecto importante donde el criterio ha sido excluir prueba por violentar derechos humanos, es la llamada “diligencia de reconocimiento”, que se hace a través de la cámara de Gesell, el inculcado participa físicamente, al encontrarse en un lugar en donde puede ser visto, pero él no puede ver a la persona que lo identifica, ya que dicha cámara consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un vidrio que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra, pero no al revés.

La finalidad de la cámara de Gesell es, precisamente, que el inculcado se encuentre de esa manera aislado y no pueda ver ni escuchar a las personas que se encuentran del otro lado de la pared que divide ambas habitaciones; sin embargo, precisamente por tal motivo, en la diligencia de reconocimiento es necesaria la presencia del defensor, pues de lo contrario, se dejaría en estado de indefensión a la persona que se acusa, violando sus derechos fundamentales, al no existir la plena certeza jurídica de que efectivamente se presentaron los testigos o denunciados, que lo reconocieron y que no fueron inducidos para tal efecto. El alcance y efecto como probanza que implica el reconocimiento de quien se encuentra implicado en delito, hace necesaria la asistencia por parte de su defensor, a efecto de asegurar que materialmente y formalmente se cumplieron los requisitos legales para tal diligencia, pues de otro modo, se encontraría el inculcado en pleno estado de indefensión ante un elemento de prueba del cual desconoce la calidad de los testigos o denunciados, que lo reconocieron y si en todo caso fueron inducidos a su señalamiento.

Lo anterior es así, pues para que el inculpado tenga la certeza jurídica de que la diligencia se llevó a cabo con los requisitos necesarios, es menester que su defensor se encuentre presente. Más aún porque ante el empleo de la cámara de Gesell, si bien el indiciado está presente, al mismo tiempo se encuentra aislado al no tener la posibilidad de intervenir de manera alguna, ni presenciar lo que pasa del otro lado del cristal, donde se lleva a cabo su reconocimiento; así la prueba que resulta de la diligencia de reconocimiento, por la naturaleza propia de su desarrollo y el valor probatorio que puede llegar a otorgarle la autoridad, hace exigible que se cumpla plenamente con las exigencias constitucionales y legales previstas para tales efectos, entre ellas, que el inculpado cuente con la asistencia de su defensor, en los términos que impone el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución General de la República.

Para lo cual, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha destacado que la diligencia de reconocimiento que se lleva a través de la cámara de Gesell, es un acto formal en virtud del cual se identifica a una persona mediante la intervención de otra, quien al verla afirma o niega conocerla o haberla visto en determinadas circunstancias. En dicho acto el inculpado participa físicamente de forma activa y directa, de ahí que resulte necesaria la presencia del defensor, para asegurar que material y formalmente se cumplan los requisitos legales en el desarrollo de tal diligencia; de lo contrario se dejaría en estado de indefensión a la persona que se acusa y, por ende, se violarían sus derechos fundamentales, al no existir la plena certeza jurídica de que efectivamente se presentaron los testigos o denunciados, que lo reconocieron y que no fueron inducidos al efecto. Lo que se reconoció en la tesis de rubro: “RECONOCIMIENTO DEL INCULPADO A TRAVÉS DE LA CÁMARA DE GESELL. EN DICHA DILIGENCIA ES NECESARIA LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR.”

Así, el artículo 277 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que el reconocimiento de personas deberá practicarse con la mayor reserva posible y será procedente aún sin consentimiento del imputado, pero siempre en presencia de su Defensor, en su caso se adoptarán las previsiones necesarias para que el imputado no altere u oculte su apariencia

3.3.3 Intervención de comunicaciones privadas

Estas diligencias solicitadas en etapa de averiguación previa, son también comunes al sistema acusatorio y acorde al ámbito competencial de los Centros de Justicia Penales Federales, como juzgadores federales que pudieran conocer de solicitudes de registro de aparatos telefónicos asegurados por autoridad ministerial, se crearon dos juzgados especializados para conocer de estas solicitudes por el Ministerio Público, ya sea local o federal respecto de jueces del sistema acusatorio; en tanto que para el sistema mixto siguen conociendo jueces especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones privadas.

El artículo 16 de la Constitución Federal, en sus párrafos noveno y décimo, establece el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que únicamente la autoridad judicial federal podrá autorizar su intervención, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, en la inteligencia de que esas autorizaciones no podrán otorgarse cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor y que los resultados de cualquier intervención autorizada que no cumpla con los requisitos legales aplicables carecerán de todo valor probatorio; ya que se pondera el derecho de defensa, por lo que cualquier grabación derivada de la intervención de una comunicación privada que no se haya autorizado en términos de lo establecido en el artículo 16 constitucional constituye una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio. Esto es relativo conforme al 16, pues se permite la inclusión de comunicaciones obtenidas por las partes en el proceso.

Para lo cual, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 194/2012, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, de la que derivó la tesis de epígrafe: **“DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A**

LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO”, en la que se estableció que para intervenir una comunicación privada se requiere autorización exclusiva de la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, por lo que todas las formas existentes de comunicación y las que son fruto de la evolución tecnológica deben protegerse por el derecho fundamental a su inviolabilidad, como sucede con el teléfono móvil en el que se guarda información clasificada como privada; pues el ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se extiende a los datos almacenados en tal dispositivo, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video; de modo que no existe razón para restringir ese derecho a cualquier persona por la sola circunstancia de haber sido detenida y estar sujeta a investigación por la posible comisión de un delito, de manera que si la autoridad encargada de la investigación, al detenerla, advierte que trae consigo un teléfono móvil, está facultada para decretar su aseguramiento y solicitar a la autoridad judicial la intervención de las comunicaciones privadas conforme al artículo 16 de la Constitución Federal; sin embargo, si se realiza esa actividad sin autorización judicial, cualquier prueba que se extraiga, o bien, la que derive de ésta, será considerada como ilícita y no tendrá valor jurídico alguno.

No obstante, en la jurisprudencia se han creado variantes que permiten admitir como prueba la información del teléfono móvil, pues el Máximo tribunal Constitucional del País, ha estimado que la intervención a que alude dicha norma constitucional se dirige a los sujetos que no llevan a cabo la comunicación respectiva, es decir, a quienes no son comunicantes o interlocutores, pues una vez colmados los requisitos legales para efectuar la intervención relativa, sólo la autoridad judicial federal puede autorizarla, a petición de la autoridad federal facultada por la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente. De manera que si el indicado derecho fundamental es oponible tanto a las autoridades como a los individuos, resulta evidente que no se vulnera cuando los propios interlocutores revelan el contenido de una comunicación de la

que puede desprenderse el despliegue de una conducta delictiva. Esto es, lo que prohíben los párrafos noveno y décimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, es que un tercero ajeno a los comunicantes o interlocutores, sin observar los términos y las condiciones establecidas en el orden normativo, intervenga las comunicaciones privadas, pero no que dichos interlocutores revelen el contenido de la comunicación que sostuvieron con otros, de cuya información se advierta algún evento o conducta penalmente relevantes, por lo que en estos casos los resultados de tales intervenciones pueden tener valor probatorio en juicio.

En tanto que, se ha estimado que cuando el Ministerio Público ordena extraer la información contenida en un teléfono celular que es asegurado por encontrarse abandonado en el lugar probable de la comisión de un delito y sin que exista detenido alguno, no viola esta prerrogativa fundamental, pues la protección a la información pertenece exclusivamente a la intimidad de la persona titular del derecho protegido, por lo que si en el caso real y concreto no existe algún titular, por no haber detenido con motivo de los hechos o poseedor identificado de éste, es incuestionable que el Ministerio Público, conforme a sus facultades de investigación del delito en términos del artículo 21 constitucional, está facultado para ordenar la extracción de la información almacenada sin que medie la solicitud correspondiente a la autoridad judicial, lo cual no implica violación al derecho fundamental a la inviolabilidad de la comunicación privada y, por ende, que esa información no sea considerada como ilícita, en razón de que las pruebas obtenidas a partir de ésta, no serían esencialmente causa de los datos obtenidos, sino que derivarían de la facultad constitucional de la investigación realizada.

Asimismo, el artículo 276 del Código Nacional de Procedimientos Penales, dispone que las comunicaciones entre particulares podrán ser aportadas voluntariamente a la investigación o al proceso penal, cuando hayan sido obtenidas directamente por alguno de los participantes en la misma, empero, acota a que estén estrechamente vinculadas con el delito que se investiga, por lo

que en ningún caso el juez admitirá comunicaciones que violen el deber de confidencialidad, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona con quien se guarda dicho deber

En tanto que el artículo 291 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que la intervención de comunicaciones privadas, abarca todo sistema de comunicación, o programas que sean resultado de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, los cuales se pueden presentar en tiempo real; por lo que también se requerirá autorización judicial en los casos de extracción de información, la cual consiste en la obtención de comunicaciones privadas, datos de identificación de las comunicaciones; así como la información, documentos, archivos de texto, audio, imagen o video contenidos en cualquier dispositivo, accesorio, aparato electrónico, equipo informático, aparato de almacenamiento y todo aquello que pueda contener información, incluyendo la almacenada en las plataformas o centros de datos remotos vinculados con éstos.

Para lo cual, cuando en la investigación el Ministerio Público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, el Titular de la Procuraduría General de la República, o en quienes éste delegue esta facultad, así como los Procuradores de las entidades federativas, podrán solicitar al Juez federal de control competente, por cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma.

Pero en ningún caso se podrán autorizar intervenciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su Defensor.

Más aún, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha destacado que, aun en tratándose de delitos de Delincuencia Organizada, para intervenir una comunicación privada se requiere autorización de la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad que faculte la ley o del titular del Ministerio Público, por lo que todas las formas existentes de comunicación -como las realizadas a través

del teléfono celular- y aquellas que sean fruto de la evolución tecnológica, así como los datos almacenados en los diferentes dispositivos, están protegidas por el derecho fundamental a su inviolabilidad.

De ahí que, la inobservancia a estas consideraciones, implicará que cualquier prueba extraída, o bien, derivada de ésta, será considerada como ilícita y no tendrá valor jurídico alguno, al no encontrarse razón suficiente para que, aun en una investigación sobre delincuencia organizada, no se cumpla con el requisito de que sólo con orden judicial puede analizarse la información contenida en los medios de comunicación (Tesis 1ª CCCXXV/2015, 2015: 960).

3.3.4 Geolocalización en tiempo real

En el sistema tradicional, el Ministerio Público, podía solicitar a las telefonías, sábanas de llamadas para establecer su línea de investigación, cuando contara de números de teléfono, pero no de los aparatos telefónicos, todo ello sin necesidad de orden judicial. Ahora el Código Nacional de Procedimientos Penales establece competencia para los jueces de control o garantía como se les conoce en las Entidades Federativas para este tipo de solicitudes, so pena de decretar la nulidad del dato de prueba.

El artículo 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales que estatuye la localización geográfica en tiempo real y solicitud de datos conservados, prevé:

*“Cuando el Ministerio Público considere necesaria la localización geográfica en tiempo real o entrega de datos conservados por los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentra relacionada con los hechos que se investigan, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, podrá solicitar al Juez de control **del fuero correspondiente** en su caso, por cualquier medio, requiera a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, para que proporcionen con la oportunidad y suficiencia necesaria a la autoridad investigadora, la información solicitada para el inmediato desahogo de dichos actos de investigación. Los datos conservados a que refiere este párrafo se destruirán en caso de que no constituyan medio de prueba idóneo o pertinente.” (lo subrayado es propio).*

Del párrafo transcrito se desprende que el legislador estableció expresamente que cuando el Ministerio Público considere necesaria la localización geográfica en tiempo real o entrega de datos conservados por los concesionarios, asociados a una línea que se encuentra relacionada con los hechos que se investigan, el Procurador o el servidor público en quien se delegue la facultad, **podrá solicitarle al Juez de control del fuero correspondiente, esto es, del fuero al que pertenezcan la investigación y el solicitante**, requiera a los concesionarios para que proporcionen la información correspondiente.

Asimismo, el sexto párrafo de dicho numeral, establece:

“Excepcionalmente, cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en riesgo el objeto del delito, así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará directamente la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, quienes deberán atenderla de inmediato y con la suficiencia necesaria. A partir de que se haya cumplimentado el requerimiento, el Ministerio Público deberá informar al Juez de control competente por cualquier medio que garantice su autenticidad, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, a efecto de que ratifique parcial o totalmente de manera inmediata la subsistencia de la medida, sin perjuicio de que el Ministerio Público continúe con su actuación.” (lo subrayado es propio).

Del precepto transcrito se desprende que cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en riesgo el objeto del delito, así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará directamente la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados y que a partir de que se cumplimente tal requerimiento, deberá informarlo al Juez de Control competente (que es el del fuero correspondiente, según se advierte del párrafo primero del citado precepto legal), a efecto de que ratifique parcial o totalmente de manera inmediata la subsistencia de la medida.

De lo antes expuesto, se puede advertir que el legislador estableció claramente una diferenciación del Juez de Control que deba conocer sobre estas autorizaciones o, en su caso, ratificaciones, como lo solicita el Ministerio Público, en razón del fuero; es decir, que el Juez del fuero correspondiente es el que deberá de conocer de la ratificación o no de los multicitados actos de investigación, lo que tiene lógica, ya que si el Juez de Control es el que revisa las actuaciones durante la investigación, resulta más adecuado que un Juez del fuero correspondiente sancione estos actos, si después conocerá de los hechos en la correspondiente causa penal.

Lo anterior tiene sustento además, en la exposición de motivos de la iniciativa por la cual se reformó y se adicionó la parte relativa al artículo 303 del Código procesal en comento, mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de diecisiete de junio de dos mil dieciséis, pues se desprende que lo que originalmente se proponía en esa iniciativa era lo siguiente:

*“Cuando el Ministerio Público considere necesaria la localización geográfica en tiempo real o entrega de datos conservados del registro y control de comunicaciones o la suspensión inmediata del servicio de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentre relacionada con los hechos que se investigan, el **Procurador o el servidor público en que se delegue la facultad podrá solicitar al Juez de Control competente** (sólo así se establece), por cualquier medio, requiera a los concesionarios de telecomunicaciones...”(lo destacado es propio).*

De lo que se observa que, en la exposición de motivos no se señalaba cuál era el Juez que debía conocer, sólo se establecía el competente; sin embargo, en el dictamen de Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores se estableció, sobre la localización geográfica en tiempo real y solicitud de entrega de datos conservados, lo siguiente:

*“En el artículo 303 se precisa que **el Juez de Control del fuero que corresponda** tiene competencia para autorizar los requerimientos”.*
(lo destacado es propio).

Lo que desprende claramente que el legislador precisó la competencia en razón del fuero; luego, si debemos atender al fuero para señalar quién es el Juez competente, entonces hay que tomar en cuenta la naturaleza de los hechos relativos a la investigación que se está realizando

Ahora bien, el diecisiete de junio de dos mil dieciséis, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal emitió los **Acuerdos Generales 38/2016 y 39/2016** (publicados en el Diario Oficial de la Federación ese mismo día) mediante los cuales, entre otras disposiciones, en los artículos 5, fracción II y 9, fracción IV, respectivamente, dotó a los Jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones (seis juzgados), así como a los Jueces de Distrito Especializados en Medidas Cautelares y Control de Técnicas de Investigación (dos juzgados) de competencia exclusiva para conocer y resolver sobre las solicitudes de **intervención de comunicaciones privadas** formuladas por **los titulares del Ministerio Público de las entidades federativas** en términos de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Siendo que en el Considerando Quinto del Acuerdo General 39/2016, el Consejo de la Judicatura Federal expresó que, dado que se estableció en los artículos cuarto transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, la regla de carga cero para el inicio de vigencia del nuevo sistema de justicia penal acusatorio, esto trae como consecuencia la convivencia transitoria de dicho sistema con el de justicia penal tradicional; por lo cual a fin de evitar confusión en la práctica o cualquier problemática por la convivencia transitoria de los sistemas procesales penales acusatorio y tradicional, **lo más idóneo, para la debida implementación de la reforma penal, es la creación de Juzgados de Distrito Especializados en Medidas Cautelares y Control de Técnicas de Investigación, con competencia exclusiva** en el nuevo sistema procesal penal acusatorio, **respecto de determinadas diligencias**. Particularmente la

intervención de comunicaciones privadas formuladas por los titulares del Ministerio Público de las entidades federativas, lo que es competencia de estos órganos de conformidad con el artículo 9, fracción IV, del referido Acuerdo, si el procedimiento se sigue de acuerdo con el Código Nacional.

De manera sincrónica, mediante Acuerdo General **38/2016**, se reformaron diversas disposiciones del similar 75/2008, estableciéndose que los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, con competencia en toda la República y residencia en la Ciudad de México, conozcan y resuelvan las solicitudes de Cateo, Arraigo o Intervención de Comunicaciones que tengan su origen en una averiguación previa (con base en el Código Federal de Procedimientos Penales) y aquellas solicitudes de las Fiscalías de los Estados que no se tramiten conforme al Código Nacional.

Por ello, la competencia respecto de las solicitudes de **intervención de comunicaciones privadas** formuladas por **los titulares del Ministerio Público de las entidades federativas**, corresponde a los órganos jurisdiccionales a que se refiere el acuerdo general **38/2016** si derivan de un proceso que se tramita conforme al sistema de justicia penal tradicional, o bien, con una legislación diferente del Código Nacional; o en su defecto, a los juzgados especializados previstos en el Acuerdo General **39/2016** si el procedimiento se tramita conforme al Código Nacional.

No obstante de la interpretación armónica de dichos acuerdos, se puede advertir que estos órganos jurisdiccionales especializados, **si bien conocen sobre autorizaciones para requerir a los concesionarios de telecomunicaciones, sobre solicitudes de tales datos, ello sólo procede a solicitud del agente del Ministerio Público de la Federación**, sin hacer mención expresa a las solicitudes de localización geográfica de un dispositivo, ni a la solicitud de entrega de datos conservada por los concesionarios de telecomunicaciones en tratándose de Ministerios Públicos de Entidades Federativas.

De esa forma, aun cuando el Consejo de la Judicatura Federal otorgó a dichos órganos especializados competencia en todo el país para conocer de autorizaciones para requerir a los concesionarios de telecomunicaciones tal información, dicha competencia se acotó a las solicitudes del Ministerio Público Federal, precisamente porque de las realizadas por las autoridades estatales deberán conocer los jueces del fuero común.

Esto porque si bien el artículo 16 constitucional, en lo que interesa:

“Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada” ... (lo destacado es propio).

Sin embargo, es menester distinguir entre una actuación de intervención de una comunicación privada y las actuaciones previstas en el artículo 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a la localización geográfica en tiempo real y solicitud de entrega de datos conservados.

Ello es así, porque se puede entender que la intervención de una comunicación privada es en tiempo real, el establecer y almacenar los datos, las conversaciones, los mensajes, el contenido de los mismos; por su parte, la **localización geográfica** en tiempo real está referida a establecer en qué lugar se puede encontrar determinado dispositivo, sin que ello implique o haya vulneración a la intimidad o la privacidad de la persona, porque no tiende a ser hacia una persona determinada.

De igual manera, **la solicitud de entrega de datos conservados** se trata, según la Ley Federal de Telecomunicaciones, de datos que deben de conservar los proveedores de servicios de este tipo de telecomunicaciones, no en tiempo real, y tampoco es menester el saber cuál es el contenido de los mensajes, sino sólo la ubicación o de qué móvil a qué móvil se hizo la comunicación; por lo que se advierte que son situaciones diferentes.

Lo que se robustece, con lo establecido en distintos artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues lo referente a la intervención de comunicaciones privadas que está regulado del artículo 291 al 302; en cambio, en el artículo 303 se establece la diversa técnica de investigación que nos ocupa.

Asimismo, debe recordarse que previo a la reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de junio de dos mil dieciséis, el artículo 303 de dicho código procesal facultaba a los Procuradores a solicitar información sobre localización geográfica en tiempo real, sin necesidad de control judicial, ya sea previo o posterior, lo que también revela con meridiana claridad la distinción con la intervención de comunicaciones privadas.

Más aún, la Ley en Materia de Secuestro también hace esa distinción, puesto que en su capítulo quinto trata de intervención y aportación voluntaria de comunicaciones lo que se establece en el artículo 24 (para la intervención voluntaria de comunicaciones privadas se estará en lo dispuesto por el Código Nacional); luego el propio legislador establece otro capítulo, el sexto que habla sobre obligaciones de los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones y ya prevé el artículo 25 (los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, de conformidad con las disposiciones aplicables, tratándose de la investigación de los delitos previstos en esta Ley, están obligados a atender todo mandamiento por escrito, fundado y motivado, en los términos que establezca el Código Nacional de Procedimientos Penales y la legislación aplicable).

En esa tesitura, podemos entender que el propio legislador sí hace una distinción entre una intervención de comunicación privada y lo que es la localización geográfica y la solicitud de entrega de datos conservados; por ende, se considera que no aplica la regla establecida en el artículo 16 constitucional, en cuanto a que sea de competencia exclusiva de un Juez Federal, el conocer sobre ese tipo de solicitudes, de ahí que si la propia disposición constitucional no

establece, expresamente, una excepción a favor del Poder Judicial de la Federación y de sus jueces para conocer de este tipo de situaciones y, en cambio, la propia ley procesal de la materia establece como parámetro para el conocimiento de las solicitudes como la de cuenta, al fuero del Juez de Control; lo que hace evidente que un Juez del fuero común sí puede conocer sobre la solicitud en comento.

Por lo que, cuando el Ministerio Público considere necesaria la localización geográfica en tiempo real o entrega de datos conservados por los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentra relacionada con los hechos que se investigan, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, podrá solicitar al Juez de control del fuero correspondiente en su caso, por cualquier medio, requiera a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, para que proporcionen con la oportunidad y suficiencia necesaria a la autoridad investigadora, la información solicitada para el inmediato desahogo de dichos actos de investigación.

No obstante, de manera excepcional, cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en riesgo el objeto del delito, así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará directamente la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, quienes deberán atenderla de inmediato y con la suficiencia necesaria. A partir de que se haya cumplimentado el requerimiento, el Ministerio Público deberá informar al Juez de control competente por cualquier medio que garantice su autenticidad, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, a efecto de que ratifique parcial o totalmente de

manera inmediata la subsistencia de la medida, sin perjuicio de que el Ministerio Público continúe con su actuación.

En el caso de que el Juez de control no ratifique la medida a que hace referencia el párrafo anterior, la información obtenida no podrá ser incorporada al procedimiento penal; lo que advierte que se estimaría como prueba ilícita por no cumplir con la verificación judicial

3.3.5 Inviolabilidad del domicilio

La entrada a un domicilio por parte de los agentes de policía, puede estar justificada ya sea: **1)** por la existencia de una orden judicial; **2)** por la comisión de un delito en flagrancia; y, **3)** por la autorización del ocupante del domicilio. Respecto a este último supuesto, es necesario partir de la idea de que la autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, no se constituye en un supuesto que deje sin efectividad a la orden judicial de cateo. Es decir, esta excepción se actualiza en escenarios distintos al de la orden judicial de cateo y al de la flagrancia. La autorización del habitante no puede ser entendida en el sentido de permitir cateos "disfrazados" que hagan inaplicables las previsiones constitucionales. Conforme al artículo 16 constitucional, se requerirá la existencia de una orden de cateo para cualquier acto de molestia que incida en la esfera jurídica de una persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones. La expedición de dichas órdenes es imperativa para que la autoridad pueda realizar cualquier acto de molestia.

Por lo mismo, el mencionado artículo constitucional establece los requisitos que las órdenes de cateo necesariamente deben satisfacer para que el acto de autoridad realizado con fundamento en las mismas sea constitucional, a saber: (i) sólo pueden ser expedidas por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público; (ii) en la misma deberá expresarse el lugar a inspeccionar, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan; (iii) al concluir la diligencia se debe levantar un acta circunstanciada de la misma en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que haya practicado la diligencia. La autorización del

habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular.

En esta lógica, la autoridad no puede pasar por alto la exigencia constitucional de la orden judicial de cateo con una simple solicitud al particular para que le permita ingresar a su domicilio, sino que el registro correspondiente debe venir precedido de una petición del particular en el sentido de la necesaria presencia de los agentes del Estado a fin de atender una situación de emergencia. Así las cosas, y partiendo de lo anteriormente expuesto, esta autorización o consentimiento voluntario se constituye en una de las causas justificadoras de la intromisión al domicilio ajeno. Esto es así, ya que si el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene por objeto que los individuos establezcan ámbitos privados que excluyan la presencia y observación de los demás y de las autoridades del Estado, es lógico que los titulares del derecho puedan abrir esos ámbitos privados a quienes ellos deseen, siempre y cuando esta decisión sea libre y consciente.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 2420/2011, destacó que los locales o recintos en los que está ausente la idea de privacidad, entendida como el ámbito reservado de la vida de las personas, excluido del conocimiento de terceros, no tienen la condición de domicilio. Así ocurre con los almacenes, fábricas, talleres, oficinas, tiendas, locales o establecimientos comerciales o de esparcimiento; por ende tampoco tienen la consideración de domicilio todos aquellos locales que están abiertos al servicio del público, como los restaurantes, bares o discotecas en cualquiera de sus posibles manifestaciones o variantes.

No obstante, el hecho de que en estos supuestos no existe un domicilio desde el punto de vista constitucional, esto no excluye la necesidad de respetar las exigencias mínimas derivadas del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como son la fundamentación, motivación y

proporcionalidad del acto de la autoridad que habilita a realizar una entrada o registro en tales lugares. Asimismo, también se puede dar el caso de que los diversos ordenamientos legales amplíen el ámbito de protección y exijan requisitos similares a los del domicilio, para la entrada y registro de un lugar cerrado que no cumpla con las características del concepto constitucional de domicilio. Lo que incluso, constituye tema de la tesis de epígrafe: **“INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, RECINTOS QUE NO SE CONFIGURAN COMO DOMICILIO DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL.”**.

Incluso se ha planteado que en aquellos supuestos en que, derivado de una entrada y registro a un domicilio por parte de los agentes de policía, se encuentre algún elemento que resulte una prueba incriminatoria en contra de un tercero distinto al habitante del domicilio, dicho tercero está legitimado para hacer valer la posible violación al derecho fundamental a la protección del domicilio, ya que esta circunstancia pudiera afectarlo y repercutir directamente en sus derechos de defensa.

Capítulo 4

Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Acusatorio

4.1 Tratamiento Procesal de la Prueba Ilícita

Como se ha mencionado, si se parte del canon que la verdad no puede obtenerse a cualquier precio y que el nuevo derrotero del sistema acusatorio implica esclarecer hechos con la limitante del respeto irrestricto de los derechos humanos de las partes como tutela de la dignidad humana que sustenta el sistema, ello advierte la trascendencia y vigencia de la efectividad de la regla de exclusión prevista tanto a nivel constitucional en el artículo 20, Apartado A, fracción IX, al señalar que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, ahora regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales, específicamente en su artículo 264, al establecer que cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales será motivo de exclusión o nulidad.

El principio de progresividad es indispensable para consolidar la garantía de protección de la dignidad humana, porque la observancia a dicho principio impide, por un lado, la interpretación restrictiva de las normas de derechos humanos y la regresión respecto de su sentido y alcance de protección ya establecido por el Estado; por otro lado, favorece la evolución de dichas normas para ampliar su alcance de protección. Al final, el objetivo de tutelar el debido proceso, no es otro que asegurar, tanto como sea posible, la solución justa de una controversia, con la observancia de los derechos de los individuos, cuyo efecto útil adquiere transcendencia en el proceso penal, para lo cual, se ha verificado un desarrollo histórico evolutivo que generó en un efecto expansivo de nuevos estándares para derechos sustantivos, como acontece con la defensa adecuada y la exclusión de la prueba ilícita.

En este sentido, resulta obvio afirmar que atentar contra un derecho fundamental, bien sea de forma extraprocesal o dentro del marco de un proceso, debe traer por consecuencia necesaria que ese dato o prueba no pueda ser valorado para efectos de dictar un auto de vinculación a proceso ni mucho menos fundamentar una sentencia condenatoria, porque el artículo 20 constitucional garantiza con rango fundamental el derecho de los ciudadanos de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, siempre y cuando éstos sean lícitos, atento a dos derechos fundamentales que sustentan el sistema de enjuiciamiento-*presunción de inocencia y el debido proceso legal o el derecho al proceso celebrado con todas sus garantías*-ello, porque el derecho a probar encuentra su límite en el respeto a los derechos y libertades fundamentales que delinear un Estado democrático de derecho.

De ahí, que atento a su trascendencia, las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Por lo cual, 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 pueden, 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: **1)** 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; **2)** entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y **3)** 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 (Tesis 1ª CCCXXVI/2015, 2015:993).

En relación con el **b)** segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba, dado que el nexo causal de ilicitud se estima roto o inexistente con la prueba refleja, al atender a un factor temporal entre la ilicitud originaria y la nueva fuente, así como la magnitud de la violación en ponderación. Finalmente, **c)** 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.

En su caso, si bien la etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio; entre los cuales está resolver lo relativo a la exclusión de prueba ilícita, lo cierto es que si la violación al derecho

humano fundamental no es tan evidente, lo prudente es que el juez deje ingresar el medio de prueba a juicio y sea el tribunal de enjuiciamiento quien bajo el principio de contradicción establezca su exclusión, pues temas de cadena de custodia no pueden establecer a priori su nulidad.

4.2 Prueba ilícita y presunción de inocencia.

La presunción de inocencia constituye el concepto base del proceso penal de corte liberal, la piedra angular sobre la que se estructura el sistema de enjuiciamiento criminal, cuya base acorde con los postulados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su vertiente de regla de prueba establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado; ello en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculcados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba, ya que la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.

Para lo cual, la principal característica que debe prevalecer para que la prueba de cargo sea válida, es precisamente su licitud, atento a lo cual, los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente, para estar en condiciones de ponderar la razonabilidad de la decisión, ya que el derecho a un juicio justo, tutela la exigencia constitucional de que nadie sea condenado con pruebas que violan derechos fundamentales.

En efecto, lo esencial de un proceso penal no es sólo que el conflicto lo resuelva un juez imparcial a través de un principio de contradicción en que se

produzca la prueba ante su potestad (*principio de inmediación*); sino también que el juez al tomar su decisión, parta de esa condición primigenia de inocencia, la cual no puede ser trastocada sino por una actividad probatoria de cargo, apta, suficiente y lícita, como derecho a una tutela judicial efectiva; ello, con independencia de que para considerar que hay prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.

Así, la regla de exclusión protegida por el principio de presunción de inocencia, se trata de una garantía objetiva frente a las infracciones de poderes públicos y los particulares, la prueba obtenida directamente con violación de derechos humanos no es subsanable.

No obstante, es dable analizar el efecto expansivo de la prueba indirecta o refleja para afirmar la existencia de una conexión de antijuridicidad como le llaman en el procedimiento criminal español, de la existencia de excepciones a la prueba ilícita con base a la doctrina del árbol envenenado de origen estadounidense o bien del test de proporcionalidad de la violación inferida como lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.3 Efecto expansivo de la prueba ilícita y el derecho de defensa adecuada

La Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la violación al derecho humano de defensa adecuada se actualiza cuando el imputado declara sin la asistencia jurídica de un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho, por lo que no deberá considerarse para efectos de valoración al dictar cualquier resolución por la que se determine la situación jurídica de una persona sujeta a un procedimiento penal, sino que tendrá que excluirse como medio de prueba con independencia de su contenido.

De igual manera, ha indicado que, por extensión, la posterior ratificación de la declaración por derivar directa o indirectamente de la práctica de aquélla, también deberá declararse ilícita y ser objeto de exclusión probatoria. Sin embargo, el efecto que produce el reconocimiento de la violación a dicho derecho humano, está acotado únicamente a la anulación y exclusión de valoración probatoria de la fracción o parte argumentativa de las citadas declaraciones en la que expresamente se ratifica la declaración ministerial ya declarada ilícita; por tanto, podrán subsistir y formar parte de la serie de elementos que deben ser ponderados por el juzgador al realizar el ejercicio de valoración probatoria, todas las restantes manifestaciones vertidas por el procesado, al haberse emitido bajo la asistencia jurídica de un defensor con el carácter de profesionalista en derecho; incluso, al margen de que entre las declaraciones no exista un margen de diferencia argumentativa.

Ello es así, porque señala el Máximo Tribunal Constitucional del País, atribuirle un efecto expansivo de anulación de todas las declaraciones que rinda el inculpado en el proceso penal, a partir del entendimiento de que al hacer referencia a la calificación de declaración ministerial que realizó en violación al derecho humano de defensa adecuada y técnica, termina por hacer a un lado la finalidad objetiva del resarcimiento de la violación y se configura en la generación de un estado total de inaudición sobre la versión de hechos que exprese el inculpado frente a la imputación que se le hace respecto a la comisión de un delito, ya con la asistencia de un defensor profesionalista en derecho.

Más aún, puede hacer nugatorio el derecho del imputado a ejercer su derecho de defensa mediante la emisión de una posterior declaración en la que establezca su versión de los hechos.

Así, en el amparo directo en revisión 22/2015, la Corte destacó que si de las constancias que integraban la causa penal el Tribunal Colegiado advirtió que el quejoso emitió declaración ministerial con la asistencia de una persona que no tenía el carácter de profesionalista en Derecho. Ello, es cierto, constituía una violación al derecho humano de defensa adecuada y técnica. Cuyo resarcimiento

implicaba declarar la ilicitud de la citada diligencia ministerial; y por tanto, que fuera objeto de exclusión probatoria; no obstante, determinó que en el caso concreto se estableció un alcance que desborda los efectos que produce el reconocimiento de la violación al derecho humano de defensa adecuada y técnica. Esto es, respecto al impacto que genera en los elementos de prueba integrados al juicio penal como vía de restitución ante la afectación al derecho humano de defensa adecuada y técnica.

Esto es, si no se proporciona al inculpado la asistencia técnico jurídica, que garantice la efectiva protección de la defensa adecuada, las diligencias en las que aquél haya intervenido deben declararse ilícitas por resultar violatorias del citado derecho humano. Y en vía de consecuencia, la declaratoria de ilicitud se extiende a todas las pruebas que deriven –directa o indirectamente– de la práctica de diligencia inicial, en la que tuvo intervención del inculpado sin la asistencia jurídica de un abogado que tenga el carácter de profesional en derecho.

Empero, cabe cuestionarse si siempre que se actualice la violación al derecho humano de defensa adecuada, por haber rendido el inculpado declaración ministerial sin la asistencia técnica de un defensor que tenga el carácter de profesionista en Derecho ¿cualquier declaración posterior debe ser objeto de exclusión probatoria, con independencia de su contenido, por el único hecho de que el inculpado expresa que ratifica la inicial declaración ilícita?

A lo cual, contestó que si la posterior declaración del inculpado es rendida con la asistencia de un defensor profesionista en Derecho, en la que el declarante no se constriñe solamente a ratificar o a hacer una referencia general o expresar que está de acuerdo con la anterior diligencia que se ha declarado ilícita; sino que también, en ese momento realiza una exposición sobre su argumento de defensa o versión exculpatoria, a fin de dar contestación a la imputación, con base en la asesoría jurídica que ha recibido de su defensor, ello implica que el hecho de que la primigenia declaración rendida sin la asistencia de un defensor técnico no puede ser objeto de incorporación probatoria o validación bajo el principio procesal de permanencia de la prueba, que rige en el sistema procesal penal

tradicional –no acusatorio y oral–, lo cierto es que las manifestaciones del inculpado, ante la autoridad judicial, diversas a la ratificación de forma lisa y llana, traen aparejado el ejercicio de la defensa.

De manera que incluir en la exclusión probatoria las manifestaciones del inculpado, subsecuentes a la ratificación de la inicial declaración ilícita, lejos de garantizar la protección al derecho humano de defensa adecuada, termina por nulificarla. Esto es así, porque el órgano judicial al final ya no toma en consideración las manifestaciones del inculpado, que son rendidas con la debida asistencia de un defensor profesional en Derecho. Y ello se traduce en un estado de indefensión, porque la posterior versión de hechos aportada por el inculpado en su defensa termina por no analizarse, con motivo de la declaratoria de nulidad de la declaración ministerial con efectos extensivos y generales de otra declaración que se haya rendido ante la autoridad judicial, con independencia de lo alegado en defensa.

Por lo que, se itera que la declaración ministerial es ilícita, porque el inculpado la vertió sin contar con asistencia jurídica de un profesionista en Derecho. Por tanto, una vez declarada la ilicitud no tendría por qué considerarse como elemento probatorio, dado que procede su exclusión y la existencia de la referida prueba ilícita, tiene un efecto extensivo de anulación que impacta en las subsecuentes declaraciones –preparatoria y ampliación rendida durante la instrucción del proceso–; sin embargo, este efecto está acotado únicamente a la anulación y exclusión de valoración probatoria de la fracción o parte argumentativa de las citadas declaraciones en la que expresa que ratifica la declaración ministerial ya declarada ilícita.

En ese tenor, podrán subsistir y formar parte de la serie de elementos que deben ser ponderados por el juzgador al realizar el ejercicio de valoración probatoria, todas las restantes manifestaciones vertidas por el procesado, al haberse emitido bajo la asistencia jurídica de un defensor con el carácter de profesionista en Derecho. Ello, incluso, al margen de que entre las declaraciones no exista un margen de diferencia argumentativa.

Lo anterior es así, porque atribuirle un efecto expansivo de anulación de todas las declaraciones que rinda el inculcado en el proceso penal, a partir del entendimiento de que al hacer referencia a la calificación de declaración ministerial que realizó en violación al derecho humano de defensa adecuada y técnica, termina por hacer a un lado la finalidad objetiva del resarcimiento de la violación y se configura en la generación de un estado total de exclusión sobre la versión de hechos que exprese el inculcado frente a la imputación que se le hace respecto a la comisión de un delito, ya con la asistencia de un defensor profesionalista en Derecho.

Ello implica establecer, en primer término, que el referido supuesto de violación a la defensa adecuada, por sí solo, no tiene un efecto secuencial de contaminación sobre la licitud o validez ponderativa de las declaraciones que posteriormente rinda el inculcado. El efecto de anulación probatoria es aplicable si y sólo si, frente a la primera declaración ilícita, las subsecuentes se constriñen a reconocer la prevalencia de aquélla, a través de la ratificación, sin mayor referencia explicativa.

En cambio, no es aplicable la exclusión de todas las declaraciones del encausado, a pesar de que la inicial constituye una prueba ilícita, por su forma de obtención, si en aquéllas el inculcado, ahora ya con asistencia técnica y jurídica de un defensor con el carácter de profesionalista en Derecho, no se limita a expresar que ratifica el deposedo primigenio, sino que realiza una argumentación que tiende a posicionar las condiciones de exculpación frente a la acusación, lo cual realiza en ejercicio efectivo del derecho de defensa y bajo la asistencia jurídica del abogado defensor. De manera que para resarcir la violación evidenciada, en términos objetivos, únicamente tendría que anularse el fragmento de las declaraciones subsecuentes en las que se expresa que el inculcado ratifica la declaración inicial y subsistir la parte restante del contenido del deposedo, el cual sí puede integrarse al contexto de valoración probatoria.

Lo anterior, a fin de evitar una interpretación constitucional al ejercicio efectivo y garantías de protección del derecho de defensa adecuada y técnica

tutelado en favor de las personas sujetas a un procedimiento penal. En el que bajo la atribución de imprimir un efecto derrotero y extensivo a todas las declaraciones del acusado, en lo que en apariencia pareciera el mejor sentido de protección ante la violación a derechos humanos, termina por excluirse del juicio de valoración probatoria toda argumentación defensiva que se haya expresado y a la cual se deja de dar contestación.

En el fondo, lo que se quiere evitar es un efecto expansivo de la prueba ilícita; por ello, es indudable que las pruebas recabadas en contravención a las disposiciones legales son ilícitas, y deben declararse nulas en la etapa de investigación, así como las que deriven de éstas, las cuales sólo serán eficaces en caso de que pueda advertirse objetivamente que el hecho en cuestión sería descubierto por otra vía legal, totalmente independiente al medio ilícito y puesta en marcha en el curso del proceso, como ocurre con las pruebas desahogadas en el proceso, a través de una fuente independiente, esto es, en presencia del juez, sometidas al contradictorio de las partes, en función del respeto a los derechos fundamentales de las víctimas, aun cuando tratándose de declaraciones judiciales se ratifiquen las versiones ministeriales afectadas de nulidad, debido a que, por un lado, no pueden convalidarse de esa forma las pruebas viciadas y, por el otro, porque esas declaraciones judiciales tendrán valor exclusivamente en cuanto a los datos de convicción que por sí mismas arrojen en esa etapa procesal.

Esto implica que los diversos testimonios desahogados durante el proceso penal deben dividirse, descartando los aspectos que deriven y se relacionen directamente con las pruebas ilícitas, pero adquiriendo valor en torno a los aspectos que son obtenidos por medio de esa fuente independiente y legal, máxime si la nulidad de las pruebas ilícitas desahogadas en la averiguación previa no se relaciona con la credibilidad del dicho de los diversos testigos, sino a la actuación indebida de las autoridades (Tesis 1ª LXVII/2015,2015:1414).

4.4 Prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Tal parece que el tema de prueba ilícita como se diseñó por el legislador constitucional, constituye una verdadera garantía de debido proceso para el

justiciable; lo que enfatizó la codificación nacional de su interpretación sistemática e integral, de ahí que estimo debe establecerse el perfil que guarda en las distintas etapas del sistema de enjuiciamiento acusatorio.

En el sistema mexicano, como se ha expuesto, el origen de la ilicitud de una prueba se encuentra en la violación a un derecho fundamental, en cuyo caso acorde con el artículo 20, Apartado A, IX, de la Constitución Federal, cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, con lo cual no hay duda que tal prueba los jueces y tribunales habrán de decretarla inexistente a la hora de construir la base crítica en que ha de apoyarse una sentencia condenatoria, esto es, si una prueba de origen ilícito ha sido admitida y desahogada, no se puede tener en consideración en la formación del convencimiento, ilicitud que refiere el momento de su obtención, ello porque existe una garantía objetiva de la libertad de la que deriva la nulidad radical de todo acto público o privado violatorio de derechos fundamentales y la valoración con violación de derechos fundamentales, implica una ignorancia de las garantías propias del proceso.

Las reformas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 y el 3 de julio de 1996, además de ampliar el espectro de la garantía de defensa adecuada que debe operar en todo proceso penal, el Poder Reformador determinó que las garantías contenidas en las fracciones I, V, VII y IX de dicho precepto también se observarían durante la averiguación previa; con lo cual el procedimiento incluye tanto la fase jurisdiccional (ante el juez) como la previa (ante el Ministerio Público); de ahí que algunas de las garantías antes reservadas para la etapa jurisdiccional, ahora deben observarse desde la etapa de investigación inicial que acorde con el artículo 211 de la codificación nacional procesal es la primera fase del procedimiento penal. Así, en tales supuestos pueden ubicarse las violaciones a las garantías derechos observables en dicha etapa hasta el juicio oral a que alude el Código Nacional de Procedimientos Penales, consistentes en la obtención de pruebas ilícitas con motivo de la detención, la negativa para facilitar los datos solicitados por la defensa y que

consten en el proceso (descubrimiento probatorio), que impacten en la transgresión a la garantía de defensa adecuada, violaciones que no ameritarían la reposición del procedimiento sino la invalidez de la declaración obtenida en su perjuicio o de la prueba recabada ilegalmente e incluso, dada la trascendencia decretar la detención ilegal si bajo esa perspectiva la violación al derecho humano es de tal magnitud (tortura), que no puede sostenerse legal dicha actuación.

Ello, advierte que el tema de la licitud de la prueba, constituye un derecho humano dentro de la amplia garantía del debido proceso, el cual se encuentra integrado por un núcleo duro de formalidades esenciales del procedimiento, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva; pero también se advierte que constituye un derecho esencialmente destinado a otorgar un derecho de defensa a la persona que es sometida a un proceso jurisdiccional en condiciones de igualdad procesal, principio de igualdad de armas que reitera la finalidad de mantener un juicio justo, cuyos actos primordiales en tratándose del proceso penal, lo son que el imputado esté asistido por un abogado desde la detención; así el numeral 17, párrafo segundo, del código nacional establece que la defensa técnica, es la que realiza por el Defensor público que le asignen o particular que el imputado elija libremente, ello con la inherente finalidad de que le asista desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio de los actos de defensa material que el propio imputado pueda llevar a cabo.

La defensa adecuada representa un derecho instrumental cuya finalidad es asegurar que el poder punitivo del Estado se desplegará a través de un proceso justo, lo que además busca asegurar que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos fundamentales, como lo es no declarar, no autoincriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura alguna, ni ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención, entre otras.

Tal como lo ha sostenido la suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de epígrafe “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO”, que en

esencia refiere la existencia de un núcleo duro dentro de las garantías del debido proceso que debe ser observado de manera inexcusable en todo procedimiento jurisdiccional, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva, tales como la notificación del inicio del procedimiento; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la oportunidad de alegar; y, una resolución que dirima las cuestiones debatidas; además del elenco mínimo de garantías que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de la misma naturaleza.

Bajo esta perspectiva, el legislador nacional estableció al ser un tema neurálgico del derecho de defensa, así como de la teoría del caso que sustente la fiscalía, el que la exclusión probatoria sea analizable de manera perentoria, acorde con el numeral 264, las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto; para lo cual el recurso de apelación prevé dentro de su catálogo taxativo del numeral 467, fracción XI, establece que dentro de las resoluciones del juez de control apelables está precisamente las que excluyan algún medio de prueba.

Por lo que la presencia de la prueba ilícita se puede dar desde el control de detención; máxime, que en delitos federales normalmente es el parte informativo de los aprehensores junto con la evidencia material lo que mayor daño hace a la teoría del caso de la defensa y en todos los controles de detención es precisamente el que la detención es arbitraria bajo dos aspectos, que no se verifique la flagrancia, o que exista demora injustificada a la puesta a disposición material, tal como se analiza a continuación.

4.4.1 La prueba ilícita y el control de la detención

Tal parece que la primera apreciación es que la prueba ilícita y exclusión es un tema clásico de la audiencia intermedia y que por ende, hasta en tanto, no hay un tema de imposible reparación que pudiera ser analizable en sede constitucional; no obstante ello sería una comprensión limitada del alcance de la regla de exclusión desde que se verifica la detención material.

El artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas y el precepto 7.5 de dicha Convención destaca que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

La Convención protege toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física, en consecuencia, el numeral primero del artículo 7 protege de manera general el derecho a la libertad y la seguridad personal; cualquier privación de libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser realizada con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas. El caso Velásquez Rodríguez fue el primero de la Corte Interamericana en que se abordó la privación de libertad de una persona, determinó que existe “detención arbitraria”, que lo privó de su libertad física sin fundamento en causas legales y sin ser llevado ante un juez o tribunal competente que conociera de su detención. En el caso Gangaram Panday supuso el establecimiento de las condiciones para calificar a una privación de libertad como ilegal o como arbitraria. Así, fijó los criterios que ha mantenido en su jurisprudencia respecto de este tema (Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, 1989; Caso Gandaram Panday vs Surinam, 1994).

En cuanto a la detención ilegal, la Corte distinguió dos aspectos en su análisis, uno material y otro formal, con base en lo cual estableció que nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

Esto es, lo que se preserva es que la detención se produzca por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial, o mediante flagrancia o caso urgente. De modo que la garantía primaria del derecho a la libertad física mantenga la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal; por lo que los Estados establecerán previamente las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.

Tal como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al señalar que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; así el artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público.

El tema del estándar probatorio y la exclusión de pruebas en las etapas preliminares del sistema de enjuiciamiento acusatorio, juega un papel trascendente para que el Estado pueda formular imputación a alguien por la

comisión de un delito; así el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al desarrollar acorde con el artículo 16 de la Constitución Federal y los numerales 7.1 y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ponderan que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales y nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes, se establece que se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia, cuando: **1)** la persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o **2)** inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

En cuyo caso, cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud al Ministerio Público; detención que el Juez de Control en la audiencia inicial de control de legalidad de la detención, inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a su disposición del Juez de control, realizará el control de la detención, donde el Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Aquí, es donde el tema de la prueba ilícita comienza su vida jurídica, ello porque el juzgador puede decretar ilegal la detención y en consecuencia estimar ilícito todo lo actuado hasta ese momento, con lo cual se advierte que ante la insubsistencia de medios probatorios, el Estado no podrá fincar imputación y la víctima u ofendido del delito muchos menos tendrá derecho a reparación del daño; hipótesis que en la praxis judicial lleva a establecer los alcances del esquema de la figura de “sospecha razonable”.

En efecto, la CIDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 señaló que en sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana; la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad.

Consecuentemente, una “actitud sospechosa”, nerviosa o a cualquier otro motivo relacionado con la apariencia de una persona, no es una causa válida para impulsar una detención amparada bajo el concepto flagrancia, ya que éste siempre debe tener implícito un elemento sorpresa tanto para los particulares que son testigos, como para la autoridad aprehensora. En contraste, cuando no haya ese elemento sorpresa, porque ya se ha iniciado una investigación que arroja datos sobre la probable responsabilidad de una persona, la detención requerirá estar precedida por el dictado de una orden de aprehensión. Para que la detención en flagrancia pudiera ser válida, tendría que darse alguno de los siguientes supuestos: a) la aprehensión del aparente autor del delito si se observa directamente que la acción se está cometiendo en ese preciso instante, y b) se puede iniciar la persecución del aparente autor del delito para aprehenderlo si, mediante elementos objetivos, es posible identificarlo y corroborar que, apenas en el momento inmediato anterior, se encontraba cometiendo el delito denunciado.

Es este sentido, el escrutinio judicial constituye una condición rectora y preferente en el régimen de detenciones; es decir, una especie de regla primaria, cuya ejecución debe ser privilegiada siempre que sea posible. De ahí que, en principio, toda detención debe estar precedida por una autorización emitida por un juez, tras analizar si la solicitud de la autoridad ministerial para aprehender a un individuo cumple con las formalidades requeridas por la Constitución Federal.

Sin embargo, no existe tal posibilidad cuando se actualizan los supuestos excepcionales previstos por el mismo artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De ahí que, ante un delito flagrante, cualquier persona puede detener al sujeto activo del delito, pues tanto particulares como autoridades pueden apreciar la comisión del delito, sin que para ello tenga relevancia si alguno de ellos cuenta con una investidura determinada. La flagrancia siempre es una condición que se configura *ex ante* a la detención, al ser algo objetivamente apreciable por los sentidos; por ende la policía no tiene facultades para detener ante la sola sospecha de que alguien pudiera estar cometiendo un delito o de que estuviera por cometerlo o porque presuma que esté involucrado en la comisión de un delito objeto de investigación, si no cuenta con una orden de detención del órgano ministerial y tampoco puede detener para investigar. La referencia a una actitud sospechosa, nerviosa o a cualquier motivo relacionado con la apariencia de una persona, no es causa válida para impulsar la detención bajo el concepto de flagrancia. Este supuesto de detención siempre tiene implícito el elemento de sorpresa (tanto para los particulares que son testigos como para la autoridad aprehensora).

La Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación, adopta posiciones críticas en temas de detención arbitraria y la exclusión probatoria, de modo que permea un proceso de análisis de la validez del material probatorio en progresión evolutiva; así al resolver el amparo directo en revisión 517/2011, que dio origen a la tesis “DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA, AL SER CONSIDERADOS ILÍCITOS”; destaca que la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, tiene como objetivo eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales, pero, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento

procesal o en una futura reposición del procedimiento; lo que se desprende de una interpretación conjunta del artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como con los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, dichos artículos establecen que la limitación a la libertad personal con motivo de la detención por flagrancia, implica que toda persona detenida bajo esa hipótesis sea puesta sin demora a disposición de la autoridad ministerial; reconocimiento y protección de este derecho fundamental que conlleva una trascendencia especial, pues el escrutinio estricto posterior a la detención se dirige precisamente a verificar que no hubo una privación ilegal de la libertad que, de actualizarse, provocaría invalidar la detención, así como datos de prueba obtenidos con motivo de la misma, además que ello deberá desencadenar el reproche y la exigencia de responsabilidad a los agentes captores.

Así, en términos estrictamente constitucionales, el agente que detenga al imputado por la comisión de un delito en flagrancia, tiene obligación de ponerlo sin demora ante el ministerio público, esto es, sin retraso injustificado o irracional.

Ahora bien, se destacó que las consecuencias y efectos de la vulneración al derecho humano de libertad personal, con motivo de la retención indebida, deben vincularse estrictamente con su origen y causa; lo que implica que si la prolongación injustificada de la detención generó la producción e introducción de datos de prueba, éstos deben declararse ilícitos, lo mismo que las diligencias pertinentes se hayan realizado en condiciones que no permitieron al inculcado ejercer el derecho de defensa adecuada, de conformidad con los principios de debido proceso y obtención de prueba lícita (Tesis 1ª CCII/2014, 2014:540).

Jurisprudencia que advierte la tutela al derecho de defensa adecuada en un concepto general, pues en todo caso la funcionalidad de la prueba tiende a negar u otorgar valor probatorio en la medida en que incide en el derecho de defensa; De Vega Ruiz ha señalado que este derecho es quizás el último fundamento de todos

los derechos fundamentales, porque cualquier violación que se haga en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, con respeto a la presunción de inocencia, busca en definitiva que el justiciable no se encuentre en indefensión para que la actuación jurisdiccional sea legítima.

Sin embargo, el Máximo Tribunal Constitucional del País, en la progresión de la tutela de los derechos humanos, matiza más adelante las reglas de exclusión probatoria en tratándose de detención arbitraria, al advertir que la trascendencia del control judicial que debe realizarse, respecto a la afectación al derecho de libertad personal en el supuesto de flagrancia, impone que la revisión debe ser especialmente cuidadosa, pues el descubrimiento de una situación de ilegalidad desencadena el reproche y la exigencia de responsabilidad que jurídicamente correspondan. Por tanto, el juez tendrá que ponderar si los elementos captos contaban con datos suficientes que le permitieran identificar con certeza a la persona acusada y las circunstancias de su detención, esto es, exactitud y precisión de los datos aportados por el parte informativo.

No obstante, en el supuesto de detención por delito flagrante, como circunstancias previa al inicio de la averiguación previa, las autoridades que detengan al indiciado deben ponerlo inmediatamente y sin demora a disposición del Ministerio Público, a fin de respetar y cumplir el derecho humano referido. De lo contrario implicaría que la violación no tuviera ninguna razón de ser, siendo que lo que está en juego es la libertad personal del detenido, el cual es un derecho humano que no puede ser restringido, salvo en las condiciones que la propia Constitución establece atento a su reconocimiento y protección axiológica superior como se advierte de manera evolutiva tanto a nivel interno como internacional.

Ello para evitar que las autoridades policíacas de *motu proprio*, sin la conducción y mando del Ministerio Público, so pretexto de la búsqueda de la verdad o la debida integración del material probatorio, generan la producción e introducción al proceso penal de elementos de prueba que no cumplen con los

requisitos de formalidad constitucional y que deben declararse nulos; por lo que se ha establecido jurisprudencialmente que las pruebas obtenidas estrictamente con motivo de una detención en flagrancia no pueden ser invalidadas por actos posteriores, como la obtención de pruebas que tengan como fuente directa la demora injustificada; a menos que se acredite la existencia de vicios propios de la misma detención del inculpado, que determinen que ésta sea considerada inconstitucional. Por lo que, solamente podrán ser invalidadas las pruebas que se hubieren obtenido sin la autorización del Ministerio Público y que tengan como fuente directa la demora injustificada.

Así, la violación al derecho fundamental referido genera:

- a) La consecuencia legal y jurídica de anulación de la confesión del indiciado, obtenida con motivo de esa indebida retención;
- b) La invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada; los cuales no producirán efecto alguno en el proceso ni podrán ser valorados por el juez; y,
- c) La nulidad de aquellas pruebas que a pesar de estar vinculadas directamente con el hecho delictivo materia del proceso penal, sean recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora sin la conducción y mando del Ministerio Público, en el supuesto de prolongación injustificada de la detención.

Para lo cual, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 2190/2014, que dio origen a la tesis “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. LA DEMORA INJUSTIFICADA DE LA PUESTA DEL DETENIDO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO NO IMPLICA QUE AQUÉLLA SEA ILEGAL.” (Tesis 1ª CCCLXII/2015, 2015:972), destaca la importancia de distinguir que el hecho de que la policía dilate de forma injustificada la presentación del detenido en flagrancia ante el Ministerio Público, no implica que pueda afirmarse jurídicamente que la persona fue detenida de forma ilegal, pues se explica que si la detención se ajustó a los parámetros

constitucionales no existe razón jurídica por la que deba afectarse la declaratoria de validez constitucional que se realice de la misma. La prolongación injustificada de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público, es una condición fáctica sucesiva e independiente a la detención; para lo cual se destaca que las acciones que dan lugar a la actualización de violación al derecho humano de libertad personal se actualizan en un momento determinado y producen efectos o consecuencias jurídicas a partir de su concreción, pero no a la inversa.

Ello, porque la detención de una persona, que se ubica perfectamente en el supuesto de flagrancia en la comisión de un delito, indudablemente implica que la detención tendrá que calificarse de legal, por estar apegada a los parámetros constitucionales, pues no pierda validez jurídica, a pesar de que los aprehensores, después de la detención y aseguramiento de las evidencias, retrasen la entrega del detenido ante el Ministerio Público, dado que en su caso la violación se suscita con posterioridad a la detención que fue legal, por lo que el impacto deberá reflejarse a partir de que la retención del detenido se torna injustificada, a partir de los parámetros de exclusión probatoria.

Estándar de exclusión probatoria aplicable ante la violación la inmediatez en la puesta a disposición del detenido. Así, cuando a pesar de que se actualice la demora injustificada en la puesta a disposición de la persona detenida en flagrancia de delito, pero se advierta que esa violación constitucional no generó la producción u obtención de elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, incluyendo aquéllas vinculadas directamente con el delito que motivó la detención, recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora sin la intervención y autorización del Ministerio Público, no tiene por qué considerarse prueba ilícita el informe de la policía que describe las circunstancias en que se realizó la detención del inculgado.

De modo que, la ilicitud en la actuación de la policía, dirigida a recopilar o producir pruebas de incriminación en contravención al marco constitucional, durante el retraso injustificado de la puesta a disposición del detenido, debe ser objeto de demostración, no de consideraciones subjetivas o presunciones, solo

deben excluirse los medios de prueba que tengan su origen en la demora injustificada de la puesta a disposición del detenido, de las cuales deberá declararse su ilicitud y excluir de toda valoración probatoria, como puede ser: a) la confesión del indiciado, obtenida con motivo de la indebida retención; b) todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada; y, los cuales no producirán efecto alguno en el proceso ni podrán ser valorados por el juez; y, c) las pruebas que a pesar de estar vinculadas directamente con el hecho delictivo materia del proceso penal, sean recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora sin la conducción y mando del Ministerio Público.

Lo que hace evidente que la Corte puntualiza que la ilicitud de la detención no condiciona la vulneración al imperativo constitucional de inmediatez en la puesta a disposición, ni viceversa; aunque es cierto que en algún caso podrán actualizarse ambas violaciones constitucionales, pero ello no significa que tengan una vinculación indisoluble; de ahí que es necesario analizar cada una de las violaciones de forma independiente y el juzgador debe ponderar cada caso concreto.

Por tal motivo, cuando la detención del inculcado se realiza acorde a los parámetros constitucionales que delimitan el supuesto de comisión de delito flagrante, la calificación de legalidad de la detención debe subsistir, al margen de que se actualice la violación a la inmediatez en la puesta a disposición del detenido. Esto es así, porque es posible que las razones que motiven la detención del inculcado sean constitucionalmente válidas, así como el hallazgo, recopilación y aseguramiento inmediato de la evidencia que encontró la policía al momento inmediato de realizar la detención.

En cambio, cuando con independencia de que la detención del inculcado se realice acorde a los parámetros constitucionales, la policía se disponga a realizar acciones de investigación, fuera de control por parte de Ministerio Público, para generar o recopilar pruebas de incriminación relacionados con el delito que motivó la detención, entonces la apreciación del informe que presenten los agentes de la policía, para efectos de valoración probatoria, deberán tenerse en cuenta dos

elementos substanciales como la descripción de las circunstancias que motivaron la intervención de la policía y aquéllas en las que tuvo lugar la detención del inculpado, así como la relación de los objetos y evidencias aseguradas, podrán ser objeto de valoración, siempre que la detención de la persona sea acorde al orden constitucional.

Por el contrario, todas aquellas referencias a circunstancias y medios de prueba obtenidos por la policía, que derivan directamente de la demora injustificada en la puesta a disposición del detenido, recopilados con motivo de la realización de una investigación policial no dirigida y controlada por el Ministerio Público, no deberán ser objeto de apreciación en la valoración probatoria, sino que ante lo evidente de su ilicitud tendrá que excluirse.

En cuyo caso, lo que se reitera es que es válido que la autoridad judicial considere como medio de prueba valorable el informe de la policía, a pesar de actualizarse la demora en la puesta a disposición del detenido y la policía haya tenido oportunidad de recopilar información, datos, pruebas o evidencias que sean determinantes para sustentar la acusación y la condena del sentenciado. Por lo que en consecuencia, queda fuera del estándar de exclusión probatoria bajo un supuesto de extrema excepcionalidad frente a la exclusión probatoria.

Más aún, la propia Suprema Corte resalta nuevamente la ponderación para establecer la existencia o no de la regla de exclusión, al señalar que si bien, en términos del deber del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, como libertad personal de los gobernados, está constreñida únicamente a aquellos casos en los que se demuestra con prueba fehaciente, que la policía, de inmediato y por cualquier medio, informó al Ministerio Público sobre la detención del inculpado y la existencia de razones fácticas comprobables sobre la imposibilidad de presentarlo con la misma celeridad en las oficinas de la Fiscalía respectiva. Ello, en virtud de la necesidad de intervenir de inmediato para salvaguardar un bien jurídico, que puede ser de igual o mayor valía que la libertad personal del detenido, como acontece con la vida y libertad personal de las

víctimas de secuestro; o también, ante la posibilidad de que se pueda cometer otro delito.

Asimismo, cuando que sea necesaria la intervención de los policías para lograr la detención de otros posibles responsables del delito, ya sea que estén en persecución material o en un enfrentamiento directo. Lo que de ninguna manera significa que ante estos supuestos se nulifique el derecho de inmediatez en la puesta a disposición, pues una vez que haya cesado la condición que motivó la urgencia de la intervención de la policía, como rescatar a la víctima, o que los agentes de la policía estén en condiciones de, por una parte, que un grupo haga frente a la necesidad urgente de intervención, mientras que otro se pueda hacer cargo de los detenidos, entonces la autoridad policial deberá cumplir con el imperativo constitucional de entregar de inmediato a las personas que ya haya detenido ante el Ministerio Público.

Sin embargo, al margen de los referidos supuestos de justificación de la privación de la libertad personal como la orden de aprehensión, el caso de urgencia y la flagrancia, la Suprema Corte ha determinado que pueden existir otro tipo de afectaciones momentáneas a esta libertad que no caen dentro de dichas categorías conceptuales y que deben de cumplir con otros parámetros para validar su constitucionalidad, a este tipo de situaciones se les puede denominar como restricciones provisionales al ejercicio de un derecho, las cuales no deben de ser confundidas, por ejemplo, con una detención propiamente dicha, ya que no implican una privación del derecho de libertad personal, sino una afectación momentánea de la misma que deberá estar justificada por la autoridad y que en muchos casos tiene como finalidad última la prevención, preservación o consecución de la seguridad pública.

En el amparo directo en revisión 3463/2012, la Primera Sala explicó qué debe entenderse como restricción provisional válida a la libertad personal de manera previa a la existencia de una detención en flagrancia y señaló que para establecer cuáles son las condiciones que justifican un acto de molestia para el gobernado, con motivo de un señalamiento por denuncia informal de que la

persona está cometiendo un delito, el cual no objetivamente visible, sino que es descubierto con motivo del acercamiento que tiene la policía hacia el individuo, así como aquellos casos, en los que el propio comportamiento del individuo de lugar a configurar una sospecha razonada de que está cometiendo un ilícito penal; era dable destacar que la finalidad de estos controles no es encontrar pruebas de la comisión de alguna conducta delictiva en particular, sino que se realizan con el objetivo de prevenir algún posible delito, de salvaguardar la integridad y la vida de los agentes de la policía, o bien, para corroborar la identidad de alguna persona con base a información de delitos previamente denunciados ante la policía o una autoridad.

Lo cual excluía la posibilidad de que autoridad pueda detener a una persona, sin una causa razonable mínima que lo justifique, como cuando objetivamente se aprecia que se está cometiendo un delito y se pretende ocultar su realización, pues de otra manera, se justificaría que por cualquier circunstancia abstracta, como la apariencia física de las personas, su forma de vestir, hablar o comportarse, pueda ser detenido y sujeto a revisión, cuando no es evidente desde una óptica objetiva que existen circunstancias que permitan justificar la precitada sospecha de que se está cometiendo un delito. Lo cual de acontecer sería notoriamente un acto inconstitucional.

De manera que para que se justifique la constitucionalidad de un control preventivo provisional es necesario que se actualice la **sospecha razonada objetiva** de que se está cometiendo un delito y no una simple sospecha que derive del criterio subjetivo del agente de la autoridad, basado en la presunción de que por la simple apariencia del sujeto es posible que sea un delincuente, para lo cual deben converger objetos materiales del ilícito, los sujetos, lugares y horarios descritos por las víctimas o testigos de algún delito en las denuncias que haya recibido la policía previamente, el comportamiento inusual de las personas, como las conductas evasivas y/o desafiantes frente a los agentes de la policía, así como cualquier otro comportamiento que **razonablemente** pueda ser interpretado dentro de determinado contexto como preparatorio para la comisión de algún delito, puede justificar un control preventivo provisional. Únicamente bajo estas

condiciones, la policía estaría en posibilidad de llevar a cabo un control provisional preventivo (Sentencia del amparo directo en revisión 3463/2012, párr. 107-118).

Lo interesante de este criterio, es que se advirtió que en la sospecha razonada, la comisión del delito no es evidente y apreciable de forma directa, pero existen condiciones circunstanciales que justifican la realización de un control preventivo provisional por parte de los agentes de la autoridad, ya sea porque exista una denuncia informal o anónima o porque el sujeto exteriorice acciones que objetivamente den lugar a considerar que se pretende ocultar la realización de un delito. Pero serán las condiciones fácticas de estas circunstancias las que determinan el grado de intensidad del control preventivo por parte de la autoridad. Una vez agotado ese requisito, deberá considerarse el grado de intensidad de la conducta de la que deriva la sospecha razonable para determinar **el control preventivo**, siendo éstos directamente proporcionales, donde el agente de la policía estaría en posibilidad de realizar una revisión ocular superficial exterior de la persona o del interior de algún vehículo o a través de un control preventivo de **grado superior**, motivado objetivamente por conductas proporcionales y razonablemente sospechosas, implicaría que los agentes policiales estarían en la posibilidad de realizar sobre la persona y/o vehículos un registro más profundo, con la finalidad fundamental de prevenir algún delito, así como para salvaguardar la integridad y la vida de los propios agentes.

En estas condiciones, dichos agentes podrían además registrar las ropas de las personas, sus pertenencias, así como el interior de los vehículos. Esto ocurriría, por ejemplo, si las circunstancias objetivas y particulares que rodean a un delito y al sujeto activo corresponden ampliamente con las descritas en una denuncia previa, o bien si los sujetos controlados muestran un alto nivel de desafío o de evasión frente a los agentes de autoridad. En resumen, una persona violenta o que intente darse a la fuga, puede ser objeto de un control preventivo más intenso

Todo ello, parte de una premisa fundamental al momento de calificar si hay o no violación de derechos fundamentales de una persona en su detención, consistente en que la mayoría de los derechos humanos no son de carácter absoluto, ni siquiera la libertad personal, consecuentemente, aunque este control preventivo provisional no tiene un sustento expreso en el texto constitucional, deriva de las facultades que tiene los elementos de seguridad pública en la prevención, investigación y persecución de posibles conductas que afecten los derechos de los demás y, por ende, prohibidas por el ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución Federal.

Esto es, si bien todas las personas gozan de los derechos humanos a la libertad personal, a la intimidad, a no ser molestado en sus posesiones o propiedades y a la libre circulación, entre otros, como cualquier otro derecho humano, el ejercicio de los mismos puede ser restringido o limitado con base en criterios de proporcionalidad al no ser absolutos.

Bajo esa tónica, es importante entonces resaltar que no deben confundirse los citados niveles de actuación de la autoridad de seguridad pública, pues habrá situaciones en que restricciones temporales a la libertad personal se conviertan en detenciones, al verificarse en el momento de la restricción la actualización de una conducta delictiva, mientras que en otros casos se agotará la actuación policial en dicha restricción sin que exista detención. Por ejemplo, la prueba de alcoholemia en la vía pública cuenta como una restricción temporal de la libertad que no amerita o da lugar a una detención propiamente dicha; por otro lado, cuando un agente policial para a un vehículo por exceso de velocidad, ello cuenta como una restricción a la libertad deambulatoria; sin embargo, si se da cuenta a plena vista que en el interior del automóvil existen armas de fuego de uso exclusivo del ejército, se encuentra legitimado para llevar a cabo la detención correspondiente.

Como aconteció en el amparo directo en revisión 1596/2014 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya hipótesis fáctica consistió en que el veintidós de noviembre de dos mil doce, una persona fue

detenida por elementos de la Secretaría de Seguridad Ciudadana del Estado de México, junto con otro individuo, cuando circulaba a bordo de un taxi en las inmediaciones de la ciudad de Toluca. A decir de los tres elementos captores, al hacer un recorrido de rutina por la zona, advirtieron que el referido vehículo circulaba a exceso de velocidad, por lo que le dieron alcance y le marcaron el alto; los elementos de la Secretaría de Seguridad Ciudadana requirieron a los tripulantes que apagaran la marcha del auto y descendieran del mismo, a fin de realizar una revisión preventiva a su persona y del citado taxi, a lo cual señalaron que los sujetos accedieron voluntariamente. Tras el registro corporal y la revisión del vehículo, se encontraron junto al freno de mano y en la parte trasera del automóvil una granada y una bolsa plástica negra con un vegetal verde y seco con las características propias de la marihuana.

Lo trascendental de esto, es que el 90% de las detenciones acontecen de esta manera y los detenidos alegan que la restricción a la libertad fue ilegal, argumento que muchos juzgadores bajo la tutela de sus derechos humanos, hace que decretan la libertad por lo que la corte ha emitido el criterio 1a. XCIV/2015 (10a.) de rubro “DETENCIÓN Y RESTRICCIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL. SU INTERRELACIÓN Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES”, publicado en el Semanario Judicial de la Federación el viernes 13 de marzo de 2015, pendiente de dar ubicación, al resolver el amparo directo en revisión 1596/2014, donde resalta que habrá situaciones en las que restricciones temporales a la libertad personal se conviertan en detenciones, al verificarse en el instante de la restricción la actualización de una conducta delictiva, mientras que en otros casos se agotará la actuación policial en dicha restricción sin que exista propiamente una detención; en ese caso, la suposición razonable deberá acreditarse en su momento por la autoridad para que el juzgador pueda tomar como válidas las consecuencias o pruebas conseguidas a partir de aquél. Dicho lo anterior, podría darse el supuesto de que un control preventivo provisional tenga una relación directa con una detención en flagrancia, por lo cual esta última no se justificaría si los elementos con los cuales pretende acreditarse derivan o

proviene únicamente de una restricción temporal de la libertad personal carente de razonabilidad constitucional.

Por consiguiente si de ese hecho se desprende una sospecha razonada de que se está cometiendo un delito en flagrancia, se requiere entonces un control preventivo de grado superior, motivado objetivamente por conductas proporcionales y razonablemente sospechosas, implicaría que los agentes policiales estarían en la posibilidad de realizar sobre la persona y/o vehículos un registro más profundo, con la finalidad fundamental de prevenir algún delito, así como para salvaguardar la integridad y la vida de los propios agentes.

La Primera Sala ideó un concepto jurídico que denominó “control preventivo provisional”, en el que abordó las distintas actuaciones legítimas de las autoridades que pudieran incidir en la libertad personal o propiedad de un individuo, como los actos ordinarios de los diferentes elementos de seguridad en la prevención e investigación de una conducta delictiva o las acciones necesarias para la salvaguarda de la integridad de los propios agentes policiales en el desahogo de sus competencias.

Esta determinación a la que llegó la Primera Sala tiene como premisas dos presupuestos de entendimiento constitucional de gran envergadura para el ordenamiento jurídico: el primer presupuesto consiste en que la mayoría de los derechos humanos no son de carácter absoluto, ni siquiera la libertad personal, como reiteradamente lo ha sostenido. Consecuentemente, aunque este control preventivo provisional no tiene un sustento expreso en el texto constitucional, deriva de las facultades que tiene los elementos de seguridad pública en la prevención, investigación y persecución de posibles conductas que afecten los derechos de los demás y, por ende, prohibidas por el ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución Federal.

La intención de la Suprema Corte en destacar la existencia de dicho control preventivo provisional fue precisamente en clarificar cuáles son las restricciones

provisionales permitidas al ejercicio de derechos humanos como la libertad personal y bajo qué condiciones se justifican, ya que invariablemente la conducta de un elemento de policía o de seguridad pública incidirá o afectará momentáneamente en esa libertad o libertades y en el goce de otros derechos interdependientes como puede ser el de propiedad, libre circulación o intimidad.

En tanto que, el segundo presupuesto radica en que se permite este control preventivo provisional al no ser un acto de privación del ejercicio de derechos, como puede ser una detención. Las restricciones provisionales son precisamente afectaciones momentáneas al ejercicio de un derecho que no es absoluto; por lo tanto, aun cuando no se encuentre prevista expresamente cierta restricción provisional en el texto constitucional, es legítima desde el punto de vista constitucional cuando se realice en cumplimiento de lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Federal y siempre y cuando se efectúe atendiendo al estándar de excepcionalidad y de concurrencia de una sospecha razonable.

En otras palabras, si bien todas las personas gozan de los derechos humanos a la libertad personal, a la intimidad, a no ser molestado en sus posesiones o propiedades y a la libre circulación, entre otros, como cualquier otro derecho humano, el ejercicio de los mismos puede ser restringido o limitado con base en criterios de proporcionalidad al no ser absolutos.

En cambio, la restricción temporal del ejercicio de la libertad surge cuando una persona se siente razonablemente obligada por la autoridad a obedecer sus órdenes expresas o implícitas, lo cual puede derivar en una ausencia de movimiento físico. Esta restricción provisional debe ser excepcional y se admite únicamente en casos en los que no es posible, por cuestión temporal, conseguir un mandamiento escrito u orden judicial para ejercer actos de molestia a una persona o a sus posesiones. Al respecto, esta restricción a la libertad personal tiene que estar plenamente justificada en aras de que se fundamente a partir del artículo 21 constitucional; es decir, en un Estado constitucional de Derecho como el mexicano, no es posible aceptar que cualquier autoridad pueda limitar el

ejercicio, a saber, de la libertad deambulatoria, sin razones objetivas que sustenten tal afectación en el ejercicio del derecho.

Adicionalmente, esta restricción provisional puede darse en un grado menor o mayor de intromisión, dependiendo de las circunstancias del caso, lo cual lo facultará para realizar sobre la persona y/o sus posesiones o propiedades un registro o revisión más exhaustiva, con la finalidad fundamental de prevenir algún delito. Para acreditar la existencia de esta suposición razonable, la autoridad deberá señalar detenidamente cuál era la información (hechos y circunstancias) con la que contaba en ese momento para suponer que la persona en cuestión estaba cometiendo una conducta ilícita o, por el contrario, si el registro o revisión fue autorizada libremente por el posible afectado, entendiéndose que existe consentimiento cuando fue prestado de manera consciente y libre; es decir, ausente de error, coacción o de un acto de violencia o intimidación por parte de los agentes de policía. Para el primer supuesto, dicha información tendrá que cumplir con criterios de razonabilidad y objetividad; a saber, deberá ser suficiente bajo el criterio de que cualquier persona desde un punto de vista objetivo hubiere llegado a la misma determinación que la autoridad si hubiere contado con tal información.

Lo anterior, será diferente en cada caso concreto y dependerá de los hechos y circunstancias presentes al momento de decidir efectuar la restricción temporal de la libertad personal y de otros derechos interdependientes. La sospecha razonable, destaca la Corte “debe ser acreditable empíricamente en virtud de que se justifique la presunción de que alguien está cometiendo un delito o lo acaba de cometer. Dichas circunstancias deben coincidir objetivamente con los objetos materiales del ilícito, los sujetos, lugares y horarios descritos por las víctimas o testigos de algún delito en las denuncias que haya recibido la policía previamente”.

Asimismo, en la actualización de la sospecha razonada, no existen la condición fáctica descrita, la comisión del delito no es evidente y apreciable de forma directa, pero existen condiciones circunstanciales que justifican la realización de un control preventivo provisional por parte de los agentes de la autoridad”, por lo que “serán las condiciones fácticas de estas circunstancias las que determinan el grado de intensidad del control preventivo por parte de la autoridad”.

Lo anteriormente narrado, permite establecer la trascendencia de la exclusión probatoria cuando se decreta arbitraria o ilegal una detención; no obstante el tema de la regla de exclusión en las audiencias preliminares tiene un tema destacado, es en la etapa intermedia ya sea, en su fase escrita u oral, donde el tema de la prueba ilícita será calificado para establecer la *litis* del juicio.

4.4.2 La prueba ilícita en la etapa intermedia

La etapa Intermedia tiene por objeto depurar y precisar, en la medida de lo posible, todas aquellas cuestiones que luego serán objeto de debate en el Juicio Oral, sobre todo los hechos que serán materia de prueba y la determinación de las pruebas que deberán producirse, a esta etapa también se le ha denominado “de preparación del Juicio Oral”. De ahí deriva la importancia que, en la práctica, adquiere la audiencia intermedia, y la necesidad de que en su desahogo se observen primordialmente los principios de oralidad e inmediación; lo que deriva la exigencia como condición indispensable para su validez, la presencia ininterrumpida durante la misma del juez, del Ministerio Público y del defensor.

La etapa intermedia, por ende, consiste en el control jurisdiccional de la acusación y el filtro, por así decirlo, de las pruebas recabadas en la etapa anterior, esto, en aplicación del alcance del principio de presunción de inocencia en el ámbito probatorio, ya que las pruebas que deban ser desahogadas en el debate, necesariamente deben pasar por un tamiz de legalidad o constitucionalidad, así como de pertinencia de prueba.

En algunos países como Alemania, Italia y España el Juez de Garantía podrá rechazar la acusación cuando no encuentre mérito suficiente en contra de una persona llamada imputado, para llevarlo a un Juicio Oral, apareciendo en este sistema el llamado control negativo de la acusación; no obstante estos sistemas no tienen auto de vinculación a proceso.

El ordenamiento jurídico Chileno, lo adopta con la variante de que el Juez interviniente en esta fase, únicamente podrá analizar las cuestiones formales de la acusación y no así el mérito de su fundamento, de tal suerte que el juzgador no puede, en ningún caso, rechazar la decisión del fiscal de llevar a una persona a Juicio Oral. Nuestro Sistema Procesal Penal, siguió esta última postura al tener influencia germánica y chilena, de modo que acorde con el CNPP el control de la acusación es formal, consecuentemente, sólo abarca la corrección de vicios formales que ella pudiera adolecer y la resolución de aquellas incidencias que pudieran dilatar el juicio.

La finalidad de la etapa intermedia, acorde con el artículo 334 del CNPP es el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio, es decir, el control de la acusación y la delimitación, en su caso, de los hechos que serán debatidos en el Juicio Oral, así como de las pruebas que deban desahogarse.

Esta etapa se compondrá de dos fases, **una escrita y otra oral.**

La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia.

La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio

La etapa intermedia tiene consecuencias y finalidades concomitantes, pues la primera consecuencia para el fiscal será dar a conocer su decisión acerca de llevar o no llevar a una persona a Juicio Oral o, en otro caso, que se ponga fin al procedimiento.

Por ello, dentro de la fase escrita de la etapa intermedia una vez presentada la acusación, la actuación más sobresaliente la constituye el descubrimiento probatorio; así, una vez que sea presentada la acusación, el Juez de control ordenará su notificación a las partes al día siguiente. Con dicha notificación se les entregará copia de la acusación.

Acorde al artículo 337 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio; obligación que deberá cumplir de manera continua a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 de este Código, esto es, desde que el imputado se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado o sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista, a partir de este momento ya no podrán mantenerse en reserva los registros para el imputado o su Defensor a fin de no afectar su derecho de defensa.

Además, en ningún caso la reserva de los registros podrá hacerse valer en perjuicio del imputado y su Defensor, una vez dictado el auto de vinculación a proceso, salvo lo previsto en el Código o en leyes especiales.

Por lo que, el Ministerio Público, deberá permitir el acceso del imputado o su Defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación, salvo las excepciones previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El caso, a que alude el supuesto regulado por el artículo 220 de dicho ordenamiento adjetivo, al establecer excepciones para el acceso a la información, en el supuesto de que el Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al Juez de control que determinada información se mantenga bajo reserva aún después de la vinculación a proceso, cuando sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o

influencia a los testigos del hecho, para asegurar el éxito de la investigación, o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos.

Si el Juez de control considera procedente la solicitud, así lo resolverá y determinará el plazo de la reserva, siempre que la información que se solicita sea reservada, sea oportunamente revelada para no afectar el derecho de defensa. La reserva podrá ser prorrogada cuando sea estrictamente necesario, pero no podrá prolongarse hasta después de la formulación de la acusación.

Por su parte el descubrimiento probatorio para el imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso a las evidencias materiales **que ofrecerá en la audiencia intermedia.**

La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su Defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente, para lo cual, deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del Ministerio Público. Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.

En caso que el acusado o su defensor, requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso, podrá solicitar al Juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos.

Acorde con el artículo 338, dentro de los tres días siguientes de la notificación de la acusación formulada por el Ministerio Público, la víctima u ofendido podrán mediante escrito, entre otras cosas, ofrecer los medios de prueba que estime necesarios para complementar la acusación del Ministerio Público, de lo cual se deberá notificar al acusado;

De modo que, el imputado (Artículo 340), en la fase escrita de la etapa intermedia, dentro de los diez días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, el acusado o su Defensor, mediante escrito dirigido al Juez de control, podrán, entre otros ofrecer los medios de prueba que pretenda se desahoguen en el juicio; escrito que se notificará al Ministerio Público y al coadyuvante dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación.

No obstante, en términos del artículo 341 de la codificación nacional, el Juez de control, en el mismo auto en que tenga por presentada la acusación del Ministerio Público, señalará fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia, la cual deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor a treinta ni exceder de cuarenta días naturales a partir de presentada la acusación.

Previa celebración de la audiencia intermedia, el Juez de control podrá, por una sola ocasión y a solicitud de la defensa, diferir, hasta por diez días, la celebración de la audiencia intermedia. Para tal efecto, la defensa deberá exponer las razones por las cuales ha requerido dicho diferimiento.

En la fase oral de la etapa intermedia, el *thema probandum*, es el más destacado, es decir, establecer cuál será el contenido del debate en juicio, precisamente los hechos presuntamente ilícitos que serán objeto de decisión en la sentencia que originaron la formación de la causa, y segundo, establecer sobre qué hechos deberá recaer la prueba que se desahogará en el debate, así como cuáles de ellos, no serán objeto de prueba, por haber convenido las partes sobre su acreditamiento por vía de los acuerdos probatorios. Otra finalidad concomitante es purgar de vicios formales y materiales la acusación, para evitar alegaciones de la defensa o imputado y eventualmente de la víctima sobre éstos en el debate.

Aparejado a lo anterior, tenemos que se calificarán las pruebas que ofrezcan las partes, para evitar que se desahoguen en el juicio aquellas impertinentes, las que tengan por objetivo acreditar hechos públicos y notorios o que tengan efectos puramente dilatorios, así como las que provengan de

actuaciones declaradas nulas o que sean obtenidas con vulneración de garantías fundamentales, que es el tema donde la prueba ilícita se verifica.

En esa tesitura, al celebrarse la audiencia intermedia (artículo 344), una vez expuesta la acusación, seguida de las exposiciones de la víctima u ofendido y el acusado por sí o por conducto de su Defensor; después de deducir cualquier incidencia o excepción que proceda, así como el establecimiento en su caso de acuerdos probatorios, **el Juez se cerciorará de que se ha cumplido con el descubrimiento probatorio a cargo de las partes y, en caso de controversia abrirá debate entre las mismas y resolverá lo procedente.**

En cuyo caso, el legislador, sólo prevé que si es el Ministerio Público o la víctima u ofendido quiénes ocultaron una prueba favorable a la defensa, el Juez en el caso del Ministerio Público procederá a dar vista a su superior para los efectos conducentes. De igual forma impondrá una corrección disciplinaria a la víctima u ofendido.

Empero, no establece que la sanción sea la exclusión de prueba por falta de descubrimiento probatorio, ya que dentro de las reglas establecidas en el numeral 346 de dicho ordenamiento, 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.

Con lo cual, se advierte que por esa simple razón el juzgador no puede señalar que se deban excluir medios de prueba, sino que es menester que concurren otras situaciones para ello; decisión del Juez de control al excluir medios de prueba que es apelable.

Ello, porque la exclusión de prueba es un tema que debe aplicarse con prudencia por el juez de control, de lo contrario puede dejar vacía la audiencia de juicio y excluir indiscriminadamente probanzas necesarias que afecten a una de las partes; más aún, en la mayoría de los casos, para advertir su lesión a un derecho humano en el caso de prueba ilícita, se requiere que entren al principio de contradicción, lo cual no puede hacerse de manera previa.

Todo lo cual, advierte la necesidad de que sea el tribunal de enjuiciamiento quien aprecie si existe o no violación a un derecho humano a fin de no tomar en cuenta dicha probanza.

4.5 Tratamiento de la Prueba Ilícita en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La Convención Europea de Derechos Humanos no contiene normas reguladoras de pruebas, sino que ello lo delegada al legislador nacional de cada Estado parte; no obstante, al resolver casos contenciosos sometidos a su consideración, fija parámetros de cómo éstas deben practicarse para establecer si el acusado tuvo un proceso equitativo o juicio justo, que no es otro que el realizado bajo los cánones del debido proceso legal, para lo cual, señala el Tribunal de Estrasburgo que le corresponde comprobar que el procedimiento en su conjunto, lo que incluye el modo y la presentación de la prueba, no colocó al acusado en un estado de indefensión.

Así, en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo reconoce que para establecer violación al proceso, se debe partir de su consideración como un todo global (Caso Schenk vs Suiza, 1988; caso Barbera, Messegué y Jabardo vs España, 1992), lo que niega la nulidad de cualquier prueba ilícita aislada, sólo por el hecho de serlo; no obstante el tribunal de Estrasburgo quien conoce de peticiones particulares de cualquier ciudadano que estime una resolución de tribunales constitucionales de algún Estado parte, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que conoce de casos contenciosos a través de la Comisión Interamericana, ha adoptado posiciones muy discutidas al establecer temas de exclusión probatoria, pues si bien lo ubica en el debido proceso, ello no lo hace de manera directa, sino como consecuencia de colocar al acusado en una posición de indefensión que genere un juicio injusto y como consecuencia de exigir que la culpabilidad se establezca legalmente, aunque no por violación al principio de presunción de inocencia, como lo adopta la doctrina española, precisamente por no incorporar a su competencia el régimen de admisión de pruebas.

Es esta exigencia de acreditar la culpabilidad, la que centra la regla de exclusión y permite sancionar que la utilización de pruebas ilícitas ha dado un proceso no equitativo, al menos ese fue el caso que sustentó en Schenck vs Suiza, donde el demandante invocaba violación al proceso equitativo, al señalar que se había introducido ilegalmente una grabación de una conversación telefónica que el mismo demandante había tenido con un sujeto a quien encomendó por una suma de dinero privar de la vida a su esposa, sujeto quien a la postre entregó dicha comunicación a la policía; no obstante haber sido valorado dicho elemento de prueba, el tribunal no declaró violado el derecho a un proceso equitativo, al efectuar una valoración global de dicha prueba con el resto de la evidencia incriminatoria, pues era preciso demostrar si se había causado indefensión en el proceso.

Para lo cual, es menester que al acusado no le hubiere sido posible contradecir el medio de prueba y que en su caso constituyera la única prueba de cargo que fundara la sentencia condenatoria para establecer violación al juicio justo, lo cual llevó a rechazar la demanda en el caso del señor Schenk; no

obstante en el diverso caso Barbera, Messegué y Jabardo vs España (1992), no aconteció lo mismo, debido a una serie de irregularidades en el proceso que establecieron violación al debido proceso, con independencia de la introducción de una prueba ilícita, pues incidieron no sólo las pruebas de condena sino múltiples irregularidades procesales que ponderadas globalmente habían determinado la condena: el modo en que se desarrolló la audiencia, el traslado tardío de los acusados, la inesperada composición del tribunal, la brevedad en el juicio oral y la no sujeción de la mayor parte de los medios de prueba al principio de contradicción que debe observar la producción de prueba en juicio.

Al respecto es interesante los criterios aportados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Shenk (12 de julio de 1988), Scheinchelbauer (16 de diciembre de 1970) y Edwards (16 de diciembre de 1992), que permitieron establecer como criterios que la exclusión de las pruebas ilícitas es consecuencia de la tutela a un proceso equitativo, el carácter de un proceso equitativo se viola se impide la contradicción, por lo que el acusado tiene derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación; la apreciación del carácter equitativo o no de un proceso debe hacerse en conjunto, pues la existencia de pruebas ilícitas puede verse contrarrestado por otras lícitas, así como que la acumulación de irregularidades vulnera la garantía a un proceso equitativo, aun cuando aquellas considerada aisladamente no violentaran el artículo 6 de la Convención Europea (Urbano, 2014:36 y 37).

Ello, hace evidente, que la vulneración del artículo 8 CEDDH no acarrea necesariamente el efecto excluyente de la ilicitud denunciada, en tanto no se aprecie además como quebranto del derecho a un proceso equitativo. Tres diferentes resoluciones (*Khan vs. RU*, de 12 de mayo de 2000; *P.J. y J.H. vs RU*, de 25 de septiembre de 2001, y *Allan vs RU*, de 5 de noviembre de 2002) han rechazado el efecto excluyente de la ilicitud provocada por haber quebrantado el artículo 8 CEDDHH.

Estas resoluciones no han estado exentas de polémica. Apelando a la <<doctrina Schenk>>, tres jueces disidentes recordaron que jurisdicción alguna

puede administrar justicia a partir de una prueba obtenida no sólo mediante medios probatorios <<desleales>>, sino reconocidamente ilegales, máxime, si como sucedía, era la única prueba de cargo. En el caso Schenk se trataba de una llamada efectuada a un domicilio particular que quedó grabada por el mecanismo instalado por el propio titular del teléfono destinatario de la llamada. Interpuesta demanda al amparo del art. 8 CEDDHH al apreciar que podría haberse vulnerado el derecho a que la causa se oiga con justicia desde la perspectiva –precisamente- de si el uso de un medio de prueba obtenido ilegalmente (la grabación en cuestión), bastaba para convertir en injusto el procedimiento, máxime cuando – como alegaba el Sr. Schenk- la condena del Tribunal Nacional se basó fundamentalmente en los resultados obtenidos a partir de la cinta grabada. Importa resaltar que la demanda no invocaba la violación del art. 8.2. CEDDHH por el hecho de la grabación, sino por su utilización como prueba, pero lo cierto es que finalmente no se entró a considerar la vulneración de este último precepto, al entenderlo subsumido en su examen del artículo 6 CEDDHH, desestimándose finalmente la demanda. Se suscribieron varios votos particulares poniendo de manifiesto la conexión entre los derechos contenidos en los artículos 6 y 8 de la Convención, de manera que resultaba imposible valorar uno sin previamente resolver sobre el otro.

Explícitamente, a juicio del juez Loucadies –autor del voto disidente-, el término equitativo que figura en el art. 6 CEDDHH exige la exclusión de pruebas obtenidas violando el derecho a la vida privada garantizado por el artículo 8 CEDH como corolario de aquel. En otras palabras, un proceso no puede ser equitativo en el sentido del citado artículo 6 CEDDHH cuando la culpabilidad ha sido establecida con medios probatorios obtenidos violando derechos garantizados expresamente por la propia Convención. Lo contrario supone destruir la prevalencia que debe otorgarse al sometimiento al Derecho. Y en la misma dirección y con igual o mayor fundamento, el juez Tulkens precisa que eliminar la vulneración del artículo 8 CEDDHH del juicio sobre el proceso equitativo regulado en el artículo 6 del Convenio, vacía de contenido este último privándole de efectividad. Este magistrado llega incluso a cuestionar si cabría idéntico

razonamiento cuando se tratara de la violación de los derechos contenidos en el artículo 3 CEDDHH.

Lo que advierte una forma de valorar pruebas que a pesar de la exclusión de otras que violan derechos humanos, pueden ponderarse para establecer de manera conjunta o integral, si el imputado tuvo un juicio justo, lo que contrasta con la regla de exclusión, pues esta impone que la simple valoración de una prueba ilícita, traía consigo que el juez debía tenerla por inexistente, al estar íntimamente vinculada con el derecho a la presunción de inocencia por el cual la prueba de cargo debe ser lícita, como un canon de validez de la sentencia condenatoria.

No obstante, las resoluciones en las que el Tribunal Europeo ha decretado que la introducción de prueba ilícita no es suficiente para establecer proceso inequitativo, no han estado exentas de polémicas; máxime, si constituye la única prueba de cargo decisoria, como en *Schenk* con la intervención de comunicaciones, pues al analizar la valoración por parte de los tribunales de instancia de la llamada efectuada a un domicilio particular que quedó grabada por el mecanismo que colocó el propio destinatario de la misma y que fundamentalmente estableció la condena del demandante, se estimó que no existía violación al juicio justo; en cuyo caso particular se advertía ponderación del tribunal de derechos humanos de la lesión inferida al bien jurídico y el interés del estado por tutelar la vida de las personas.

En el caso *Gäfgen contra Alemania* de 1 de junio de 2010, antes de establecer si hubo violación al juicio justo, analizó que los tribunales de instancia hubieren excluido las confesiones del acusado obtenidas por medio de tratos crueles o inhumanos, ya que si bien el demandante alegaba tortura, en cuyo caso el Tribunal Europeo es categórico en recoger la exclusión de elementos probatorio obtenidos por tortura, al estimar que ningún Estado bajo ningún aspecto puede admitir la práctica de ese delito de lesa humanidad; lo cierto es que antes de resolver la exclusión, califica el trato sufrido, para establecer en consecuencia los efectos de la nulidad; tal como aconteció en el caso que analizaremos dada su

trascendencia para establecer el *balancing test* o juicio de proporcionalidad que emplea un tribunal de derechos humanos.

El asunto tiene su origen en una demanda presentada contra la República Federal de Alemania por un ciudadano de dicho Estado, el señor Magnus Gäfgen, ante el Tribunal el 15 de junio de 2005 al amparo del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, quien alegó que el trato al que había sido sometido durante el interrogatorio policial, el 1 de octubre 2002 para que revelara el lugar donde se encontraba un menor, constituía tortura, una actuación prohibida por el artículo 3 del Convenio, por lo que se alegaba su posición de víctima.

Consideraba además que su derecho a un proceso equitativo, tal como lo garantiza el artículo 6 del Convenio³, que equivale al artículo 8 de la Convención Americana, al indicar que contempla el derecho a defenderse de forma efectiva y no contribuir a su propia incriminación, había sido ignorado al haber sido admitidos en el proceso penal como medios de prueba, datos obtenidos sin tener en cuenta el artículo 3, que alude a la tortura.

Los antecedentes del asunto (case of "Gafgen vs Germany, 2010) consisten en que el menor de una familia de banqueros de Frankfurt del Meno, conoció al

³ 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

demandante, estudiante de derecho, por ser conocido de su hermana. El 27 de septiembre de 2002, el demandante llevó al menor, que contaba once años, a su apartamento en Frankfurt del Meno, bajo el pretexto de que su hermana se había dejado una chaqueta, lugar donde le provocó la muerte por asfixia. El demandante dejó en la residencia de los padres de la víctima, una carta en la que reclamaba un rescate de un millón de euros; en ella decía que había sido raptado por varias personas. Los padres volverían a ver a su hijo si entregaban un millón de euros a los raptadores y si estos conseguían abandonar el país. El demandante condujo hasta un estanque situado en una propiedad privada cerca de Birstein, aproximadamente a una hora de carretera de Frankfurt y escondió el cuerpo del menor bajo un árbol.

El 30 de septiembre de 2002 alrededor de la 1 de la mañana, el demandante intentaba escapar con el rescate en el aeropuerto, donde fue detenido dado que la policía puso en marcha un dispositivo de vigilancia; además, que había ingresado una parte del rescate en sus cuentas bancarias y ocultó el resto en su apartamento. Detención en la que la policía de Frankfurt le inmovilizó la cara contra el suelo, lo que fue certificado médicamente como lesiones cutáneas, posteriormente fue conducido a la comisaría de policía de Frankfurt del Meno.

Si bien, el inspector le informó que era sospechoso de haber secuestrado al menor y le leyó sus derechos de defensa, en concreto el de su potestad de guardar silencio y de consultar con un abogado, en ese intervalo, la policía entró en el apartamento del acusado y encontró la mitad del rescate así como una nota relativa a la planificación del crimen. El demandante hizo creer entonces que el niño se hallaba retenido por otro secuestrador. A las 11 y media fue autorizado a consultar con un abogado y más tarde declaró que se habían llevado al niño y lo habían escondido en una cabaña al borde del lago. El 1 de octubre de 2002, el director adjunto de la policía de Frankfurt ordenó a otro policía, amenazara al acusado o demandante con infligirle daño y, si fuera necesario, cumplir la amenaza, con la finalidad de obligarle a revelar dónde se encontraba el niño. Aunque los jefes de servicio se habían opuesto con anterioridad a medidas semejantes de forma reiterada, el inspector amenazó al acusado, ahora

demandante, con diversos padecimientos, que una persona especialmente entrenada para ello podía infligirle si no revelaba dónde se encontraba el menor.

Al temer por su integridad física, el acusado reveló cerca de diez minutos más tarde dónde se encontraba el menor; así llevó a la policía al lugar, donde ésta filmó el evento, encontró los restos del menor sobre el lecho del estanque cerca de Birstein tal como lo indicó el acusado. La policía, que examinó el lugar, recogió las marcas de los neumáticos dejados por el coche del demandante cerca del estanque. Cuando el inspector interrogó en el camino de regreso, el demandante confesó haber secuestrado y matado al menor. La policía le llevó entonces a diversos lugares que él mismo indicó y recuperó de este modo de los contenedores los cuadernos escolares, una mochila, la ropa del menor, así como la máquina de escribir que utilizó el acusado para redactar la nota de rescate. La autopsia que se le practicó al cadáver del menor, confirmó que la muerte se produjo por asfixia.

El director adjunto de la policía de Fráncfort, indicó que con el fin de salvar la vida del menor, había ordenado al policía que interrogara al demandante y que le amenazara con infligirle sufrimientos que no le dejarían ninguna lesión. Confirmó que el trato debía en todo momento ser supervisado por un servicio médico. Admitió, también haber pedido a otro policía que se aprovisionara de un “suero de la verdad”, que sería administrado al demandante; la amenaza proferida tenía como objeto exclusivamente salvar la vida del menor y no facilitar las diligencias penales relacionadas con el secuestro. Al haber revelado el demandante, tras haber sido amenazado, el lugar en el que se encontraba el cuerpo del menor, no se aplicó ninguna de dichas medidas.

Se analizó que los tribunales de instancia en todo momento estimaron que era improcedente por el hecho de recurrir a métodos de interrogatorio prohibidos, la exclusión de la utilización en el marco del procedimiento, de todo el conjunto de pruebas, tal como el cuerpo del menor, que las autoridades de la investigación habían conseguido localizar debido a declaraciones arrancadas bajo coacción al demandante. El tribunal se pronunció en estos términos:

”(...) no se adscribe ningún efecto a largo plazo a la violación del artículo 136a del código de procedimiento penal, que hubiera podido plantear algún obstáculo a la utilización también [como prueba] de elementos de los que se ha tenido conocimiento gracias a las declaraciones obtenidas. La sala muestra al respecto su acuerdo con la posición de compromiso adoptada por la doctrina y los tribunales (...) y que preconiza poner en equilibrio [los intereses] que concurren en las circunstancias de la causa, buscando en particular si el orden legal ha sido transgredido de forma flagrante, en especial en disposiciones consagradas a proteger derechos fundamentales, y que preconiza también tener en cuenta la gravedad del delito que constituye el objeto de la instrucción. Si se mide la gravedad de la vulneración de los derechos fundamentales del acusado - en el presente asunto, la amenaza de violencia física- con la gravedad del delito del que se le acusa y que motiva la instrucción -el asesinato de un menor-, **parece desproporcionado excluir los elementos**-en especial el descubrimiento del cuerpo del menor y los resultados de la autopsia- de los que se ha tenido conocimiento gracias a las declaraciones del acusado.

En el mismo sentido el tribunal regional alemán señaló que en las declaraciones que realizó al día siguiente con respecto a las acusaciones que se le imputaban, el demandante admitió haber matado al menor, pero precisó que esa no había sido su intención desde el principio. Su abogado sostuvo que al prestarse a confesar, el interesado había deseado asumir la responsabilidad de su delito a pesar de los métodos de interrogatorio empleados el 1 de octubre de 2002. Todos los demás elementos condenatorios descubiertos a raíz de la declaración inicial del acusado, ahora demandante y que éste deseaba que se excluyeran, fueron aducidos en su contra a medida que se desarrollaba el proceso. En la clausura del proceso, el 28 de julio de 2003, el demandante admitió que también había planeado desde el inicio matar al niño. Veía en sus segundas declaraciones “la única forma de aceptar su profunda culpa” y “la mayor excusa posible para el asesinato del niño”.

El tribunal regional de Frankfurt del Meno declaró culpable al demandante, entre otros delitos, de asesinato y de rapto de un menor con petición de rescate

seguido de muerte de la víctima. Le condenó a la reclusión a perpetuidad, subrayando que la culpabilidad era de una gravedad particular y que justificaba la pena máxima. El tribunal concluyó que en la audiencia se había informado nuevamente al demandante de su derecho a guardar silencio y de que ninguna de sus declaraciones anteriores podía ser utilizada en su contra, y en esa misma audiencia el acusado reiteró que había secuestrado y matado al menor, cuyas declaraciones que hizo durante el proceso con relación a la planificación de su crimen, constituyeron el fundamento esencial, sino exclusivo, de las constataciones del tribunal, corroboradas por el testimonio de la hermana del menor, la carta de chantaje y la nota relativa a la organización del crimen que había sido descubierta en el apartamento del acusado. Ello, porque se hizo posible que la constatación del delito no descansaba exclusivamente en las confesiones que el demandante había realizado durante el proceso, sino que otros elementos de prueba demostraban que también había dicho la verdad en ese aspecto, como las conclusiones de la necropsia sobre la causa de la muerte del menor, las marcas de neumáticos que había dejado el coche del acusado cerca del estanque en el que fue descubierto el cuerpo, y el dinero procedente del rescate encontrado en el apartamento o en las cuentas bancarias del interesado; en su caso se estimó que el acusado no había hecho sino confesar aquello que ya había sido probado. El hecho de que el demandante hubiera formulado voluntariamente confesiones completas durante el proceso, aunque sus confesiones anteriores debieran ser descartadas por constituir pruebas ilícitas, debían valorarse como atenuantes y no impide que, incluso sin confesión por su parte, el interesado fuera declarado culpable del secuestro, pues existía vigilancia policial una vez se hubo apoderado del rescate, que se encontró a continuación dividido entre su alojamiento y sus cuentas bancarias. Además, la necropsia había revelado que el menor murió por asfixia, y se habían descubierto las marcas de los neumáticos que había dejado el coche del acusado.

Ello, hace patente que los tribunales efectúan desconexión causal de pruebas que indefectiblemente se hubieran encontrado mediante otros medios, sin que para ello, provengan de una prueba ilícita-*confesión obtenida con coacción*.

Lo que confirmó el tribunal constitucional alemán, al destacar que los tribunales penales habían considerado que los métodos de interrogatorio que empleó la policía estaban prohibidos, pero discrepaban con el demandante en relación a las consecuencias jurídicas que dicha constatación conllevaba. Dichos tribunales habían considerado que las declaraciones obtenidas gracias a las medidas de coacción no podían ser admitidas como pruebas, pero que ello no constituía un obstáculo para que continuara el proceso penal en el presente asunto. De esta manera en opinión del tribunal constitucional federal, podía considerarse que los tribunales penales habían remediado el vicio procesal originado por la aplicación de métodos de interrogatorio prohibidos, porque habían excluido como pruebas las declaraciones obtenidas por dichos medios. Esta exclusión había sido dictaminada para compensar cualquier ataque anterior a los derechos de la persona en cuestión. Por el contrario, las disposiciones legales no preveían las circunstancias en las cuales las irregularidades mayores de procedimiento pudieran constituir un obstáculo para las diligencias penales.

En esas condiciones, el acusado no había explicado de qué forma los métodos de interrogatorio por los que impugnaba violaciones a sus derechos humanos, no sólo excluían utilizar como prueba de cargo las declaraciones obtenidas gracias a dichos medios, sino constituían además un obstáculo a las propias diligencias penales abiertas en su contra; lo que robustece que la nulidad de ciertas pruebas, no advierte por sí un defecto que imposibilita el juzgamiento, pues atañe al acto declarado invalido pero no al proceso; esto es, que la prueba ilícita no genera, salvo casos muy determinados (*tortura, desaparición forzada, ejecución sumaria*), un efecto corruptor que en su caso coloque al imputado en algún estado de indefensión que haga evidente la violación al juicio justo, pero ello como resultado del ejercicio de ponderación en el caso concreto de la lesión inferida, bajo estándares de necesidad y razonabilidad que los tribunales constitucionales establecen con el caso concreto, sin que ello genere una regla general.

En esta tesitura, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a fin de establecer la trascendencia de la confesión del acusado por medio de coacción,

calificó si se encontraba ante un caso de tortura, como lo solicitaba el demandante; para lo cual el Tribunal recuerda que el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, que no está sujeto a ninguna excepción, ni siquiera en las circunstancias más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, pues se prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, sea cual fuere el comportamiento de la persona en cuestión.

Bajo lo cual, distinguió entre tortura (como todo acto por el cual un dolor o sufrimiento agudo se infligen intencionalmente a una persona con fines concretos de obtener de ella informaciones, de castigarla o intimidarla) y la noción y la del trato inhumano o degradante, para establecer que en lo que concierne al trato al que fue sometido el demandante el 1 de octubre de 2002, no se presta a discusión entre las partes que durante el interrogatorio de dicha mañana, se amenazó al demandante con sufrimientos insoportables si se negaba a revelar dónde se encontraba el menor; empero, a la vista de los informes médicos presentados por el acusado, el Tribunal determinó no estar en condiciones de concluir que las denuncias del demandante relativas a los golpes y heridas que le habían sido infligidas y la amenaza de abusos sexuales, de las que alegó haber sido objeto durante el interrogatorio, hayan sido probadas más allá de toda duda razonable.

Por lo que, para calificar el trato infligido al demandante, el Tribunal consideró que las amenazas reales e inmediatas proferidas en su contra para arrancarle informaciones alcanzaron el grado mínimo de gravedad que se requiere para que el comportamiento, ya que el método de interrogatorio al que fue sometido el acusado en las circunstancias del asunto concreto, fue lo bastante grave para ser calificado de trato inhumano, pero que no ha alcanzado el nivel de crueldad requerido para ser calificado dentro del ámbito de la tortura, atento a su duración, y finalidad. Violación había sido suficientemente indemnizada en el ámbito doméstico, pues los dos funcionarios de policía implicados en las amenazas habían sido declarados culpables y castigados, y había tenido repercusión en sus carreras. Además, el uso de métodos de interrogatorio prohibidos había sido sancionado de forma que ninguna de las declaraciones que

el demandante había realizado antes de su proceso, fueran admitidas como prueba en su contra.

Por ende, para establecer, si el proceso ha sido equitativo en su conjunto, determinó si los derechos de la defensa habían sido respetados, esto es, si el demandante había gozado de la posibilidad de rebatir la veracidad de las pruebas y de oponerse a su utilización o si se le privó del derecho a un proceso en su conjunto del carácter equitativo.

Para los fines de su apreciación, el Tribunal Europeo consideró determinante el vínculo de causalidad existente entre el interrogatorio del ahora demandante llevado a cabo en contra del artículo 3 (tratos inhumanos) y las pruebas materiales recogidas por las autoridades gracias a las indicaciones del acusado, entre ellos el cuerpo del menor ofendido y el informe de la necropsia, las marcas de neumáticos dejados por el coche del acusado cerca del estanque así como la mochila y la ropa del menor, la máquina de escribir que pertenecía al demandante.

Por otro lado, destacó que el tribunal regional alemán había excluido del proceso, todas las confesiones que el demandante realizó bajo la amenaza o los efectos continuados de la misma en el marco del proceso de investigación y se negó a excluir los elementos de prueba que las autoridades de la investigación habían recogido como consecuencia de las declaraciones realizadas por el interesado bajo el efecto continuado del trato inhumano.

Lo que implicó que señalara que el Tribunal era consciente de los diferentes derechos e intereses concurrentes en juego. Por una parte, la exclusión de pruebas materiales -con frecuencia fiables y abrumadoras- en un proceso penal empaña la persecución efectiva de los delitos. Las víctimas de un crimen, sus familias y el público tienen todos indudablemente un interés en la persecución y el castigo de los criminales, y en el presente asunto, ese interés revestía una importancia considerable. Lo que es más, el asunto en cuestión presentaba también esa particularidad de que las pruebas materiales en litigio fueron obtenidas gracias a un método ilegal de interrogatorio que no buscaba por sí

mismo permitir una instrucción penal, sino que fue aplicado con una finalidad de prevención, es decir, para salvar la vida de un niño y por tanto para proteger otro derecho fundamental garantizado por el Convenio, más concretamente el derecho a la vida.

Por otra parte, un acusado en un procedimiento penal tiene derecho a un proceso equitativo, derecho que puede ponerse en entredicho cuando los tribunales domésticos se sirven de pruebas obtenidas como consecuencia de una transgresión de las prohibiciones de tratos inhumanos, uno de los derechos fundamentales y absolutos garantizados por el Convenio. De hecho, existía también un interés público esencial en la salvaguarda de la integridad del proceso judicial y con ello de los valores de las sociedades civiles fundadas sobre la preeminencia del derecho.

Bajo lo cual, al tener en cuenta los intereses mencionados en juego en el contexto de debido proceso, el Tribunal destacó que los tratos crueles, inhumanos consagraban un derecho absoluto, lo que en principio implicaba que no fuera sopesado con otros intereses como el de la gravedad del delito que es objeto de la investigación o el interés general al que se encaminan las diligencias penales efectivas. En caso contrario, este carácter absoluto se vería menoscabado; no obstante consideraba el argumento del Gobierno por el que se manifestaba que el Convenio le obligaba también a aplicar la ley penal al asesinato y de este modo proteger el derecho a la vida, sin que ello implique hacerlo a través de actos que transgredían la prohibición absoluta de tratos inhumanos.

No obstante, a diferencia de los casos de tortura, tratos crueles o inhumanos, el debido proceso no consagra un derecho absoluto. El Tribunal debe por tanto investigar qué medidas ha lugar a considerar a la vez necesarias y suficientes en un proceso penal, por lo que hace referencia a los elementos de prueba obtenidos como consecuencia de una violación a un derecho fundamental para asegurar una protección efectiva de los derechos garantizados por la Convención; así, determinó que la admisión de pruebas obtenidas por medio de conductas violatorias solo afectan juicio justo si se demuestra que han influido

sobre el resultado del proceso dirigido contra el acusado, en otras palabras, ha tenido impacto en el veredicto de culpabilidad o en la pena.

Pero en el caso concreto, señaló que las nuevas confesiones emitidas por el acusado, independientes a las obtenidas por medio de tratos indignos, no sirvieron al tribunal doméstico para probar la culpabilidad del demandante, sino tan sólo para verificar la autenticidad de sus confesiones, como los resultados de la necropsia y las marcas de neumáticos dejados por el vehículo del acusado cerca del estanque en el que fue descubierto el cuerpo del menor; por lo que la condena se apoyó en pruebas que fueron obtenidas de forma independiente de las primeras confesiones que le fueron arrancadas al demandante bajo amenazas, las cuales hubiera recabado la policía a través de la vigilancia a la que fue sometido después de intentar huir con el rescate y tras haber registrado su apartamento inmediatamente después de su detención. Estas pruebas, no “viciadas” por la violación del interrogatorio, eran el testimonio de la hermana del menor, el texto de la nota de chantaje, la nota descubierta en el apartamento del demandante relativo a la organización del crimen, así como el dinero del rescate encontrado en el apartamento del demandante o ingresado en sus cuentas bancarias.

Lo que implicó que se estimara que eran las segundas confesiones del acusado en el proceso *-solas o corroboradas por otras pruebas no viciadas, materiales-* las que sirvieron de base al veredicto de culpabilidad por asesinato y secuestro con solicitud de rescate, así como a la pena. Las pruebas materiales en litigio no eran necesarias y no habían servido para probar la culpabilidad o para fijar la pena. Al afirmar, que la cadena de causalidad, por una parte, los métodos de investigación prohibidos y, por otra, el veredicto de culpabilidad y la pena que se le había impuesto al demandante se rompió en lo que concernía a las pruebas materiales que el acusado señalaba violaban derechos fundamentales.

Más aún, se destacó que el acusado, asistido por un abogado, subrayó en sus declaraciones que realizó el segundo día y en la clausura del proceso, confesaba por propia voluntad debido a sus remordimientos y para asumir la responsabilidad de sus actos en detrimento de los hechos sobrevenidos el 1 de

octubre de 2002, esto es, del uso de tratos inhumanos en el interrogatorio, lo que confirma la veracidad de sus declaraciones y que por ende, no se consideraba que la declaración obtenida por medio de tortura hubiere tenido una incidencia en las confesiones que el interesado realizó durante el proceso para alcanzar una reducción de la pena; máxime, que sus derechos de defensa y no autoincriminación, fueron respetados.

Resolución que permite establecer el juicio de ponderación que el tribunal Europeo de Derechos Humanos efectuó al establecer si en el caso concreto se violó el derecho fundamental del demandante a un juicio justo y de cuya resolución se advierte la utilización de pruebas independientes y cuyo descubrimiento era inevitable, para establecer que el acusado tuvo acceso a una defensa adecuada y por ende, que no se le colocó en estado de indefensión; máxime, que se habían excluido del material probatorio de cargo, las confesiones obtenidas por medio de tratos crueles o inhumanos, lo que implicaba declarar improcedente invalidar todo el proceso.

Tras lo cual, es dable concluir que es posible la aplicación de pruebas que advierten desconexión respecto de otras que en las que su producción u obtención se violentó derechos humanos, pues se respeta el derecho a un juicio con todas las garantías al excluir éstas al aplicar la regla de exclusión de manera directa y ponderar aquellas pruebas que *originaria y derivadamente* están desvinculadas con el acto violatorio de derechos humanos, esto como base de la tutela judicial efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales a fin de establecer si la prueba de cargo no sólo es apta y suficiente sino lícita en su conjunto, so pena de trasgredir el derecho de presunción de inocencia.

Ello, porque la motivación de la resolución judicial es un requisito formal del principio de proporcionalidad, según el cual, en temas de derechos humanos debe plasmarse el juicio de ponderación que llevó a cabo entre el derecho humano tutelado y el interés constitucionalmente protegido, del cual se desprende la adopción del criterio en la toma de decisión.

Por ello, aplicar el efecto corruptor, es una decisión muy cuestionada cuando el tribunal de legalidad o constitucionalidad no motiva su determinación, sino que adopta un efecto expansivo al proceso por algunos elementos probatorios que se obtuvieron infringiendo derechos humanos; pues la declaración de la lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de pruebas desconectadas causalmente de forma natural, pues en suma la prohibición de valorar pruebas ilícitas por violar derechos humanos (*regla de exclusión*), sólo tiene cabida si la ilicitud de las pruebas se trasmite a las derivadas al atender al acto lesivo al derecho humano y verificar en cada caso concreto su incidencia al resto del material probatorio (*conexión de ilicitud*), como señala la jurisprudencia española, desde una perspectiva interna referida a la índole y características del derecho sustantivo, y desde una perspectiva externa, atento a las necesidades de tutela exigidas para esa efectividad (Martínez, 2009:153); ello porque la prueba refleja es la que se puede vincular de la violación cometida, pero cuando resulta ajena no puede sostenerse que se transmitió la inconstitucionalidad originaria de la prueba directa que debe ser excluida exclusivamente.

****La exclusión tiene mucho que ver con el tratamiento procesal que reciba la prueba ilícita, aunque acorde con el Código Nacional de Procedimientos Penales, la regla de exclusión como derecho humano fundamental ha adquirido una relevancia enorme desde la fase de investigación hasta su judicialización mediante control de detención o solicitud de citatorio para formular imputación y prever eliminar de manera absoluta medios de prueba que violen derechos fundamentales; pues de llegar a introducirse al juicio, tendrá como efecto que en su caso el tribunal de enjuiciamiento deje de valorar dicha probanza al estimar su nulidad, pero el tema torales se centra en ponderar si existe conexión de causalidad con las prueba derivadas o restantes, lo que en su caso deberá verificarse caso por caso para establecer el tratamiento procesal, al ponderarse la trascendencia de la infracción procesal al atender a los intereses en conflicto (proporcionalidad), dado que se deja fuera de exclusión probatoria aquellos supuestos donde no hay vinculación con la prueba ilícita, aunado a que la fuente

de prueba no tiene efectivos expansivos cuando se practicó vulnerando la legalidad ordinaria o infringiendo normas procesales, como el estar asistido por persona de confianza o la identificación de una persona en Cámara de Gesell sin asistencia de defensor.

Conclusiones

El tema de la prueba ilícita patentiza que en los Estados contemporáneos los tribunales constitucionales se constituyen en pilares de los derechos humanos, pues su actuación no se reduce solamente a la protección de éstos, o a establecer supresiones normativas que contravengan los mismos, sino que la interpretación que hacen los tribunales en sus resoluciones, delimitan sus alcances, con lo cual determinan su núcleo esencial bajo estándares internacionales que permite una obra jurisprudencial trascendente que sirven de criterios orientadores para el actuar no sólo de los tribunales de legalidad, sino de todas las autoridades en el ámbito de su competencia; de ahí que podría argumentarse que la función de política más importante de una Corte consiste en proteger derechos que, son básicos para el ser humano y por ende, el papel de los tribunales constitucionales como instituciones creadoras de políticas no resulta sencillo, el poder judicial ya no depende exclusivamente del poder político, sino éste también de las decisiones judiciales.

Así, la discusión frente al papel del juez no gira exclusivamente en torno a la aplicación de la ley o la creación de derecho, en la medida que adquiere un mayor sentido en el marco de la interacción entre las instituciones jurídicas y la realidad, configurándose la necesidad de la implementación de nuevos mecanismos de intervención, para configurar los elementos que permitirán una transformación social en términos de protección de derechos. Esta postura adquiere mayor potencialidad en la medida que las decisiones jurisprudenciales que se presentan en torno a las medidas que tratan de implementar justicia pueden convertir al poder judicial en un mecanismo de control no sólo constitucional sino social y de política criminal, mediante la definición y declaración de parámetros claros que impidan la impunidad; la garantía plena de los derechos de las víctimas, por medio del control y evaluación de las políticas implementadas por el Estado.

En efecto, los jueces constitucionales intervienen cuando las obligaciones que corresponden a los gobiernos y las acciones que se ejecutan no están sustentados en los derechos humanos; de hecho, el rol del poder judicial frente a la satisfacción de derechos y el poder político adquiere relevancia en el momento de resolver el caso concreto y permear en definir la política pública, a partir de la identificación de los sectores de población vulnerables, las necesidades de la población, la estructuración de los objetivos, las acciones implementadas y la evaluación de los resultados, como principal mecanismo de intervención en derechos humanos, proceso del cual se desprenden nuevas funciones en el papel del juez, pero sobre todo en el potencial emancipatorio de las decisiones judiciales **(Uprimmy y García, 2004)**. Al mismo tiempo, es necesario reconocer los bloqueos institucionales que sufren las decisiones judiciales, que casi siempre se detienen en el cuestionamiento de la legitimidad democrática de la Corte Constitucional, afectando la utilidad de las mismas. Así, dentro del debate contemporáneo, la eficacia de las decisiones judiciales no solo se mide por los efectos instrumentales directos que pueda generar, como lo puede ser la implementación real de una política pública o la promulgación de una norma, sino también por los efectos simbólicos que pueda generar, como puede ser el cambio de percepciones dentro del conjunto de la sociedad.

En tal sentido, la intervención de las Cortes Constitucionales por medio del control de constitucionalidad resulta importante para la reparación de las víctimas, ya que se consolida como mecanismo de protección de los derechos cuando se presenta una vulneración repetida, generalizada y sistemática de los derechos de un grupo significativo de la sociedad. La citada figura, amplía los poderes de la rama judicial en espacios que generalmente competen al ejecutivo y la rama legislativa, como el diseño de políticas públicas, dentro de un contexto del Estado social de derecho y un gran catálogo de derechos, específicamente los derechos sociales y el deber objetivo de su protección, lo que permiten que los derechos resulten vinculantes para las ramas del poder público, generando no solo la fijación de contenidos de los derechos en sede judicial, sino también la ejecución de los medios para su realización.

A pesar de que el Juez por competencia no es el primero en ser llamado para intervenir una grave vulneración de derechos humanos, se advierte que existe una obligación positiva, que se encuentra soportada en el contenido esencial de los derechos y de realización del Estado social de derecho, lo que le permite al juez la promoción de acciones jurídicas y políticas para remediar una grave vulneración de derechos, plasmando así la interrelación entre la realidad y el derecho. En este sentido, se hace visible de manera más notoria el rol del poder judicial frente a los derechos y el poder político, en la medida que el reconocimiento expreso de derechos, el reemplazo de la igualdad formal por la material y el establecimiento de mecanismos para el logro de los derechos facultan a la Corte Constitucional a establecer criterios que permeen el respeto irrestricto al debido proceso. En este punto es pertinente aclarar que existe un cambio de paradigma en la función del juez constitucional al convertirse en viabilizador de los mandatos constitucionales, generando directrices para ajustar los derechos a las necesidades y a la realidad del contexto.

El respeto de la legalidad en la obtención y valoración de pruebas, no es una exigencia abstracta y formalista, sino la esencia que permite que el proceso sea justo; pero ello no puede establecerse sin parámetros claros que permitan al juzgador aplicar criterios que tutelen los derechos de los justiciables y de las víctimas del delito bajo cánones de equidad; lo cierto es que la regla de exclusión alcanza a conformar un verdadero derecho fundamental del imputado; los tribunales constitucionales han dejado de ser exclusivamente legisladores negativos, para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas por la vía de la interpretación; el bloque de constitucionalidad retoma el avance más alto, al incorporar en su jurisprudencia los estándares internacionales en la tutela de los derechos humanos; ello implica que los tribunales constitucionales no se limitan a interpretar la ley en los términos dados por el legislador bajo un formulismo jurídico, sino que pueden instruir al legislador para que permee dichos criterios en su función legislativa.

El efecto disuasorio para el que fue creado la regla de exclusión (*deterrent effect*), ha ido adoptando diversa figuras jurisprudenciales apartir de los años setentas en

distintas connotaciones en los Estados Unidos, donde tuvo creación la teoría de la regla de exclusión, al estimar la creación explícita de hipótesis para explicar en qué supuestos no existe nexo causal entre la prueba ilícita y el resto del material probatorio, a saber: **a) la fuente independiente** (*independent source doctrine*) que señala que la prueba obtenida ilícitamente puede no viciar a la restante prueba obrante en la causa, porque es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia; y entonces dicha excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal; **b) nexo causal atenuado** (*attenuated connection principle o purget taint*) figura que consiste en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente y su exclusión puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad; así como **c) el descubrimiento inevitable**, hace referencia por tanto a aquéllos supuestos en que se considera que la lesión del derecho no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona, pues “existen líneas de investigación en marcha no viciadas de constitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba; o la **d) excepción de la buena fe** (*good faith exception*) conforme a la cual se legitima y se le reconoce aptitud probatoria a las pruebas obtenidas ilícitamente cuando se demuestre que los funcionarios policiales actuaron de buena fe, es decir, creyeron que su actuar se ajustaba a la ley.

España ha desarrollado su teoría de la **conexión de antijuridicidad**, que permite que los tribunales aprecien en el caso concreto si la prueba inicialmente ilícita está causalmente conectada al resto del material probatorio; el tribunal Constitucional alemán al emplear la **teoría de la ponderación** basada en principios de proporcionalidad, otorga carácter preponderante al interés público en que se haga justicia, a pesar de la existencia de una prueba inconstitucional o ilícita, pues no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, sino que es una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un

método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes (González 2005:893).

Figuras que para muchos autores implican un riesgo para el respeto de derechos fundamentales del inculpado; no obstante, como se ha hecho patente en este trabajo, la herramienta de la ponderación empleada por los tribunales constitucionales, nada tiene que ver con permitir pruebas que violan derechos humanos, sino un fin más legítimo, la solución del caso concreto con observancia de los derechos humanos de todos aquellos que concurren al proceso penal, esto es el interés y la obligación del Estado en el esclarecimiento de los hechos en tutela judicial efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y reparación, en un contexto de respeto a la libertad y dignidad de aquellos ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes jurídicos, que protege el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos fundamentales; a través de la labor del sistemas de enjuiciamiento penal acusatorio, donde la regla es excluir toda prueba que infrinja esos derechos público-subjetivos y analizar si el resto del material probatorio permite afirmar la responsabilidad del acusado en el hecho imputado.

De ahí, que lo trascendente es haber verificado que los tribunales constitucionales no agotan su función en formalidades sino en tutelar efectivas violaciones a derechos humanos de las partes que concurren al proceso, para estar en posibilidad de determinar en qué casos la naturaleza y magnitud de la violación implica decretar la libertad de una persona o sólo declarar la nulidad de la prueba y una vez excluida ésta, analizar la suficiencia del restante material probatorio acredita el delito y la plena responsabilidad de una persona en su comisión.

Compartimos que la regla de exclusión, es un requisito intrínseco de la actividad probatoria, al servir de directriz del sistema de justicia acusatorio y resguardado por el debido proceso, que impone que la prueba de cargo no sólo debe ser apta y suficiente para acreditar la responsabilidad penal de una persona, sino además que sea lícita, como expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan el ordenamiento

exige rechazar toda prueba obtenida con la lesión de los mismos y que constituye la tutela más evidente al debido proceso por parte del Estado.

Sin embargo, ello no impide al juzgador verificar una vez efectuada la operación de nulificar aquello que viole derechos humanos efectuar una ponderación en el caso concreto, al dejar de lado una justicia formalista y simbólica y analizar el fondo el asunto atento al derecho que tiene la víctima y una sociedad a conocer la verdad, a que se determine la culpabilidad o inocencia de una persona o en su caso a que se repare el daño ocasionado. Como se ha planteado, es inconcuso que debe aplicarse sin excepciones la ineficacia de la prueba ilícita así como de aquellas adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales, pues 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, no pueden ser utilizadas en el proceso penal, bajo la observancia de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, la cual tiene como objetivo eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales y cuyo efecto será declarar la invalidez o nulidad para que no pueda ser tomada en cuenta en el proceso de valoración.

Pero por otro lado, se debe enfatizar el papel que actualmente desarrollan los tribunales constitucionales, en su obligación de castigar el delito y lograr plasmar un sentido de justicia en sus determinaciones, pues las resoluciones dentro el contexto de una sociedad, legitiman la actuación de los juzgadores como garantes de derechos fundamentales, de la ética judicial que deben de permear en los fallos; de modo que será el análisis del caso concreto lo que conlleve a establecer derroteros para centrar una interpretación justa; por ejemplo en el supuesto fáctico en que la prueba que deriva de otra tildada de inconstitucional, carezca de la conexión o vinculación que advierta su contaminación, bajo los criterios antes analizados, donde es dable valorar dicha probanza sin que ello implique que se contravenga el debido proceso ni se coarten los derechos fundamentales del inculcado.

Ello, porque la finalidad de emplear criterios de ponderación no debe entenderse como un retroceso en la lucha por el respeto irrestricto de los derechos humanos; ello es el principal objetivo en esta investigación, destacar que aun cuando se decrete la nulidad de una prueba ilícita, ésta no tendrá el efecto inmediato de afectar la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de las pruebas no afectadas de ilicitud.

No obstante, no se deja de apreciar que si en el caso concreto se actualiza el supuesto donde la vulneración de los derechos fundamentales del acusado es tal que se estime falta de fiabilidad en todo el material probatorio, ello debe invalidar todo el proceso pero no en base a una violación formal, sino a que el material probatorio demuestre que la imputación fue obtenida en base a trasgresiones graves de derechos humanos y con la evidente finalidad de construir una incriminación ilegal, en cuyo caso no hay duda de que se debe decretar la libertad inmediata de una persona al haberse colocado al imputado en un estado completo de indefensión, como ocurre cuando se acredita que ha existido tortura en contra del detenido, en cuyo caso la preservación de la dignidad personal es absoluta.

Lo anterior, porque el papel de un tribunal constitucional no puede ni debe ser irresponsable; la necesidad de partir de que la necesidad de tutela del derecho fundamental puede colmarse con la exclusión y prohibición de valorar una prueba en cuya obtención se ha violado el debido proceso, no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba sin ninguna conexión causal con las pruebas declaradas como ilícitas bajo una valoración conjunta y en ejercicio de un test de proporcionalidad, sin utilizar efectos expansivos sobre pruebas que no devienen ilícitas en estricto sentido.

Bibliografía

Libros y artículos.

- 1.-Alexy, R., (2012), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2.-Aliste, T. J., (2011), *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid: Marcial Pons.
- 3.-Armenta, T., (2011), *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ed. Madrid, Marcial Pons.
- 4.-Armijo, G., (2001), *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A.
- 5.-Bedoya, L. F., (2008), *La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*, Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- 6.-Binder, A., (2012), *Introducción al Derecho Procesal Penal*, México: INDEPAC.
- 7.-Bovino, A., (2005), *Principios Políticos del Procedimiento Penal*, Buenos Aires: editores del Puerto.
- 8.-Brewer-Carias, A. R., (2013), *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- 9.-Caballero, G., (1995), *Teoría Constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- 10.-Cabezudo, N., (2010), *Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- 11.-Cafferata, J. I., (2005), *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Argentina: Editores del puerto.
- 12.-Cafferata, J. I. y Hairabedián, M., (2008), *La prueba en el proceso penal con la especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- 13.-Castro, H., (2009), *La prueba pericial en el Proceso Penal Peruano*, Lima, Perú: Jurista Editores.
- (2009), *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- 14.-Cerdeña, R., (2008), *Valoración de la Prueba*, Santiago de Chile: Librotecnia.
- 15.-De Urbano, E. y Torres, M. Á., (2003), *La prueba ilícita penal estudio jurisprudencial*, Navarra, España: Aranzadi.

- 16.-Díaz, M. A., (2000), *Tratado sobre las pruebas penales*, 5ª ed., México: Porrúa.
- 17.-Duce, J. y Christián, R, (2009), *Proceso penal*, México: Jurídica de las Américas.
- 18.-Fernández, M., (2005), *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel.
- 19.-Ferrajoli, L., (2005), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- (2011), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- 20.-Ferrer, J., (2016), *Motivación y Racionalidad de la Prueba*, Lima, Perú: Jurídica Editora y Librería Grijley.
- 21.-Fidalgo, C., (2003), *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 22.-Fierro-Méndez, H., (2010), *La prueba ilícita e ilegal. Efectos jurídicos en el proceso penal*, Bogotá: Leyer.
- 23.-García, S., (2003), *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*, México: Porrúa.
- 24.-Gascón, M., (2012), *Cuestiones probatorias*, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- (2010), *Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- (2008), *¿Freedom Of Proof? El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en Estudios Sobre la Prueba*, México: Fontamara.
- 25.-Gimeno, V., (2001), *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid: Colex.
- 26.-Gómez, J. L., (1985), *El proceso penal alemán introducción y normas básicas*, Barcelona: Bosch.
- 27.-González, M. A., (2011), *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, México: Novum.
- 28.-González, A. L., (2005), *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*, Colombia: Leyer.
- 29.-Guariglia, F., (2005), *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- 30.-Huertas, M. I., (1999), *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, España: J.M Bosch Editor.
- 31.-López, J., (1989), *Las escuchas telefónicas y la prueba legalmente obtenida*, Madrid: Akal.
- 32.-Martínez, E., (2003), *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- (2009), *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes*

públicos en la investigación del delito, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

33.-Miranda, M., (2004), El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, España: J.M. Bosch Editor.

- (2013), Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Referencia a la Exclusionary Rule estadounidense”, México: Ubijus.

34.-Muñoz, L., (1997), Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso, Bogotá, Colombia: Temis.

35.-Nieva, J., (2010), La valoración racional de la prueba, Madrid: Marcial Pons.

36.-Pérez, E. L., (2005), Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal, Bogotá, Colombia: Temis.

37.-Picó, J., (1996), El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español, Barcelona, España: J. Ma. Bosch.

38.-Rodríguez, O. A., (2004), *Prueba Ilícita Penal*, 2ªed., Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez,.

39.-Rossel, A., (200/9), *Prueba ilícita en el proceso penal*, Perú: Magna ediciones.

40.-Sabaté, L., (1997), *Técnica Probatoria, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Bogotá, Colombia: Temis.

41.-Silva, V., (1963), *La prueba procesal*, Madrid: Revista de derecho Privado.

42.-Taruffo, M., (2011), *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta.

43.-Vega, J., (1993), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley.

44.-Vélez, A., (1981), *Derecho Procesal Penal*, Lerner Córdoba.

45.-Zagrebelsky, G., (1995), *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta.

Legislación y tratados.

1.-*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral, México, 10 de febrero de 2014.

2.-*Código Nacional de Procedimientos Penales*, Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 5 de marzo de 2014.

Jurisprudencias y decisiones judiciales.

1.-Tesis 1a./J. 140/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. III, diciembre de 2011, p. 2058. *PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.*

2.-Tesis 1a./J. 139/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena 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.*

3.-Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. II, diciembre de 1995, p. 133. *FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.*

4.-Tesis 1^a.CLXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXXIV, agosto de 2011, p. 226. *PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.*

5.-Tesis: 1a./J. 21/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXVI, agosto de 2007, p. 224. *INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.*

6.-Tesis: 1a./J. 4/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, T. II, febrero de 2015, p. 1226. *“ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL.”*

7.-Tesis: 1a. CCCXII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, Octubre de 2015, p. 1052. *INTENSIDAD DEL ANÁLISI DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.*

8.-Tesis: 1a. CCCLXII/2015 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, visible en la página 972, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, Décima Época, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

9.-Tesis 1a. CCII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, T. I, mayo de 2014, Tomo I, p. 540. *DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS*

DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA, AL SER CONSIDERADOS ILÍCITOS.

10.-Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.) DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2014, 396.

11.-Tesis P. LXVII/2011(9a.). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2011, 535.

12.-Tesis: 1a. CCV/2014 (10a.) TORTURA. CONSTITUYE UNA CATEGORÍA ESPECIAL Y DE MAYOR GRAVEDAD QUE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO BAJO LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2014, 561.

13.-Tesis: 1a. CCVII/2014 (10a.) TORTURA. OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD CUANDO UNA PERSONA MANIFIESTA HABERLA SUFRIDO O SE TENGAN DATOS DE LA MISMA. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2014, 561.

14.-Tesis: 1a. CCXXVII/2013 (10a.) RECONOCIMIENTO DEL INCULPADO A TRAVÉS DE LA CÁMARA DE GESELL. EN DICHA DILIGENCIA ES NECESARIA LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2013, 568.

15.-Tesis: 1a. CV/2012 (10a.) INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO. RECINTOS QUE NO SE CONFIGURAN COMO DOMICILIO DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 2012, 1102.

16.-Tesis: 1a./J. 115/2012 (10a.) DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2013, 431.

17.-Tesis: I.9o.P. J/12 (10a.) 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. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2014, 2065

18.-Tesis: P. XII/2014 (10a.) DEFENSA ADECUADA DEL INCULPADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2014, 413.

19.-Tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.) PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, 497.

- 20.-Tesis: 1a. CCCXXVI/2015 (10a.), PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, 993.
- 21.-Tesis: 1a. LXVII/2015 (10a.), PRUEBAS ILÍCITAS RECABADAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EFECTO EN LAS DESAHOGADAS DURANTE LA INSTRUCCIÓN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, 1414.
- 22.-Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.), COMUNICACIONES PRIVADAS. DEBE EXISTIR UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERVENIRLAS, AUN EN CASOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, 960.
- 23.-Tesis: 1a. CCCLXII/2015 (10a.), DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. LA DEMORA INJUSTIFICADA DE LA PUESTA DEL DETENIDO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO NO IMPLICA QUE AQUÉLLA SEA ILEGAL, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, 972.

Decisiones judiciales de carácter internacional

- 1.-Caso Radilla Pacheco Vs. México [2009], Serie C No. 209 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 2.-Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá [2008], Serie C No. 186. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 3.-Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia [1999]Serie C No. 59. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 4.-Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile [2006]Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 5.-Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas [2011]Serie C No. 230 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 6.-Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala [2003]Serie C No. 101 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 7.-Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. [2010], Serie C No. 220 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 8.-Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares [2010], Serie C No. 218 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 9.-Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras [1989], (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 10.-Caso Gandaram Panday vs Surinam, [1994], (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

- 11.-Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, [2008], Serie C No. 189, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 12.-Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. [2002], Serie C No. 91, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 13.-Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. [2001], Serie C No. 88, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- 14.-Manuel Manríquez c. México, Caso 11.509, Informe No. 2/99, Comisión I.D.H., Informe Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 6 rev. (1996), párr. 8.
- 15.-Caso *Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*. [2013], Serie C No. 271, (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Instrumentos Internacionales

- 1.-*Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales*, Viena, Austria, firmado 21 de marzo de 1986, publicado en el Diario Oficial el 28 de abril de 1988.
- 2.-*Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, visible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/TratadosInternacionales/AbrirDocArticulo.aspx?IdLey=22843&IdRef=3&IdPrev=0>
- 3.-*Convención Europea*, visible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/TratadosInternacionales/AbrirDocArticulo.aspx?IdLey=26609&IdRef=4&IdPrev=0>
- 4.-*Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura*, visible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/TratadosInternacionales/AbrirDocArticulo.aspx?IdLey=13708&IdRef=1&IdPrev=0>
- 5.-*Declaración Universal de Derechos Humanos*, visible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/TratadosInternacionales/AbrirDocArticulo.aspx?IdLey=90193&IdRef=1&IdPrev=0>
- 6.-*Ley Federal para Prevenir y Sancionar la tortura*, visible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/LF/AbrirDocArticulo.aspx?IdLey=16&IdRef=1&IdPrev=0>
- 7.-*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, visible en <http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/TratadosInternacionales/AbrirDocArticulo.aspx?IdLey=22835&IdRef=6&IdPrev=0>

Sowf Low

- 1.-Derecho a la Verdad en América, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014.<http://oas.org/es/cidh/infomes/pdfs/Derecho-verdad-espdf>
- 2.-Asunto Varela Geis c. España, visible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427044277?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Varela_Geis.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH
- 3.- Case of Pélissier and Sassi v. France, visible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["pelissier"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-58226"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 4.-Caso de Barberà, Messegue y Jabardo v. España, visible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["barbera"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57429"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- 5.-Caso de Gäfgen v. Alemania, visible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["gafgen"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-99015"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)