



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**LÍMITES Y EXCEPCIONES APLICABLES A LA
REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA
EN EL RÉGIMEN PENAL MEXICANO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

EDUARDO JEREMY TOQUERO YÁÑEZ.

ASESOR: OSCAR SOTOMAYOR LÓPEZ

MÉXICO 2011.



FES Aragón



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



LA PAZ Y LA JUSTICIA, CORRADO GIAQUINTO (1707-1766)

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

*POR DARMÉ LA OPORTUNIDAD DE
ESTAR AQUÍ Y AHORA, RODEADO
DE TANTOS SERES AMADOS*

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

*POR PERMITIRME SER PARTE DE SU GRAN LEGADO
QUE HEREDA A LA NACIÓN MEXICANA, POR
DEMOSTRAR QUE LA EDUCACIÓN NO SE COMPRA, SI
NO SE GANA CON ESFUERZO, PERSEVERANCIA Y
DISCIPLINA. Y POR LO TANTO QUE VALE MÁS QUE
POR MI RAZA HABLE EL ESPÍRITU QUE CUALQUIER
DINERO QUE LO HAGA CALLAR.*

A PEPE

*QUE YA NO ESTÁ CONMIGO FÍSICAMENTE PERO
QUE NO POR ELLO ESTÁ LEJOS DE MI CORAZÓN, Y
DE MI MENTE, POR QUE GRACIAS A TÍ TENGO LA
FUERZA SUFICIENTE PARA AFRONTAR LOS RETOS
PRESENTES Y LOS VENIDROS, SABRIENDO QUE
SIEMPRE ESTÁS A MI LADO, PROTEGIENDOME, Y
VELANDO POR MI.*

A MIS PADRES.

*POR SER ESE GRAN ALICIENTE QUE SIEMPRE
NECESITE PARA ALCANZAR MIS SUEÑOS, ASÍ COMO
POR DARMÉ EL MEJOR REGALO QUE UNA
PERSONA PUDIERA DESEAR QUE ES UNA FAMILIA
COMPRESIVA, SOLIDARIA Y UNIDA Y NO
CONFORMES CON ELLO ME REGALAN HOY ESTE
MOMENTO DE DICHA, DANDOME ESTA HERENCIA
QUE PERDURARA TODA MI VIDA, Y POR LO CUAL
ESTOY INFINITAMENTE AGRADECIDO. POR QUE
SIN SUS CONSEJOS, AMOR Y SOBRE TODO SU
EJEMPLO NO SERIA QUIEN HOY EN DÍA SOY.*

A JOSHUA Y CRISTIAN.

QUE HAN AFRONTADO CONMIGO TANTAS ADVERSIDADES, Y A LA VEZ TANTOS MOMENTOS DE FELICIDAD, SIEMPRE ALENTANDOME A CUMPLIR MIS METAS.

A ARACELI.

QUE HA SABIDO SER MI ESCUCHA, MI RESPALDO Y ANTE TODO MI COMPAÑERA EN ESTE Y VARIOS SUEÑOS, IMPULSANDOME A ALCANZAR TODOS Y CADA UNO DE ELLOS.

A MIS PROFESORES Y EN ESPECIAL A MIS SINODALES.

QUE HAN DEMOSTRADO SU GRAN COMPROMISO CON EL FUTURO DE MÉXICO EJERCIENDO UNA DE LAS LABORES MÁS NOBLES DE LA HUMANIDAD, LA CUAL CONSISTE EN ILUMINAR CON CONOCIMIENTO AQUELLOS LUGARES QUE ESTAN OSCUROS POR LA IGNORANCIA, ASEGURANDOSE CON ELLO, QUE SU LEGADO OBSEQUIADO A SUS ALUMNOS PERDURE POR LA ETERNIDAD.

A MI ASESOR EL LICENCIADO, OSCAR SOTOMAYOR LÓPEZ

POR SUS SABIOS CONSEJOS, COMPRENSIÓN Y DEDICACIÓN, LOS CUALES APORTÓ A ESTE TRABAJO LOGRANDO CULMINARLO COMO HOY EN DIA ESTA, MIL GRACIAS

¿QUIEN SOY YO?

*YO SOY LAS MANOS DE MI ABUELO,
SOY LAS LÁGRIMAS DE MI MADRE,
LA FUERZA DE MI PADRE,
LAS BROMAS DE MIS HERMANOS,
SOY EL AMOR DE QUIEN ME HA AMADO,
Y LA DISCIPLINA DE MIS MAESTROS,
SOY LA INSPIRACIÓN DE MUCHOS PARA SEGUIR
ADELANTE,
Y LA GENTE QUE APLAUDIÓ MIS ÉXITOS,
SOY LOS CONSEJOS DE CIEN HOMBRES,
NO SOY SÓLO YO,
SOY LA SUMA DE TODOS,
EL ORGULLOSO RESULTADO DEL TRABAJO DE TODOS
AQUELLOS QUE HAN TOCADO MI VIDA, DE TANTAS
MANERAS.*

*ESTE LOGRO QUE HOY OBTENGO, QUIERO QUE SEPAN, QUE
TAMBIÉN ES SUYO, POR QUE YO SOY EL RESULTADO DE
TODOS USTÉDES, POR ESO MI AGRADECIMIENTO ETERNO
HACIA TODOS.*

LÍMITES Y EXCEPCIONES APLICABLES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL REGIMEN PENAL MEXICANO.

INTRODUCCIÓN	I
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1.1 Concepto de prueba.....	1
1.2 Objeto de la prueba.....	5
1.3 Carga de la prueba.....	6
1.4 Medios de prueba.....	7
1.4.1 Confesión.....	10
1.4.2 Testimonio.	12
1.4.3 Inspección judicial.....	15
1.4.4 Reconstrucción de hechos.....	17
1.4.5 Prueba pericial.....	19
1.4.6 Documental.....	23
1.4.7 Careo.	25
1.4.8 Confrontación.	28
1.4.9 Prueba presuncional.	30
1.4.10 Cateo.	31
1.4.11 Comunicaciones privadas entre particulares.	34
1.4.12 Prueba anticipada.....	36
1.5 Sistemas de valoración de la prueba.	37
1.5.1 Prueba libre.	38

1.5.1.1 Sana crítica.	40
1.5.1.2 Reglas de la lógica.	41
1.5.1.3 Conocimientos científicos.....	42
1.5.1.4 Máximas de la experiencia.....	43
1.5.2 Prueba tasada.	43
1.5.3 Prueba mixta.....	45

CAPÍTULO II

LA PRUEBA ILÍCITA Y SU REGULACIÓN

2.1 Concepto de prueba ilícita.....	46
2.2 La prueba ilícita en la Constitución.....	47
2.3 La prueba ilícita en la jurisprudencia.	49
2.4 La prueba ilícita en la legislación mexicana.	54
2.4.1 Código Federal de Procedimientos Penales.....	54
2.4.2 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.....	55

CAPÍTULO III

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 El caso Estados Unidos de América	58
3.2 España	62
3.3 Chile.....	66
3.4 Colombia.....	70
3.5 Perú.....	77
3.6 Argentina.....	81
3.7 Organismos Internacionales de Derechos Humanos.....	85
3.7.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	86

3.7.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	88
---	----

CAPÍTULO IV

LAS TEORÍAS QUE LIMITAN O ATENUAN LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA Y QUE SE PUEDEN UTILIZAR EN EL RÉGIMEN PENAL MEXICANO

4.1 Actuación de buena fe.....	91
4.2 Descubrimiento inevitable.	95
4.3 Hallazgo casual.	96
4.5 Principio del vínculo atenuado.....	99
4.6 Saneamiento de la prueba ilícita.	100
4.7 Principio de proporcionalidad.	102
CONCLUSIONES.	105
FUENTES CONSULTADAS.....	112

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional al sistema de justicia penal y seguridad pública del 18 de junio de 2008 es, sin la menor duda, la transformación más importante a nuestro proceso penal mexicano, con ésta se reforman 10 artículos constitucionales a saber el 16, 17, 18, 19, 20, 21,22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y la fracción XIII, del apartado B, del artículo 123, con el fin de recobrar la confianza que se ha perdido hacia la impartición de justicia por parte de la sociedad y más aún de los mismos actores de esta impartición. Esta reforma implica la modificación y en muchos casos la transformación total de muchas instituciones jurídicas y profesiones como son: Abogados, Policía, Ministerio Público, Defensoría Pública, Jueces y principalmente, las escuelas en donde se imparte el derecho. En fin, de todas las personas que intervienen o pueden llegar a participar en un proceso penal.

Así, partiendo de los presupuestos que marca la reforma explicada muy someramente en el párrafo anterior, el principal objetivo del presente trabajo es conocer y analizar la figura de la prueba ilícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 20, apartado A, fracción IX), en las leyes, en las que tratare el Código Federal de Procedimientos Penales (por su aplicación en todo nuestro país), El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (por su cercanía al Distrito Federal y en virtud de que en ese Estado ya se ha implementado la reforma penal) y por ultimo en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (con el fin de hacer una comparativa con los anteriores ordenamientos) sin dejar de lado la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal.

También se abordaran las principales teorías y principios que se aplican en el derecho comparado tanto para la aplicación de la exclusión pero sobre todo aquellas que tienen por finalidad limitar, exceptuar e incluso aceptar totalmente las pruebas ilícitas, principalmente en países como Estados Unidos

de América, España, Chile, Argentina, Colombia, sin dejar de lado lo que han planteado organismos internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema, todo esto partiendo de las generalidades que presenta la prueba en el derecho penal.

Es así como se abordará el tema de la prueba ilícita considerándola desde la exclusión de la prueba, entendida como la negación de valor para generar convicción en el juzgador, hasta llegar a la forma en que se podrían utilizar las teorías que exceptúan esta exclusión en el derecho comparado con respecto a este tema en nuestro régimen jurídico penal mexicano.

El primer capítulo dará una breve reseña sobre la prueba en el proceso penal, partiendo de su concepto y siguiendo con los distintos medios de prueba admitidos en la ley, al final se tratará los distintos tipos de valoración de la prueba.

El segundo capítulo tratará sobre la prueba ilícita enmarcada en la legislación mencionada en párrafos anteriores, en la jurisprudencia emitida por nuestro máximo Tribunal que desgraciadamente aun no es suficiente ni la adecuada para interpretar de forma correcta el tratamiento de esta prueba.

La prueba ilícita en el derecho comparado en especial en los países en los cuales se ha tratado más su regulación como lo son Estados Unidos de América, España, Chile, Colombia, Argentina, el primero por ser el origen de muchas de las doctrinas aplicables a la prueba ilícita, los demás por ser países que comparten nuestra familia jurídica, y terminando por organismos internacionales de Derechos Humanos que se han pronunciado al respecto. Todo esto conforma el tercer capítulo de este trabajo.

El último capítulo explicará las teorías que limitan o atenúan la exclusión de la prueba ilícita y como estas pueden aplicarse en nuestro régimen jurídico, así como los beneficios que se pueden obtener con estas teorías.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1.1 Concepto de prueba.

La palabra prueba deriva del latín *probe* o *probo* que puede traducirse como bueno, recto u honrado y de *probandum* que se puede entender como recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, o hacer fe, esto es en cuanto a su sentido etimológico.

En cuanto a la lógica, se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho que, ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediatez y contradicción, sirve al Juez como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta.

Para el tratadista mexicano Sandoval Delgado la prueba es: “el medio probatorio ofrecido, admitido y actuado en la etapa de juzgamiento, que será valorado o apreciado por el juzgador¹; es decir sólo toma en cuenta aquella prueba que ya es contemplada en el juicio”.

Mientras que el autor Couture; establece: “que en la ciencia, probar es tanto la operación tendente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto”.² De esta definición se pueden dilucidar los dos sentidos de la prueba que es afirmar o negar un hecho.

Entre otros autores que hablan de la prueba, citaré a Jeremy Bentham, quien estableció dos niveles de distinción al hablar de la prueba, el primero

¹ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Medios de prueba en el proceso penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997, p. 40.

² COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 215

considerado como "el hecho principal", consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte "el hecho probador", el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del "hecho principal" de ahí que toda decisión fundada en una prueba se derive de un proceso de inferencia y también decía que la prueba debe de ser analizada y comprendida en un sentido amplio, entendida ésta como un hecho supuestamente verdadero que debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o, de otro hecho.³

Es decir, la prueba es algo que ayuda a comprobar un hecho que puede haber existido o nunca haber sucedido, es como si Bentham utilizara el método aristotélico para deducir la prueba asemejando el hecho mayor con la premisa mayor, el hecho probador con la premisa menor y la conclusión es el resultado de la prueba.

El escritor español Víctor Fairen Guillen expone que se debe de realizar una distinción entre fuente de prueba, medio de prueba y la prueba, el primero según Faire: "es un concepto metajurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, en tanto que medio de prueba, existe aún cuando el proceso no y, para que tenga el carácter de prueba, es necesario que se aporte en el proceso como medio"⁴.Entonces se puede deduce que fuente de prueba es cualquier actividad u objeto previo al hecho jurídico, mientras que medio de prueba es todo aquello que existe aún sino se llega a un proceso y se vuelve prueba al incorporarse a éste.

Por último, Manzini, un connotado jurista italiano, señala que la prueba es, "la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a la providencia del Juez"⁵. En otras

³ ALCALÁ ZAMORA, Niceto. La prueba civil, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 86-93.

⁴ FAIREN GUILLEN, Víctor. Teoría General Del Derecho Procesal, Editorial UNAM, México, 1992, p.42 y 43.

⁵ MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal, Tr. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín Ejea, Buenos Aires, 1990, p. 196.

palabras, explica que la prueba es aquello que ayuda al Juez a decidir si una imputación es real o no.

Así, se puede concluir que la prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba con que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías.

De tal concepto se pueden extraer los siguientes elementos:

El primero es la verificación. La prueba no consiste en averiguar sino en verificar, únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral en materia penal. Es aquí donde el Tribunal oral o Juez oral verifica las afirmaciones base tanto de la acusación como de la defensa del caso en específico, claro con la excepción de la prueba anticipada que abordaré en lo subsecuente. Como se podrá observar, toda la actividad que precede al juicio oral y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación, no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos, sino actividad de instrucción destinada a averiguarlos y corren a cargo del Ministerio Público y sus auxiliares.

El segundo aspecto que resulta necesario destacar en la definición es el referido a los elementos y medios de prueba. Elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los hechos vertidos en el juicio. El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su artículo 185, *in fine*, define al dato de prueba como:

“el contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto, suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado”.

En cambio, por medio de prueba se entiende, el procedimiento establecido por la ley tendente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso pero estas definiciones se abordarán de manera más profunda en los siguientes capítulos.

Por último, se debe precisar qué son los actos de investigación y cuáles los actos de prueba:

Actos de Investigación son todos aquellos actos realizados durante la etapa de investigación o etapa preparatoria del proceso penal por el Ministerio Público, la policía o el Juez de garantías, que tienen por objeto obtener reunir y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en el juicio. Es decir, sólo podrán ser utilizados para fundar o desvirtuar la acusación, teniendo una eficacia limitada a las finalidades de dicha etapa.

Actos de Prueba, son todos aquellos realizados por las partes ante el Tribunal del juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba enfocados a verificar sus proposiciones de hecho, es decir buscan causar convicción en el Juez oral o Tribunal oral para así conseguir la absolución, o bien, la condena.⁶

El Juez percibe la verdad en forma subjetiva; es decir de forma indirecta, es por eso que necesita allegarse de pruebas que rindan las partes, para que cause convicción en él y así verifique a quién le asiste la razón, no sólo con base en sus argumentos, sino en hechos probados por los distintos medios de prueba que existen para tal fin, resultando los más eficaces aquellos que se concatenan entre sí para llegar a demostrar la veracidad de un hecho y con ello ayudar a que el Juez pueda, de manera más sencilla emitir su veredicto con respecto al caso que le fue planteado.

⁶ COLOMA CORREA, Rodrigo. La prueba en el nuevo proceso penal oral, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003, p. 100.

1.2 Objeto de la prueba.

El objeto general de la prueba en cualquier rama del derecho es la de comprobar las afirmaciones que se hacen o bien desvirtuar las imputaciones dependiendo de la parte que las exponga, ya sea mediante medios de prueba de la misma naturaleza o distintos y, con ellos causar convicción en el ánimo del Juez al momento de emitir sentencia o bien al dictar alguna medida cautelar, pero esto es en general, en los siguientes párrafos hablaré del objeto de la prueba específicamente en el proceso penal.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el objeto de la prueba depende de la etapa del proceso en que se encuentre ésta, entonces se puede hablar de que el objeto de la prueba en la etapa de investigación, que se encuentra bajo la tutela del Ministerio Público y sus auxiliares, así como bajo la rigurosa supervisión del Juez de garantías, el principal objeto de la prueba en esta etapa es el de aportar elementos para la investigación, datos de la posible realización de un hecho delictivo y la probable participación del sujeto acusado por tal hecho. En conclusión, esta prueba solo pretende fundar o desvirtuar esos dos aspectos para con ello poder vincular a proceso.

El segundo momento en que se puede situar el objeto de la prueba es en la etapa del juicio oral, en donde ésta, se someterá a los principios de contradicción, inmediatez, publicidad, y demás principios rectores del juicio oral adversarial, es en este momento en donde el defensor y el Ministerio Público (representante de la sociedad) intentan probar sus afirmaciones y con ello causar convicción en la decisión del Juez al condenar o absolver al inculpado.

En conclusión, se puede decir que el objeto de la prueba es determinado por el momento en que se recaba, el momento procesal en que se utiliza o empleada en el juicio oral, pero siempre pretende dar una ventaja al que la tiene y utiliza y con ello lograr la pretensión anhelada ante el Juez. En forma general, el objeto de la prueba consiste en determinar la existencia o inexistencia de un

hecho delictivo y especificar quién lo cometió y tiene entonces como finalidad, el encontrar la verdad histórica y sobre todo jurídica de los hechos, así como de la participación del probable responsable en estos hechos, es por eso que con la prueba en el nuevo juicio oral las partes deben demostrar lo planteado en su teoría del caso.

Mención aparte merecen las características que debe de revestir este objeto de la prueba, como lo es que sea pertinente (refiriéndose a la pertinencia como relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar) y el otro principio o característica básico que es la utilidad (siendo éste el que habla de la relevancia que tienen los hechos probados, si éstos van a ser útiles para resolver el caso en particular).

1.3 Carga de la prueba

“Consiste en que las partes probarán los hechos en que funden su pretensión o bien conforme a los cuales apoyen su resistencia a tal pretensión”⁷. Es decir, la parte acusadora debe acreditar los elementos constitutivos del particular tipo penal imputado al procesado y éste a su vez tratará de demostrar las excluyentes de responsabilidad o bien las atenuantes correspondientes, por ejemplo, la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, como carga de la prueba, para el Ministerio Público si es que pretende obtener una orden de aprehensión.

Previo a la reforma de junio de 2008, se establecía que la carga de la prueba era del imputado el cual tenía que demostrar que no había cometido el delito, actualmente esa carga se ha invertido y luego de la reforma corresponde

⁷ CORRALES HERNÁNDEZ, Jesús. 20 aspectos sobre la prueba en el sistema acusatorio para el policía de investigación, Colección Policía Investigadora 4, UBIJUS, México, 2010, p. 16.

a la parte acusadora. Esto se establece en el artículo 20 apartado A, fracción V que a la letra dice:

“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”.

Como se puede ver, en la carga de la prueba esta aunada al principio de igualdad procesal entre las partes, el cual también es uno de los ejes rectores de la materia penal.

1.4 Medios de prueba.

Es el procedimiento establecido por la ley, cuya finalidad es lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso, la prueba no existe por sí, sino hasta que es ofrecida con base a las reglas establecidas en la ley y se convierte en medio probatorio, sin dejar de tener en cuenta que es el Juez el que le da el valor a la prueba o incluso si le da esa calidad o no.

Para el maestro Eduardo Pallares se entiende por medio de prueba, “todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que pueden producir en el ánimo del Juez certeza sobre los puntos litigiosos y por motivos de prueba, las razones, argumentos o instituciones por las cuales el Juez oral o Tribunal oral tiene por probado o no probado, determinado hecho u omisión”.⁸Entonces para Pallares los medios de prueba son todos los hechos y situaciones que causan convicción en el Juez pero sobre todo, le demuestran.

⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de procedimientos penales, editorial Porrúa, México, 1979, p.34.

Se puede decir que los medios de prueba son aquellas formas por las cuáles el Juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba o de los hechos a través de estos, y para ello se regula cada uno de estos medios de manera particular.

A continuación se mencionan los principales medios de prueba y sus generalidades reguladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Federal de Procedimientos Penales, Código de Procedimientos Penales para el Estado de México y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En nuestra Carta Magna en su artículo 20, apartado A, fracción II, se establece que:

“toda audiencia se desarrollará en presencia del Juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”.

Es aquí donde se habla de la facultad y obligación del Juez de valorar todas las pruebas, mientras que en la fracción III del numeral en comento se plantea:

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

Y con ello, dice que pruebas serán validas para el Juez al tomar una decisión en la sentencia y también se habla de la prueba anticipada, por ultimo pero siendo lo más importante para este trabajo se analizará la fracción IX del precepto citado anteriormente, el cual dice lo siguiente:

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

Es así de donde parte la fundamentación constitucional para la exclusión de la prueba ilícita y por lo tanto de esta tesis. También el apartado B, fracción IV menciona que se recibirán las pruebas pertinentes que ofrezca el imputado, mismo derecho que tiene la víctima con base en el apartado C, fracción II.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece en su numeral 206, los elementos que considera para admitir un medio de prueba, el cual remite a la Constitución “diciendo que se admitirá todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho, a juicio del Juez o Tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad”. Por lo tanto, los medios de prueba no se refieren sólo a los enumerados en el mismo, sino a todos los que reúnan las características mencionadas.

El ordenamiento adjetivo penal para el Distrito Federal enumera en su precepto 135 los medios de prueba que reconoce siendo:

- La confesión;
- Los documentos públicos y los privados;
- Los dictámenes de peritos;
- La inspección ministerial y la judicial;
- Las declaraciones de testigos; y
- Las presunciones,
- Incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

En el Estado de México encontramos, el numeral 341 del Código de Procedimientos Penales para esa entidad, el cual establece que:

“Todos los hechos y circunstancias que puedan conducir a la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento, podrán ser demostrados por cualquier medio producido e incorporado de conformidad con este código.”

Sin lugar a dudas este artículo establece plena libertad probatoria siempre y cuando se apeguen a lo que establece el mismo código.

1.4.1 Confesión.

Es la prueba que se obtiene mediante las manifestaciones que hace una persona ante la autoridad judicial, en la cual admite su participación en un hecho delictivo. Fue considerada por mucho tiempo como la reina de todas las pruebas, debido a que era valorada como prueba plena, reuniendo varios elementos: Que sea hecha por persona mayor de dieciocho años, con pleno conocimiento; sin coacción ni violencia, hecha ante el funcionario que practique la averiguación previa o ante el Tribunal que conozca del asunto, realizada de hecho propio y que no haya datos que a juicio del Tribunal la hagan inverosímil.

Nuestra Carta Magna en su precepto 20 apartado A, fracción VII estipula:

“si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia”.

Ésta es una clara alusión a la prueba confesional en donde no sólo se define, sino que se da un beneficio cuando el inculpado la realice. “La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”, mientras que en el apartado B, fracción II, dice:

“que la confesión carecerá de valor si se realiza sin la presencia del defensor”.

En la actualidad el artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

“La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o Tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el numeral 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”

Mientras que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México ya no hace alusión a dicha prueba, pues se contempla la no autoincriminación.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la figura de la confesión se encuentra reglamentada en los preceptos 136 y 137, en donde, en primer lugar se define qué es la confesión la cual coincide exactamente con la arriba descrita y tomada del Código Federal de Procedimientos Penales y, en segundo lugar, se estipula el tiempo para que sea admisible que es también parecido al Código Federal de Procedimientos Penales, es decir, hasta antes de pronunciarse sentencia definitiva.

Así las cosas, revisados los preceptos legales, se puede concluir que la confesión es el medio probatorio por virtud del cual se rinde una declaración de forma voluntaria, por una persona mayor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, ante autoridad judicial, esto incluye al Ministerio Público, Juez o Tribunal y en el caso en que se rinda ante algún policía ésta sólo tendrá

el valor de testimonio que deberá complementarse con otros medios probatorios y que los hechos narrados sean propios constitutivos de la descripción legal de algún delito. Así también se deben de cumplir con los preceptos establecidos en nuestra Carta Magna, como estar acompañado por su defensor o persona de confianza, que no sea coaccionado a través de cualquier medio que lo haga confesar contra su voluntad y debe estar informado del procedimiento y del proceso.

1.4.2 Testimonio.

Testigo es aquella persona que por medio de sus sentidos ha percibido o presenciado algún hecho determinado.

Sergio García Ramírez, gran tratadista mexicano, define a la prueba testimonial como: “el testimonio o la declaración del testigo en relación de hechos conocidos sensorialmente, cuestiones relacionadas con el objeto de la controversia”.⁹ Se aprecian en esta definición los principales elementos que debe reunir la prueba para ser aceptada como tal en el proceso.

El jurista mexicano Díaz de León da una definición más apegada a la materia jurídica y expone lo siguiente “suele coincidirse en que el testimonio es aquel medio de probar y acto procesal por el cual terceras personas comunican al órgano jurisdiccional sus experiencias y percepciones sensoriales extrajudiciales o relacionadas con el delito o litigio”.¹⁰

Esta definición dice que la prueba testimonial no es sólo un medio de probanza ya que también es un acto procesal para ayudar al Juez a acercarse a

⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 303 y 304.

¹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas penales, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 167.

la verdad que busca, no por sus sentidos sino por el de otras personas que presenciaron los hechos del caso conocido.

Una vez revisada la doctrina, se analizará la ley en cuanto a esta figura jurídica, nuestro máximo ordenamiento jurídico en su precepto número 20, apartado B, fracción IV, dice que:

“al inculpado se le recibirán los testigos que ofrezca”.

En el Código Federal de Procedimientos Penales es regulada en los artículos 240 al 257 estableciendo varias reglas para esta prueba como que toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados, exceptuando al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto grado, inclusive a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad, así como varias profesiones que por su naturaleza tengan acceso a secretos que le son confiados en la calidad que ostentan ante la persona, en el primer caso para declarar basta que ellos lo quieran y en el segundo además necesitan el permiso de la persona dueña del secreto para hacerlo.

Otra de las cosas que establecen los numerales citados, es que a los testigos se les hace saber las penas a las que se harán acreedores en caso de que mientan, con la salvedad de los menores de edad a quienes sólo se les exhorta a que se conduzcan con verdad, al final del testimonio se deberá firmar la declaración por parte del testigo.

En cuanto al Código de Procedimientos Penales para el Estado de México la prueba testimonial se encuentra regulada en los sus numerales 344 al 354. En dichos numerales se encuentra la obligación de toda persona de acudir al llamamiento judicial y declarar la verdad que conozca y sea preguntada con

referencia al hecho delictuoso, asimismo se establece el derecho a no autoincriminarse, es decir a no declarar sobre hechos que le puedan producir responsabilidad penal, marca las excepciones a testificar, del cónyuge, concubina o concubinario, el tutor, el curador o el pupilo del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o civil y tercero por afinidad, a la cual dichas personas pueden renunciar y una vez hecho esto no se pueden negar después, también se excluyen del deber de rendir testimonio a aquellas personas que por razón de su profesión u oficio deban de guardar el secreto así como a funcionarios públicos que no tengan el permiso para divulgar dicha información, a menos que estas personas sean liberadas de dicho secreto por el interesado, en caso de que se presente algún caso por el cual el testimonio sea recabado fuera del juzgado, se estipula que éstas deberán de ser grabados por cualquier medio para que se reproduzca cuando sea necesario y, por último, se establecen todos los requisitos de forma que debe de contener la diligencia.

Mientras que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el testimonio como prueba se encuentra enmarcado en sus preceptos 189 al 216 dice que se llevara a cabo siempre y cuando sea necesario y se desprenda de las diligencias practicadas, esto cuando lo decida ya sea el Ministerio Público o el Juez, cualquier persona puede tener la calidad de testigo, la forma en que se formularán las preguntas, las personas que quedan exentas de rendir testimonio a menos que se trate de los delitos de homicidio, violación, abuso sexual, entre otros, considerados como delitos graves, se especifica el procedimiento para citar a los testigos y las cualidades especiales que pueden presentar éstos, asimismo la toma de protesta que se hará a los testigos y las sanciones por conducirse con falsedad.

Después de analizadas estas leyes y los autores citados, se puede llegar a la conclusión de que el testimonio es la declaración que rinden aquellas personas que percibieron por medio de sus sentidos directamente, un hecho que posiblemente es constitutivo de un delito y tienen el deber de declararlo, ya

que con ello se le da al Juez una idea de primera mano de lo que pudo haber acontecido durante el acto.

Así mismo, me parece muy interesante, el hecho de que en el Estado de México ya se tome en cuenta la figura de la no autoincriminación, con lo cual se garantiza el respeto a los derechos del imputado, pues de lo contrario se estaría regresando a la confesión como la prueba principal en el derecho penal.

1.4.3 Inspección judicial.

Eduardo M. Jauchen, autor argentino, define a la inspección judicial como “el medio de prueba por el cual el Juez toma de forma directa el conocimiento de hechos y materialidades que son importantes para el proceso en sí mismo”.¹¹

Por lo cual es dable afirmar que la inspección o reconocimiento judicial, (como también se le conoce), es el medio de prueba realizado por el Juez o por el Ministerio Público, el cual consiste en ir a un lugar y cerciorarse por medio de sus sentidos de los hechos que son materia del litigio, sin dejar de lado que también se puede hacer una inspección a una persona con distintos fines, como constatar las lesiones causadas a una víctima.

Concerniente al aspecto legal, tenemos que en el Código Federal de Procedimientos Penales se encuentra regulada la figura de la inspección en los artículos 208 al 214. Destacando la definición de inspección, “como todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad”, quien se puede hacer acompañar de peritos, también se puede encontrar la posibilidad de delegar esta inspección a los policías judiciales siguiendo varias formalidades establecidas en la ley mencionada como garantizar el debido resguardo de los bienes encontrados y realizar la cadena de custodia y todo deberá quedar

¹¹ JAUCHEN M., Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p.505.

asentado en una acta. También se mencionan los métodos criminalísticos para la fijación de indicios, así mismo se da la posibilidad de inspeccionar a personas que puedan aportar datos para la investigación del delito y, finalmente da la opción de poder llevar a cabo otro medio de prueba como lo es la reconstrucción.

El Estado de México, en su Código procesal penal contempla a la inspección en los preceptos 252 al 257, diciendo que se efectuará cuando haya sospecha de que existe evidencia relacionada con los hechos y está se podrá llevar a cabo en personas lugares y objetos, se levantará acta pormenorizada de lo que sea objeto de inspección, en el caso de las personas, es porque se presume que entre sus ropas o en su cuerpo tenga algo relacionado con el delito, cuidando siempre el pudor de la misma, asimismo, se especifica como se llevará a cabo esta prueba en vehículos. Como se puede observar, en el Estado de México se siguen casi las mismas formalidades que en el fuero Federal.

La inspección se reglamenta en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en sus numerales 139 al 151, estableciéndose que dicha prueba se puede realizar de oficio o a petición de parte y, al llevarse a cabo se podrá acudir con los peritos respectivos quienes, realizarán la inspección en personas, objetos o lugares, levantándose un acta circunstanciada.

Así pues, analizada la inspección como prueba en el proceso penal en su aspecto doctrinal y legal, se puede concluir que la inspección judicial es aquel medio de prueba por virtud del cual el Juez o el Tribunal se allegan de forma directa de información sobre el lugares, personas u objetos, es decir, recibe a través de sus sentidos información primordial para el curso de su sentencia, acudiendo al lugar o bien teniendo ante sí a los objetos o a las personas que serán parte de la inspección.

1.4.4 Reconstrucción de hechos.

Para el Maestro Guillermo Colín Sánchez, la reconstrucción del hecho, “es un acto procesal, en que atendiendo al contenido del expediente del proceso ocurrió la conducta o hecho, motivo del procedimiento, con el fin de contar con elementos para valorar las declaraciones y los dictámenes de peritos”.¹²

Para el tratadista peruano Víctor Cubas Villanueva. “En la reconstrucción, el Juez puede apreciar por sí mismo como se ejecutó el delito y la participación de sus actores. Es una diligencia dinámica que se lleva a cabo en el lugar donde ocurrió el evento delictivo, procurando que existan las mismas condiciones, de tal manera que se pueda apreciar la ubicación, la iluminación, visibilidad, las características de la zona y todos los detalles del lugar donde se presume que se cometió un delito”¹³, este autor da una visión más amplia de lo que se busca con la prueba de reconstrucción pues no sólo es recrear el delito sino todas las circunstancias del lugar donde se llevó a cabo este.

Ahora se analizará la prueba de reconstrucción de hechos vista desde el ángulo de las leyes. En el Código Federal de Procedimientos Penales esta prueba se regula en los artículos 214 al 219 y se dice que la inspección puede tener el carácter de reconstrucción de hechos, para apreciar los dictámenes, así como las declaraciones que se hayan formulado. Se deberá realizar dicha diligencia en el lugar y la hora en que se cometió el delito, esta puede ser ofrecida por el inculpado, defensor, Ministerio Público, Juez o Tribunal, aludiendo qué se pretende demostrar, procurando que estén presentes las personas que participaron en el hecho o que lo presenciaron, cuando haya contradicción entre dos versiones de los hechos, se pueden recrear ambas y los peritos podrán decir cuál es más cercana a la realidad.

¹² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 186

¹³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El proceso penal. Teoría y práctica, tercera edición, Palestra Editores, Perú, 1998, p. 289

Dicha ley toma en cuenta a la reconstrucción como una especie de inspección, pero en la cual intervienen las personas que participaron en los hechos o los presenciaron, en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar, y puede ser ofrecida por cualquiera de las partes.

En el Código Adjetivo Penal del Estado de México no se estipula la reconstrucción de los hechos; no obstante al ser éste uno de los principios de la criminalística, puede ser utilizado para aportar datos a un dictamen en esa materia, y con ello ayudar a la autoridad en su decisión.

El Distrito Federal en su Código de Procedimientos Penales, regula a la reconstrucción en sus numerales 144 al 151, de la misma forma que su homólogo en el nivel Federal que establece a la prueba como una especie de inspección, que por regla general se llevará a cabo una vez que termine la instrucción, si es necesario se realizará en el mismo lugar de los hechos y sino, en cualquier otro, después de una inspección ocular, también se dice quiénes deben y pueden acudir a la realización de dicha diligencia, así como estipula como se llevará a cabo la misma y que se puede repetir las veces que se considere necesarias. Es de observarse que en el Distrito Federal, es muy similar la regulación de dicha prueba que en el ordenamiento anterior.

Una vez revisadas y analizadas las posturas doctrinarias y legales que existen respecto a la reconstrucción de los hechos, se puede decir que dicha prueba es considerada como una inspección, pero se debe tomar en cuenta que se contempla con otras pruebas, como las testimoniales y las periciales y, con ello logra un mayor efecto o sensación de lo que pasó en el lugar del hecho investigado.

1.4.5 Prueba pericial.

Los autores Baytelman y Duce, dicen que se debe de entender como prueba pericial “aquella que no solo consiste en un dictamen si no en que el perito comparezca a juicio oral y preste declaración ante el tribunal, a través del examen directo y el contraexamen de las partes”, lo anterior implica que el perito esté presente en el juicio sin dar oportunidad a que se le sustituya o como en el sistema inquisitivo, a que sólo mande su dictamen y con posterioridad ratificarlo en el caso que fuera necesario.¹⁴

Para el fallecido tratadista argentino Lino Enrique Palacio, se denomina prueba pericial aquella “en la que personas ajenas a las partes, a raíz de un específico encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o tribunal las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a dictamen”. Si bien el autor habla del encargo judicial, también se tiene que tomar en cuenta a los peritos privados, pues no se puede perder de vista que uno de los principios del sistema acusatorio es la contradicción y ésta se da a través de estos a favor del inculpado; sin embargo esta definición aporta, que un perito es aquel que tiene conocimientos científicos, artísticos o técnicos sobre alguna cosa.¹⁵ Sin considerar a los llamados peritos prácticos.

Finalmente, a la prueba en alusión el escritor Casanueva Reguart, la define como: “aquella que sirve para apreciar algún hecho o circunstancia relevante de la causa, y para ello son necesarios, conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio, que el juez no esté obligado a poseer”. Con esto queda claro que

¹⁴ BAYTELMAN, Andrés. et al., Litigación penal. Juicio oral y prueba, primera reimpresión, FCE-INACIPE, México, 2008, p. 330.

¹⁵ ENRIQUE PALACIO, Lino. La prueba en el proceso penal, Abeledo-Perrot, Argentina, 2001, p. 127.

la prueba pericial sirve para que el juez obtenga la opinión técnica científica de un especialista en determinada área, la cual no domina.¹⁶

Ahora se analizará esta prueba conforme a las disposiciones legales en las que se basa este trabajo.

En primer lugar, se encuentra en el Código Federal de Procedimientos Penales enmarcada, en los artículos 220 al 239, en los primeros preceptos se establece lo que es el perito y cuándo se le utilizará, siendo perito aquella persona la cual tenga conocimientos especiales y es utilizada para el examen de personas, hechos u objetos. También se establece que estas personas deben tener título oficial que los acredite como expertos en esa área o, en el caso del oficio, serán considerados como peritos prácticos; las autoridades solo pueden nombrar como peritos a aquellos que tengan esa calidad con nombramiento oficial, los peritos no oficiales o particulares deben de protestar el cargo que desempeñarán, se establece un plazo para que rindan su dictamen. Se menciona al tercer perito en discordia que es aquel que brinda su dictamen cuando con antelación se rindieron dos dictámenes cuyo sentido era opuesto y, por último, se mencionan a los doctores quienes pueden fungir como peritos.

La prueba pericial en el Código Procesal Penal para el Estado de México, se ubica en dos momentos procesales: el primero, se da en la fase de investigación, contenido en los numerales 267 y 268, facultando al Ministerio Público a utilizar los peritajes que considere necesarios para la propia investigación. Asimismo se menciona que, si es necesario, el perito debe acudir a la audiencia del juicio oral, además se instruye al encargado de esta fase para que procure que durante dichos peritajes se cuente con la presencia del defensor o consultores técnicos del inculpado. De igual forma se describe que es lo que contendrá el dictamen que en este caso será la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de este, del estado y modo en que se hallare;

¹⁶ CASANUEVA REGUART, Sergio. Juicio oral. Teoría y práctica, Porrúa, México, 2008, p. 131.

la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado; las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio; las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado; así como que dicho dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, independientemente de la declaración de la audiencia en el juicio oral.

El segundo momento en donde se hace hincapié de la prueba pericial es en la sección cuarta del Código mencionado y ésta abarca los preceptos legales 355 al 358 y en él se dice que los peritos serán llamados siempre y cuando se necesiten conocimientos especiales en alguna materia, se manifiesta que dichos expertos deben acreditar tener autorización oficial para dictaminar en la materia en la que son requeridos, si es una ciencia reglamentada, sino se nombrará por idoneidad manifiesta, en la audiencia del juicio oral se les podrán realizar preguntas tendentes a determinar su parcialidad o bien su idoneidad en cuanto a los conocimientos necesarios para ejercer su ciencia, arte u oficio.

Este código adjetivo también menciona lo que denomina prueba irreproducible, plasmada en los números 284 y 285 y ésta se da cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, éste deberá seguir ciertas formalidades como que el Ministerio Público deberá notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que, conjuntamente con el designado por él, practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia, así mismo procederá cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza o características deban ser considerados como actos

definitivos e irreproducibles, el Ministerio Público ordenará su práctica, dejando registro fehaciente, para, en su caso, incorporarlo a juicio.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo referente a la prueba pericial se ubica en los artículos 162 al 188 de igual manera que en las otras legislaciones se dice cuándo será necesario un perito, así como en qué casos se le asignará un perito a aquella persona que no cuente con los recursos para tener uno particular, con el fin de garantizar que el inculpado no quede en estado de indefensión, que se designarán dos peritos a menos que sólo haya uno o bien en casos de poca importancia. Aunque en esta parte estoy en desacuerdo, pues todos los casos son importantes en especial para la víctima, se establece que el juez fijara el plazo para que los peritos rindan su dictamen, que en caso que los peritos tengan desacuerdo, se realizará una junta de peritos para que deliberen sobre sus contradicciones o en el caso fijar un tercer perito en discordia, que los peritos deben de contar con título oficial en la ciencia o arte o si esta no lo necesita serán considerados como peritos prácticos, todos estos podrán utilizar los experimentos y operaciones que su ciencia les indique y, al final enuncia algunos casos en particular.

Se puede concluir, tomando en cuenta a la ley y a la doctrina, que la prueba pericial es aquella utilizada cuando se necesita a un experto en alguna materia ajena al Juez, este perito debe ser un especialista en alguna ciencia, arte u oficio, tener alguna licencia oficial o constancia de que es idóneo en la área para la cual se le necesita.

Con la reforma penal de 2008, esta prueba sufrió algunos cambios, en primer lugar como todas las pruebas está sometida a los principios del sistema penal acusatorio sin eximir alguno de estos, el perito ya no sólo rendirá su dictamen sino que estará obligado a acudir a la audiencia del juicio oral para que se le cuestione sobre su dictamen e incluso sobre sus conocimientos, es decir, la experiencia y la experticia con que cuente. Otra cosa que cambia es el

tercer perito en discordia que ahora rendirá un metaperitaje es decir dictaminará sobre los peritajes.

1.4.6 Documental.

El ya mencionado autor Lino Enrique Palacio, define al documento como, “todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, del modo que esa representación aparezca exteriorizada”¹⁷, es decir, según este autor el documento es una forma de expresar el pensamiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define en su primera acepción al documento como: Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos y, en su segunda acepción, como un escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo¹⁸. Haciéndose notar por histórico se entenderá aquello que se remonta a la creación de ese documento.

La doctrina y la ley dividen al documento en público y privado, pero abordare la definición de la segunda, ya que se ha analizado la que da la doctrina con anterioridad, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 129, dice que el documento público es aquel:

“cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones y a *contrario sensu* los documentos privados son aquellos que no cumplen con los requisitos mencionados y que son

¹⁷ ENRIQUE PALACIO, Lino. op. cit. p.63.

¹⁸ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, [En línea]. Disponible: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=documento. 11 de Enero de 2011. 3:43 PM.

realizados entre particulares.”

En la misma tesitura, el Código Federal de Procedimientos Penales estipula lo relacionado a la prueba documental en sus numerales 269 al 278. Aludiendo que se recibirán las pruebas hasta un día antes de la audiencia de vista, habla del exhorto, de la interrupción de la correspondencia del inculpado, y de algunas formalidades, es decir, no profundiza en su acepción porque ya está regulada en la ley civil.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, regula al documento en sus preceptos 359 al 361, iniciando da un concepto de documento refiriéndose a éste como cualquier objeto dotado de poder representativo, le da el valor de auténtico a los documentos públicos, a menos que tenga prueba en contrario y los demás alcanzaran este rango solo por reconocimiento, certificación o dictamen pericial. De la misma forma, las generalidades se dan por aludidas atendiendo a la supletoriedad de la legislación civil.

El Distrito Federal contempla a esta prueba en su capítulo XII en sus artículos 230 al 244, enseguida remite a la legislación civil para entender los conceptos de documento público y privado, también menciona como se debe adjuntar dichos instrumentos en el expediente, de la forma en que se podrá intervenir la correspondencia y cómo se verificará si tiene algo que ver con el delito o no, se presentará en cualquier estado del proceso hasta antes que se declare visto, y para finalizar establece cómo se efectuará el cotejo.

Recapitulando, la prueba documental es aquélla que consiste no sólo en lo que está contenido en un papel, sino también puede abarcar fotos, videos. Según el Código Federal de Procedimientos Civiles se pueden dividir en dos: documentos públicos y documentos privados, estableciéndose reglas para verificar su autenticidad o incluso interrumpir la correspondencia del presunto responsable y verificar si es útil para la decisión que tome la autoridad

responsable.

1.4.7 Careo.

Significa etimológicamente colocar “frente a frente” o “cara a cara” a dos o más personas con el fin de comparar una situación o hechos que no están esclarecidos, para que de esta forma se puedan desvanecer las contradicciones existentes en el hecho, el significado etimológico permite vislumbrar el verdadero objetivo con el que se ha creado este acto de investigación, el cual en muchos casos pierde eficacia y en muchos otros consigue cumplir su objetivo ayudando a las autoridades correspondientes a encontrar la verdad.

El careo es una confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han rendido declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, cuyo objeto es descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad.¹⁹ Lo que dice el autor de esta definición es que se dará mayor credibilidad al dicho de una persona de acuerdo a lo que refleje en el careo.

El asesor de esta tesis, Oscar Sotomayor López en uno de sus libros define al careo como, “un medio probatorio que se lleva a cabo entre el inculpado y todos los que depongan en su contra, así como entre los testigos de cada una de las partes en su caso por contradicción en su declaraciones o discrepancias, a fin de ilustrar al juzgador de la verdad histórica a través de preguntas o afirmaciones que se van a realizar recíprocamente, y en la cuales el juzgador observará las emociones, los gestos, los cambios de voz, los impulsos, estado de ánimo, para estar en aptitud de juzgar correctamente.”²⁰ Sin duda aquí el autor no sólo abarca la definición, sino también lo que pretende el juzgador con esta prueba, lo que percibirá con la realización de la diligencia.

¹⁹ CAFERRATA NORES, José Í. La prueba en el proceso penal, Ediciones Depalma, Argentina, 1998, p. 153.

²⁰ SOTOMAYOR LÓPEZ, Oscar. Práctica Forense de Derecho Penal, UBIJUS, México, 2007, p. 459.

Diversos autores distinguían tres tipos de careos: el primero era el constitucional el cual se establecía en el artículo 20, apartado A, fracción IV, en la Carta Magna y era considerado como garantía constitucional, no era propiamente un medio probatorio sino como se menciona un derecho que le asistía al inculpado de conocer y ver a la persona que declara en su contra, cuyo fin es evitar que se forjen testimonios artificiales en su perjuicio y para darle ocasión de integrarlos de acuerdo con los intereses de su defensa, este careo ha desaparecido con la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, pues si bien el inculpado puede conocer el delito que se le imputa, ya no puede solicitar el careo y mucho menos con el régimen de excepción en materia de delincuencia organizada.

El segundo tipo de careo es el procesal, que se lleva a cabo durante el proceso; éste sí tiene el carácter de medio de prueba, se practica cuando existan contradicciones en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

Por último, se tiene al careo supletorio que acontece cuando una de las partes que deba ser careada con otra, por alguna razón, no comparezca ante el juez en la hora y fecha indicada, y exista constancia de que no puede ser posible su presentación, entonces sólo se hará un "careo" entre lo declarado por el ausente y lo que manifieste la persona en el momento del careo.

El Código Federal de Procedimientos Penales se regula este medio probatorio en sus artículos 265 al 268. No obstante no se ha modificado esta legislación para que sea compatible con la Constitución, por lo cual se sigue mencionando el careo constitucional. Así también, se establece que se practicarán los careos cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción, se dice que no acudirán más que las partes y las personas que deban ser careadas, se

llevarán a cabo dando lectura a las declaraciones contradictorias, señalando los puntos relevantes sobre los que debatirán y de los cuales se deba aclarar la verdad, en el último de estos numerales se establece lo acorde a la modalidad del careo supletorio, aconteciendo este cuando, por cualquier motivo, no pudiese obtenerse la comparecencia de alguno de los que deban ser careados, se practicará careo supletorio, leyendo al presente la declaración del otro y haciéndole notar las contradicciones existentes.

El Estado de México, en su Código Adjetivo de la materia penal, no establece las formalidades del careo, por lo cual no se analizará. Mientras que en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal sí estipula lo relacionado con el careo en sus numerales 225 a 229 y menciona que, los careos sólo se llevarán a cabo a petición del procesado o de su defensor, con aquellas personas que depongan en su contra cuando haya discrepancia o contradicción entre estos.

Los careos se llevarán a cabo ante la presencia personalísima del Juez y a través de este se realizarán las preguntas y repreguntas, se carearán sólo uno contra uno y si acontece en la instrucción sólo acudirán las partes. Los careos se iniciarán dando lectura a las declaraciones de los careados, a fin de que reconvengan por medio del Juez y el resultado del careo se asentará en el expediente. En sus dos últimos preceptos se establecen dos supuestos: el primero que es el careo supletorio que se llevará a cabo cuando por cualquier motivo no pudiese obtenerse la comparecencia de alguno de los que deban ser careados, leyendo la declaración del ausente y haciéndole saber las contradicciones que existen. Y el segundo, cuando se trate de delito grave en el que haya concurrido violencia física, delito que atente contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual o en aquellos en los que un menor aparezca como víctima o testigo, a petición de la víctima, testigo, del representante legal del menor o del Ministerio Público, el careo se realizará en recintos separados por cualquier medio electrónico audiovisual, sin confrontarlos físicamente.

En conclusión: el careo es aquel medio probatorio que consiste en someter a una confrontación al inculpado y la víctima o bien cualquiera de ellos contra un testigo, o entre estos últimos. Su principal finalidad es la de complementar o aportar a las declaraciones que han expresado los involucrados ante el Juez quien les hará saber las contradicciones que se han presentado entre los dos careados con la finalidad de obtener la verdad, existen diversos supuestos que se pueden presentar como que la persona no se pueda presentar al desahogo de esta diligencia y se da el llamado careo supletorio, el cual sólo se realiza entre una persona y las declaraciones de otra, o bien en algunos lugares como el Distrito Federal, tiende a la protección de la víctima en determinados delitos, estableciendo que se puede llevar a cabo el careo por cualquier medio electrónico audiovisual.

1.4.8 Confrontación.

La confrontación es un medio probatorio el cual consiste, como su nombre lo dice, en confrontar a dos personas que están sujetos a un proceso, o que tiene algo que ver con el mismo y el cual debe de estar sujeto a la ley que se analizará en las siguientes líneas así como la doctrina.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define en su segunda acepción como cotejo de una cosa con otra.²¹ Al momento en que se recibe la declaración de una persona sea a nivel de confesión, o bien, de testimonio y esta se refiera a otra deberá ser de manera clara y precisa, mencionando, si le fuere posible, el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan servir para identificarle.

En caso de que el declarante no pueda dar datos exactos de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare, el

²¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, [En línea]. Disponible: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=confrontacion.html. 12 de Enero de 2011. 6:46 PM.

Juez o Tribunal procederá a la confrontación. Igualmente, procederá cuando alguien declare conocer a una persona y hay motivos para sospechar que no la conoce.

En la ley, la confrontación está regulada en el Código Federal de Procedimientos Penales en sus preceptos 258 al 264, dice que procederá cuando una persona que se encuentre rindiendo declaración o testimonio se refiera a otra de la cual no conozca o no pueda dar información específica sobre ésta, o que diga que sí la conoce y se tenga la duda de la veracidad de ello, lo relacionado a cómo se llevará a cabo la confronta impidiendo que la persona sujeta a ésta pueda disfrazarse, que se presente junto con personas parecidas a él en lo mayormente posible, explica que las personas se deberán de formar en una fila, preguntándole al declarante sobre su dicho, si conocía con anterioridad al presunto responsable o no y después podrá mirar a los presentes señalando si reconoce a alguno.

En la legislación penal del Estado de México no se contempla tal cual esta figura, sin embargo en su precepto legal 362 establece que podrán utilizarse otros medios probatorios distintos, siempre que no afecten las garantías y facultades de las personas.

La forma de su incorporación al proceso se adecuará al medio de prueba más análogo a los previstos en él. Mientras que en el Código Procesal Penal vigente en el Distrito Federal en sus numerales 217 al 224, los cuales son prácticamente una copia fiel del fuero federal, es decir, son las mismas formalidades y el modo de efectuar tal diligencia.

La confrontación no es por sí misma una prueba, sino que complementa o perfecciona a la prueba testimonial, ésta se puede dar ya sea por petición de parte o bien de oficio, con ello ayudando al Juez o Tribunal a esclarecer alguna duda sobre si el declarante conoce o no a una persona o si la víctima puede

identificar a su agresor. Si dicha diligencia se realiza sobre algún objeto no se le denomina confrontación sino reconocimiento.

1.4.9 Prueba presuncional.

En el aspecto típicamente gramatical, el vocablo presunción significa la acción de presumir. A su vez, presumir es sospechar, conjeturar, juzgar por inducción. Por tanto, acorde con dicho significado meramente gramatical, la presunción es utilizada como un medio de obtener conclusiones mediante una tarea de inducción. En el proceso jurisdiccional, la presunción es utilizada por las partes y por el juzgador como una fórmula racional que permite llevar de los datos conocidos a conjeturar con mayor o menor solidez los datos desconocidos.

La presunción, en sentido propio, es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de las circunstancias que basan la presunción y sin admitir demostración en contrario,²² es decir, el Juez no comprueba fehacientemente un hecho sino lo tiene por realizado a partir de otros que sí le constan.

La doctrina marca dos tipos de presunciones:

Legales son aquellos medios de prueba en cuya virtud, el juzgador, en acatamiento a la ley, debe tener como acreditado un hecho desconocido que deriva de un hecho conocido, probado o admitido. En esta clase de presunciones, el legislador se ha ocupado de establecer una vinculación obligatoria entre un hecho probado o admitido, hecho conocido, con otro hecho que debe deducirse obligatoriamente, por ser consecuencia legal del primero.

Humanas son aquellos medios de prueba en los que el juzgador, por decisión propia o por petición del interesado, tiene por acreditado un hecho

²² CAFERRATA NORES, José Í. op. cit. p. 191.

desconocido, por ser consecuencia lógica, de un hecho probado o de un hecho admitido.

Presunciones legales, surgen de la vinculación entre el hecho desconocido y el conocido deriva de la disposición legal que obliga a esa deducción. En las presunciones humanas la vinculación entre el hecho desconocido y el conocido para derivar el primero del segundo, se obtiene con base en los razonamientos lógicos que el Juez debe expresar. Las presunciones legales pueden ser *juris et de jure*, cuando no admite prueba en contrario y *juris tantum*, cuando se puede probar en contrario.

Sin embargo; la definición más aceptada que se puede tener es la legal y se encuentra en el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el cual dice:

“Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados”.

La prueba presuncional es aquella que no puede subsistir de manera aislada, es decir, depende de que otras pruebas aporten alguna información, que permitan ser concatenadas para deducir un hecho desconocido y con ello obtener lo que busca el juzgador para tener mayores argumentos al momento de tomar su decisión.

1.4.10 Cateo.

El cateo dice el maestro Fix-Zamudio, “es el registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad, con el propósito de buscar personas u objetos que están relacionados con la investigación del delito. El cateo se lleva

a cabo cumpliendo con requisitos muy estrictos, especialmente el referente a que sólo la autoridad judicial puede ordenarlo”.²³

Sin embargo se debe de manifestar que existe una diferencia entre el cateo realizado durante la Averiguación Previa y el realizado por orden del Juez o Tribunal con el fin de obtener más pruebas.

En la Constitución en su artículo 16, párrafo décimo primero, establece los requisitos principales del cateo, los que son: que sólo la autoridad judicial podrá expedir orden de cateo a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

En el Código Federal de Procedimientos Penales se regula esta figura jurídica en sus numerales 61 al 70, entre lo que destaca que si el Ministerio Público cree necesario efectuar un cateo deberá de acudir con la autoridad judicial, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse y los objetos que se buscan o han de asegurarse, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, al finalizar el cateo se levantará acta circunstanciada que deberá de cumplir con ciertos requisitos, por ejemplo: que firmen dos testigos o sino se les asigna lo hará la autoridad a cargo de dicha diligencia, que se realizará por el Ministerio Público, para dictar que se lleve a cabo bastará la existencia de indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que el inculpado a quien se trate de aprehender se encuentra en el lugar en que deba efectuarse la diligencia; o que se encuentran en él los objetos materia del delito, el instrumento del mismo, libros, papeles u

²³ Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [En línea]. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/inf/inf21.html> 15 de Enero de 2011. 5:00 PM

otros objetos, que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculpado. Si se encuentran éstos se recogerán y se realizará un inventario de los objetos que se recojan relacionados con el delito, si el inculpado estuviere presente, se le mostrarán los objetos recogidos para que los reconozca y ponga en ellos su firma o rúbrica, si fueren susceptibles de ello; y sino supiere firmar, sus huellas digitales, pero si se niega se dejará asentada tal negativa, se establece un horario en el que se deberá de realizar con sus excepciones, así como las formalidades que se seguirán si el cateo se llevará a cabo en ciertos lugares.

El capítulo VI del Código Adjetivo de la materia penal en el Estado de México, en sus preceptos 88 al 93 estipula lo relativo al cateo, al igual que su homólogo en el nivel federal, establece los mismos parámetros para la realización de éste con la diferencia de que la solicitud y la orden de la diligencia se puede realizar por cualquier medio de comunicación mientras que el mencionado Código sólo habla de la solicitud más no de la orden.

Por último, el Distrito Federal en su Código Procesal Penal, artículos 152 al 161, regula a este medio de prueba pero lo equipara a la visita domiciliaria desde el título de su capítulo, no obstante después también la maneja como una inspección, me referiré a ella como cateo, de igual manera que en los ordenamientos anteriores se establece cómo procederá esta prueba siendo la misma que en éstos, diciendo que el Ministerio Público será el que le pedirá al Juez el ordenamiento del mismo, éste decidirá si lo hace su personal, el Ministerio Público o ambos, se establece el horario en que se realizará que será de las seis de la mañana a la seis de la tarde, a menos que tenga el carácter de urgente, especifica algunas reglas en los casos en que se trate de delito flagrante, como que se tendrá que dar vista si el acusado puede presenciar el acto, o bien, que se llame al jefe de la casa donde se llevará a cabo la diligencia, estipula que todo cateo se limitará a la comprobación del hecho que la motive y de ningún modo se extenderá a indagar delitos o faltas en general,

si se llegara a encontrar de forma casual otro delito se procederá a levantar un acta siempre y cuando el delito sea perseguible de oficio.

El cateo es una de las pocas pruebas que se encuentran explícitamente establecidas en la constitución, no es una prueba aislada pues pretende encontrar en el lugar en que se efectúa, ya sea al presunto responsable o bien los objetos materia del delito; todo aquello que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculpado. Hoy en día con la reforma penal del 2008, esta diligencia tendrá que ser supervisada rigurosamente por el Juez de Control que será el que reciba la solicitud y posteriormente dé la orden de cateo.

1.4.11 Comunicaciones privadas entre particulares.

El artículo 16, párrafos décimo segundo al décimo quinto de la Constitución Federal establece que:

“toda comunicación entre particulares es inviolable, en especial en las materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor, a menos que algunos de los particulares las aporten de forma voluntaria, pero el Juez podrá valorar el alcance de esta cuando la comunicación tenga información relacionada con la comisión de un delito, en caso de que se realice esta, sólo podrá autorizarse por la autoridad judicial federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, la autoridad deberá de fundar y motivar la petición así como especificar el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración”.

Se establece que la autoridad competente para conocer de las intervenciones a medios de comunicación entre particulares, será el Juez de control quien deberá de autorizar, y verificar que se cumplan con todos los requisitos y límites que marca la ley bajo pena de carecer de valor probatorio. En este precepto se pueden dilucidar en qué momentos se puede acceder a la interrupción de estos medios, así como el procedimiento que se deberá seguir para efectuar esta diligencia y sus requisitos para que ésta tenga valor probatorio en el juicio, y la competencia del Juez de control para conocer sobre lo relacionado con ella.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece, en sus preceptos 278 Bis y 278 Ter que:

“Las comunicaciones entre particulares pueden ser aportadas de manera voluntaria siempre y cuando éstos hayan participado en ellas, ya sea realizadas por ellos o bien con ayuda de la autoridad lo cual deberá de constar de forma fehaciente, incluso se establece el deber de las empresas de servicio de telecomunicaciones e internet a colaborar con las autoridades cuando estas lo requieran para la obtención de las comunicaciones en comento, al no estar reformado este ordenamiento se dice que para poder intervenir estas se debe de contar con indicios suficientes para acreditar la probable responsabilidad en la comisión de delitos graves, se estipulan los mismos requisitos que en la Constitución, con la diferencia de que esta intervención se puede prorrogar por seis meses cuando el Ministerio Público lo pida y lo justifique, al finalizar se deberá de levantar una acta que contendrá un inventario pormenorizado de las cintas de audio y video que contengan los sonidos o imágenes captadas durante la intervención, así como que se le entregue un informe sobre sus resultados, a efecto de constatar el debido cumplimiento de la autorización otorgada, sino se llega a ejercer la

acción penal se decretará la destrucción del material recabado en presencia del Ministerio Público”.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su numeral décimo segundo, establece: la protección de la intimidad además a las comunicaciones privadas y que sólo se podrá intervenir con autorización del Juez competente, en su precepto 174 dice que:

“no será admisible la interceptación de comunicaciones del imputado con su defensor, asistentes o auxiliares”.

Mientras que en el 260 se establece que:

“se considera no asegurable los registros de comunicaciones del imputado con personas que deban o puedan abstenerse de declarar, si se comprueba que las comunicaciones ya aseguradas, estas serán inadmisibles como medio de prueba”.

1.4.12 Prueba anticipada.

Cuando hay peligro de perder evidencias antes del juicio o es imposible aducir una prueba en el juicio oral, se admite la posibilidad de practicarla en forma anticipada ante el Juez de Control de Garantías. Por ejemplo, cuando un testigo tiene una enfermedad terminal y se considera que no va a sobrevivir para el momento del juicio oral. La prueba anticipada es practicada como si fuera durante un juicio oral, es decir, con la participación de las partes, contradicción y ante un Juez, que será el de garantías.

El artículo 20, apartado A, fracción III, *in fine*, de la Constitución dice que la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir esta prueba a juicio, es decir, deberá de ser reglamentada en las leyes secundarias, en el

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México se regula esta figura en los numerales 279 al 283, diciendo que al concluir la entrevista del testigo o el informe del perito se les hará saber su obligación de comparecer en la audiencia de juicio oral y en el caso de que estos manifiesten su imposibilidad de concurrir por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciere temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar o algún otro obstáculo semejante, las partes podrán solicitar al Juez de control o al de juicio oral, que se reciba su declaración anticipadamente, asimismo en el caso que se trate de testigos fuera del territorio estatal o en el extranjero la solicitud de ésta prueba se podrá realizar desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la citada audiencia, el Juez valorará si de verdad no se puede llevar a cabo esa prueba en otro momento, y si lo considera pertinente la admitirá y se desahogará, el lapso para admitirla va de cinco días a veinticuatro horas en caso de urgencia, la audiencia se deberá de grabar de preferencia en audio y video y en presencia del inculpado si éste lo quiere, sino, lo podrá hacer su defensor y en el caso en que no lo hubiera se designará un defensor público .

Esta prueba como se ha plasmado procede en los casos en que el testigo o el perito no puedan acudir a la audiencia del juicio oral por las razones establecidas en la ley, facultando al Juez de control a llevarla a cabo siguiendo siempre los principios del sistema acusatorio.

1.5 Sistemas de valoración de la prueba.

Una vez analizados los medios de prueba aludidos en el presente trabajo, se procederá al estudio de los sistemas para la valoración de los mismos, tomando en cuenta los tres principales o más reconocidos por la doctrina y por la ley, siendo estos el sistema libre, tasado y mixto.

Primeramente, es dable considerar que: “La valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos”.²⁴

“Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene como fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”.²⁵ Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, puede ser necesario sólo éste o varios para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos.

De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprende su estudio crítico de conjunto, tanto de los diversos medios aportados por una de las partes para tratar de demostrar sus alegatos del hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el Juez decretó oficiosamente.

1.5.1 Prueba libre.

El sistema de libre valoración de la prueba (o prueba libre) es parte del proceso penal acusatorio y una exigencia del mismo, partiendo de la base que en tal sistema se trata de apreciar la actividad probatoria de los que intervienen sin que el juez, se encuentre vinculado a reglas probatorias, es decir, a disposiciones legales acerca de la eficacia de las pruebas, ni a disposiciones que establezcan los presupuestos bajo los cuales un hecho debe considerarse acreditado, rompiendo con ello todo valor probatorio que estuviera fijado en la ley dejando a la libertad del Juez la valoración de la prueba.

La Constitución Federal establece en su artículo 20, apartado A, fracción II:

²⁴ CAFERRATA NORES, José Í. op. cit. p. 43.

²⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, T. I, 5ª edición, Temis, Argentina, 2002, p. 287.

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

Éste es el fundamento del sistema de libre valoración de la prueba, pero también establece que se realizará de manera lógica, es decir que si bien le da libertad al Juez de valorar los medios probatorios, también lo es que debe ceñirse a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados para, con ello, evitar sentencias incongruentes.

Como dice el autor italiano Leone. “El principio de la libre convicción no puede ni debe significar más y, sobre todo, no debe dar libertad en el juez para sustituir a la prueba y, consiguientemente, a la crítica de la prueba, por conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión”.²⁶

El otro ordenamiento que establece la libertad de valoración de la prueba es el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su numeral 22 y dice:

“Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”.

Como ya se había mencionado no es libertad total sino que se sujeta a ciertos límites. Una vez establecido lo anterior, se analizará individualmente cada uno de los conceptos enumerados.

²⁶ LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal, Ejea, Tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, p. 157.

Al respecto existe una jurisprudencia de los Tribunales Colegiados, bajo el rubro: Prueba pericial, valoración de la. Sistemas. El cual habla de que el sistema de valoración libre es aquel que:

“se funda en la sana crítica, y que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano. En éstas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del Juez, que contribuyen a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. Esos principios se encuentran previstos en el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al establecer que los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia, exponiendo cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica y de su decisión. De modo que salvo en aquellos casos en que la ley otorga el valor probatorio a una prueba, el Juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, esto es, sin razonar a voluntad, discrecionalmente o arbitrariamente”.²⁷

Esta jurisprudencia sin lugar a dudas deja claro el sentido que debe tener este sistema de libre valoración, pero no abandona de forma total el sistema tasado pues lo sigue considerando en la última parte citada.

²⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Distrito, Novena Época, Tesis de Jurisprudencia, página 1490, PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS.

1.5.1.1 Sana crítica.

Hugo Alsina dice que las reglas de la sana crítica, no son otras que “las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”.²⁸

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como: “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.²⁹

De lo anterior se puede concluir que, la sana crítica consiste en que el Juez resuelve sobre el valor de la prueba al margen de cualquier paradigma legal, pero fundando y motivando el porqué de su proceder, es decir, no permite que recaiga sólo en su leal saber y entender, sino que tiene que seguir varios principios.

1.5.1.2 Reglas de la lógica.

La lógica se define como el estudio de las reglas y métodos para distinguir el razonamiento válido del inválido. Un razonamiento viene a ser el producto de una inferencia, pues puede ser entendido como un conjunto de proposiciones tal, que una de ellas (la conclusión), deriva de las otras (las premisas), las cuales son consideradas como elementos explicativos de la primera, en estas reglas se encuentran las siguientes leyes:

²⁸ ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 195.

²⁹ COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan. Estudios de derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires, 1979, p.195

A) Ley de la identidad: Significa que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera. La identidad de la persona o cosa es la misma que se supone.

B) Ley de la contradicción: Una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. Dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí.

C) Ley del tercero excluido: una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Se presenta en los casos en dónde un juicio de valor es verdadero y el otro es falso.

D) Ley de la razón suficiente: Cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada.³⁰

Las anteriores leyes de la lógica son las que según varios autores se relacionan con la valoración de la prueba y por lo tanto a las que se debe de ceñir el Juez en ese momento.³¹

1.5.1.3 Conocimientos científicos.

Conocimiento científico, es aquel conocido por todos, es aquel que se obtiene a través de método científico, siguiendo los pasos que éste marca, el cual es verificable y por lo tanto aplicable a todas las cosas. Es un pensamiento dinámico en la conciencia de los sujetos, capaz de utilizar la reflexión crítica sobre un problema, y lo cual no puede contradecirse con el solo dicho, lo que limita al Juez a someterse a él.

³⁰ VARELA ORTEGA, Soledad. Morfología léxica: la formación de palabras, Gredos, Madrid, 2005, p. 52-65.

³¹ CAFERRATA NORES, José Í. op. cit. p. 46.

1.5.1.4 Máximas de la experiencia.

Las reglas de la experiencia son nociones de dominio común y que integran el conjunto cognoscitivo de la sociedad. Sin necesidad de mayores profundizaciones, las que cualquiera aprende en forma inmediata y espontánea como verdades indiscutibles, el autor ya citado Devis Echandia³² quien considera que: “estas experiencias pueden ser psicológicas, sociológicas, técnicas, en fin, las necesarias para causar convicción en el Juez y las cuales pudo obtener tanto en el tiempo que ha ejercido su cargo, a través de los diferentes medios de prueba, o incluso en la vida diaria”.

En la jurisprudencia antes citada³³ se dice que las máximas de la experiencia “son aquellas que contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba y el Juez es quien toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales”.

1.5.2 Prueba tasada.

Consiste, en el establecimiento por parte del legislador, y consiguientemente imposición al Juez, de un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar la convicción.³⁴ Esto quiere decir que el Juez no puede ocupar su razonamiento para valorar libremente las pruebas.

Este sistema ha tenido varios nombres algunos de ellos son: prueba aritmética, prueba legal, entre otros, según Echandia:³⁵ “consiste en que el legislador plasma en la ley procesal el valor que le dará el juzgador a

³² DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 313.

³³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis de Jurisprudencia, página 1490, PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS.

³⁴ ASENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida, Trivium, España, 1989, p. 19.

³⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 85.

determinadas pruebas, bajo qué condiciones debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia sin que éste tenga la libertad que se plantea en el anterior sistema analizado, esta forma tasada se dio como resultado de sentencias incongruentes por parte de los jueces que tenían la libertad de dar el valor que querían a las pruebas y por lo cual se decidió que se le tenían que poner límites a esa libertad , reglamentando y dando un valor determinado a los medios probatorios y con ello lograr uniformidad en las decisiones judiciales en lo que respecta a la prueba, el valor de cada medio de prueba se encuentra establecido por la ley, en forma permanente, invariable e inalterable, suple la falta de experiencia e ignorancia de los jueces e impide el rechazo injustificado o arbitrario de medios de prueba aportados al proceso, no obstante con ello sólo se obtiene la verdad formal, más no la real”.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 279 al 290, regula lo relativo al valor jurídico de la prueba, este ordenamiento no ha sido reformado para que esté de acuerdo al sistema acusatorio penal estipulado en las reformas del 2008, por lo cual en varios de estos numerales se establece cuáles pruebas deben causar convicción en el Juez para que las estime como prueba plena, como el caso de los documentos públicos, los cateos, la inspección y que los demás medios de prueba serán solo meros indicios.

De la misma forma el Código adjetivo de la materia en el Distrito Federal en su capítulo XIV en sus preceptos 246 al 261 conviene casi lo mismo que el federal pues tampoco se ha modificado, estipulando también este sistema tasado para las mismas pruebas que el anterior ordenamiento, además dice que según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, es la única que hace algún tipo de alusión a alguna libertad pero sólo en cuanto a las presunciones.

Por su parte la Jurisprudencia citada en páginas anteriores da ejemplos y define a la prueba tasada o legal como aquella a la que la ley señala por anticipado la eficacia probatoria que el juzgador debe atribuirles.

1.5.3 Prueba mixta.

Devis Echandia³⁶ dice que “este sistema no puede existir que en todo caso sería una prueba tasada atenuada. Pues si bien se le da la libertad al Juez, éste siempre debe justificar su criterio conforme a la lógica y demás aspectos ya analizados”.

Este sistema como su nombre lo establece es una combinación de los anteriormente abordados, pues, toma en cuenta la prueba tasada, ya que tiene establecido el valor de algunas pruebas en la ley y tomando del sistema libre, este principio aplicándolo a algunas otras pruebas que no son contempladas como tasadas. Actualmente este sistema es el que se sigue pues como se ha estudiado, si bien la Carta Magna y algunas legislaciones locales ya han implementado el sistema de libre valoración en otros aún no, como es el caso del Código Federal de Procedimientos Penales y el del Distrito Federal, lo cual da como resultado un sistema mixto, respetando el rango constitucional, los jueces tienen que aplicar las otras características ya mencionadas de la libre valoración pero con una ley que les estipula cierto grado de valoración a determinadas pruebas preservando la prueba tasada.

³⁶ DEVIS ECAHANDIA, Hernando. op. cit. p. 86.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA ILÍCITA Y SU REGULACIÓN.

2.1 Concepto de prueba ilícita.

Es importante diferenciar las acepciones que aunque parecidas se refieren a distintos conceptos. Empezaré con el autor Asencio Mellado quien se refiere a la prueba prohibida diciendo que “es aquella que implica una limitación tanto de los datos que pueden ser susceptibles de investigación, como los medios que pueden ser utilizados para tal fin”.³⁷

Entonces esta definición no se limita a sólo los medios probatorios sino también a los datos investigados que tienen previamente prohibición de ser utilizados.

Por su parte el jurista español González Montes, sostiene: “que sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba”.³⁸ Concuero totalmente con este jurista ya que se debe de excluir la prueba sólo cuando se viole un derecho mayor al de la prueba, pues de lo contrario se puede llegar a la impunidad.

Para el mexicano Corrales Hernández se considera como prueba ilícita, “aquella que no se ajusta a los principios constitucionales, tratados internacionales ni a las normas adjetivas que rigen la teoría general de la prueba”.³⁹

³⁷ ASENCIO MELLADO, José María. op. cit. p. 75

³⁸ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. “La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales”, Revista de derecho procesal, número 1, España, 1990, p.31.

³⁹ CORRALES HERNÁNDEZ, op. cit. p. 21.

Si bien se ha dicho que la prueba ilícita es aquella que viola derechos fundamentales, este autor nos dice en qué preceptos legales están contenidos.

Y el ya citado autor Jauchen dice que es “cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción”.⁴⁰

También se debe considerar que aquella prueba que viola derechos fundamentales será nula, con ello se quiere decir que no podrá, ni deberá de ser valorada y, por lo tanto, tampoco tomada en cuenta para el dictado de la sentencia.

En conclusión, se puede decir que si bien los ciudadanos tienen el derecho de ofrecer cualquier medio de prueba, éste debe de ser aceptado siempre y cuando se respeten los límites inherentes a la actividad probatoria y los requisitos legales para su ofrecimiento y su desahogo. No obstante lo anterior, no se puede afirmar que se tenga derecho a que se admitan cualesquiera medios de prueba, sino sólo aquellos que se hayan obtenido de manera legítima, so pena de no ser valorados, todo esto se hace con el fin de proteger al ciudadano de las posibles arbitrariedades en las que puede caer la autoridad, protegiendo así sus derechos fundamentales.

2.2 La prueba ilícita en la Constitución.

Una vez que se ha definido el concepto de prueba ilícita, se analizará desde el punto de vista legal empezando con nuestra Carta Magna, el cual se refiere a la prueba ilícita en su artículo 20, apartado A, fracción IX, estableciendo lo siguiente:

“Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”

⁴⁰ JAUCHEN M, Eduardo. op. cit. p. 614.

Para entender lo que nos quiere decir esto, se estudiarán los conceptos que conforman esta fracción.

El primer término es el de prueba pero éste ha sido tratado de forma anticipada en este trabajo, por lo tanto se tratará el de Derechos Fundamentales, es decir, este precepto legal dice que no basta con que se viole cualquier derecho sino aquellos que tengan este rango, siendo estos, derechos subjetivos garantizados con jerarquía constitucional y están estrechamente ligados a la dignidad de la persona humana, son una limitación que se le impone al poder ejecutivo, al judicial, y sin dejar de lado al poder legislativo, para respetar la condición humana de los ciudadanos, en nuestro país, estos derechos se encuentran de forma implícita en nuestra Carta Magna y entre ellos se encuentran el derecho a la vida, libertad, igualdad, propiedad, seguridad jurídica, entre muchos otros que se encuentran en lo que antes llamamos garantías individuales pero que de acuerdo a una reforma a nuestro máximo ordenamiento jurídico tendrá el nombre de Derechos Humanos y sus garantías de acuerdo al capítulo primero de este ordenamiento, al cual como se ha visto, ya hace mención el artículo analizado en este tema.

El último concepto al que se refiere el precepto estudiado es el de “nula”, significa que esta prueba está afectada de un vicio de especial gravedad, de manera que no debe producir efecto alguno y, si lo produjese, podrá ser anulada en cualquier momento sin posibilidad de que tenga lugar su convalidación por medio alguno, es decir, no se puede subsanar este vicio y por lo tanto el Juez o el Tribunal están obligados a no valorarla porque va en contra de la misma Constitución a la cual se encuentra sometido todo nuestro régimen jurídico nacional.

Sin embargo, parece ser que otro artículo constitucional contraviene lo dicho en el artículo 20, pues se puede encontrar que la regla de prueba ilícita admite excepciones, así señalan supuestos en los que los registros de una comunicación privada obtenidos sin la autorización de una de las partes pueden

ser incorporados al proceso y es el numeral 16 constitucional en su undécimo párrafo que establece:

“Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.”

Es importantísimo saber interpretar este numeral, pues se puede creer que abre la puerta para una de las teorías que exceptúan a la regla de exclusión de la prueba ilícita que es el llamado saneamiento de la prueba ilícita que se vera con posterioridad.

2.3 La prueba ilícita en la jurisprudencia.

Una vez culminado el aspecto Constitucional se estudiará la prueba ilícita a través de una tesis aislada⁴¹ de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto a este tema, la cual dice:

“Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del

⁴¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Tesis Aislada, página 413, 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.

procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida.

De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Así mismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.”

Esta tesis no sólo se limita a que la prueba quede nula, sino que instruye cómo se puede fundar la petición para exigir la nulidad de la misma y considera que, de aceptarse ésta, no sólo se violaría el artículo 20, sino el debido proceso que tiene que tener toda persona y el cual está consagrado en el numeral 14 del ordenamiento en comento, pues se tendría una presunción de parcialidad por parte de Juez o del Tribunal, se estaría dejando en desventaja al inculpado o incluso en estado de indefensión violando el equilibrio entre las partes, se debe dejar claro que no sólo contempla la vulneración de los Derechos Fundamentales, sino también la de leyes, es de considerarse que en esta tesis no se menciona ningún medio de atenuación e impone aún en contra de la libre convicción, que como se ha analizado es el sistema de valoración de la prueba que predomina en la actualidad, la exclusión con efectos de nulidad de estas pruebas ilícitas.

Pero aun con lo mencionado en el párrafo anterior, creo, que el Juez puede hacer valer su sapiencia jurídica y utilizar la facultad de la libre valoración para con ello usar las teorías que se han ido construyendo en el derecho comparado y aplicarlas a los retos que implique la valoración de prueba ilícita o aquellas que se presume tienen esta calidad, es sin lugar a duda una tarea ardua que tendrá que desarrollar el Juez de Control, pues no sólo implica conocimiento del derecho mexicano sino también de Tratados Internacionales, entre otros ordenamientos legales.

Existe otra tesis que establece una teoría muy conocida con respecto a la exclusión de la prueba ilícita al parecer aun no se interpreta como tal ya que establece lo siguiente:

“De la interpretación que realizó el Más Alto Tribunal del País de los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008 y 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, a través de la jurisprudencia 1a./J. 22/2007 sustentada por la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 75/2004-PS, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 111, de rubro: "CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.", “se advierte que, con la finalidad de tutelar la garantía de inviolabilidad del domicilio que establece dicho precepto constitucional, las órdenes de cateo única y exclusivamente pueden ser expedidas por la autoridad judicial, las cuales exigen

como requisitos que: a) consten por escrito; b) expresen el lugar que ha de inspeccionarse; c) precisen la materia de la inspección; d) se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

En consecuencia, sino existe orden escrita de un Juez competente ni acta circunstanciada en presencia de dos testigos y se practica la diligencia denominada "inspección ministerial" en un local comercial abierto al público, en donde se aseguran objetos de un posible delito, resulta inconcuso que dicha inspección constituye un cateo ilegal, toda vez que los objetos encontrados en el lugar registrado no hubieran existido de no haberse practicado el allanamiento, el cual, al resultar inconstitucional, carece de todo valor probatorio, lo cual influye directamente en las pruebas que de él derivaron, debiendo éstas seguir la misma suerte que aquello que les dio origen. Sin que obste a lo anterior que el lugar registrado se trate de un local con las características apuntadas, ya que aun así ese lugar no deja de ser un domicilio particular protegido por la garantía citada; máxime que la intromisión o allanamiento del domicilio particular no acaeció en caso de flagrancia, esto es, cuando se está en presencia de actos delictivos que se ejecutan o se acaban de ejecutar y en las que 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 acción delictiva."⁴²

⁴² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Tesis Aislada, página 3182, DILIGENCIA DE INSPECCIÓN MINISTERIAL PRACTICADA EN UN LOCAL COMERCIAL ABIERTO AL PÚBLICO (DOMICILIO PARTICULAR). ASEGURAR OBJETOS DE UN POSIBLE DELITO ENCONTRADOS EN ÉL CONSTITUYE VERDADERAMENTE UN CATEO ILEGAL QUE, AL PRACTICARSE SIN LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TRAE COMO CONSECUENCIA QUE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN AQUÉLLA CAREZCAN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.

Esta tesis sin duda alguna establece lo que se conoce como la teoría de los frutos del árbol envenenado la cual se abundará con mayor detenimiento en los próximos capítulos, pues es base del tema que trata el presente trabajo, aunque en esta tesis queda claro que si falta algún elemento en una diligencia, en este caso el cateo, las pruebas que se obtengan no tendrán ningún valor y por lo tanto no podrán ser utilizadas al menos bajo el tenor de la interpretación literal del artículo 20, apartado A, fracción IX, Constitucional.

Es conveniente mencionar que nuestro más alto Tribunal atrajo con base en su facultad de investigación contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 97, párrafo tercero, todo ello antes de la reforma constitucional que pasará esta facultad a la Comisión Nacional de Derechos Humanos; esto quedo constatado bajo el expediente 2/2006, el caso de la periodista Lidya Cacho en el cual resolvió: “que no habían existido violaciones graves a las garantías individuales de la periodista, esto a pesar de que existió una grabación que fue ampliamente difundida por los medios de comunicación, esta grabación fue desestimada por la Corte, argumentando que no podían basar su fallo en una prueba ilícita como lo era esa grabación al no cumplir con ninguna de las formalidades que impone la ley para este medio de prueba, hubo mucha controversia con el caso contra el máximo Tribunal, pues la sociedad sentía una especie de impunidad que prevaleció incluso ante nuestro máximo protector de Garantías, si bien la conclusión a la que llegaron los Ministros fue apegada a la Constitución, no se tomó en cuenta la doctrina, el derecho internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida por otros tribunales nacionales de otros países, incluso de organismos jurisdiccionales internacionales de Derechos Humanos, la regla general de la inadmisibilidad de la prueba ilícita posee algunas excepciones que se hacen valer en casos especiales”⁴³ y las cuales se analizarán con profundidad en los siguientes capítulos.

⁴³ IBARRA PALAFOX, “Contra la impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lidya Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”; Cuestiones Constitucionales.

2.4 La prueba ilícita en la legislación mexicana.

Esta figura como ya se ha visto, apareció en la legislación mexicana a partir de las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008, pero aún no se refleja en todos los ordenamientos legales a nivel Federal y por supuesto a nivel Estatal esto debido a que se dio una *vacatio legis* para la entrada en vigor de esta reforma de ocho años, de los cuales ya han transcurrido dos años y lo que llevamos del presente, en los cuales son hasta ahora muy pocos los Estados que han modificado sus leyes según la SETEC que es la secretaria técnica del consejo de coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, dependiente de la Secretaría de Gobernación, siendo nueve entidades hasta ahora a saber: Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas,⁴⁴ que no representan ni a la mitad de los Estados de la República.

Aún así el mismo gobierno Federal no ha hecho algo con su Código de Procedimientos Penales, pero abordaré este ordenamiento, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación la retoma, así como el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, por ser éste el más cercano ejemplo geográficamente.

2.4.1 Código Federal de Procedimientos Penales.

El artículo 206 de este ordenamiento legal establece entre otras cosas que:

“Se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal”.

Revista Mexicana de Derecho Constitucional, semestral, número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pp. 427-470

⁴⁴ <http://www.setec.gob.mx/reformac2.html> 14 de Febrero de 2011. 4:00 PM

En este fragmento del precepto en comento, se habla sobre la admisibilidad de los medios de prueba, como ya se había analizado en temas anteriores, pero también se instituye que dicho medio debe de ser conducente, pero más importante aún que no debe ir contra el derecho, como lo dice la tesis citada varias veces en este trabajo respecto a la prueba ilícita, se debe de interpretar esto último a *contrario sensu* para así establecer que aquella prueba que vaya contra el derecho no será admitida con ese, ni con ningún otro carácter y tomando en cuenta que el derecho tiene varias fuentes entre ellas la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre, está por demás decir que si se habla que vaya contra éste, puede ser que se contravenga alguna o todas sus fuentes, en el caso de la prueba ilícita hablamos principalmente de la ley y de la jurisprudencia.

Como ya se había hecho notar con anterioridad, este cuerpo legal aún no se ha actualizado para estar acorde a la actualidad constitucional, pero analizándolo a la luz de la tesis aislada multicitada, se debe aplicar conforme a ésta y con ello lograr su eficacia.

2.4.2 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

En este ordenamiento se regula la prueba ilícita en su numeral 21 estableciendo lo siguiente:

“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información originada en un procedimiento o medio ilícito.”

En estas líneas el legislador nos da las pautas especificando bajo qué condiciones no tendrá valor la prueba, que será en el caso que esta sea el resultado o producto de medios ilícitos y menciona ejemplos como la tortura, amenazas, así mismo la violación de Derechos Fundamentales. Para quien escribe este artículo se podría reducir con el hecho de anexar el concepto de estos Derechos Humanos, pues como se mencionó éstos tienen un amplio sentido en el cual, sin lugar a dudas, quedan comprendidos el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica que van en contra de la tortura y las amenazas y también en la primera parte del precepto se hace una especie de prueba tasada, pues dice que estas pruebas no tendrán valor, siendo que el Juez será el que determine si lo tienen o no, aplicando el artículo 22 que establece la libre convicción y sus reglas.

También se debe tomar en cuenta que no se hace mención sobre alguna atenuación para la aceptación de este tipo de pruebas, como en otros países en donde sí se toma y que se abordarán en el siguiente capítulo.

Para terminar este capítulo dedicado al análisis del tema central de esta tesis, como lo es la prueba ilícita, que se define como aquella que es obtenida con violación de Derechos Fundamentales, esto según nuestra Carta Magna y que por lo tanto debe de ser nula de pleno derecho, que conlleva a la no valoración de la misma por parte del Juez o del Tribunal al momento de dictar su resolución, claro está que si la Ley se aplica como lo sostiene la Constitución, ésta ni siquiera debería llegar a la audiencia del juicio oral pues el Juez de Control es el que está obligado a impedir que las autoridades incumplan o violen derechos, en la investigación de algún delito y también el facultado para dar permisos de interrumpir medios privados de comunicación entre particulares pero sólo si se apega a derecho.

En cuanto a la regulación de la prueba ilícita, si bien ya es mencionada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aún no es regulada en la ley reglamentaria de este ordenamiento como lo es el Código

Federal de Procedimientos Penales que, desgraciadamente, aún no se ha reformado; como la gran mayoría de los Estados de la República con algunas excepciones, como lo es el Estado de México en su Código adjetivo de la materia, que se pronuncia por no dar ningún valor a las pruebas obtenidas por tortura, amenazas, en fin, violación de Derechos Fundamentales, pero en el siguiente artículo se establece que el Juez tiene libre valoración respetando lo ya escrito en el tema de valoración de la prueba, pero aún falta mucha regulación para esta prueba, pues incluso nuestro más alto Tribunal no se ha pronunciado totalmente sobre este tema, pues sólo existe una tesis aislada con ello dejando ver que aún no existe un criterio para la valoración de este tipo de medios de prueba.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 El caso Estados Unidos de América

El primer caso que asienta un precedente en cuanto a la prueba ilícita en Estados Unidos de América, es el de Weeks contra Us. (1914). Este caso trató sobre evidencia obtenida a través de allanamientos y registros arbitrarios realizados por agentes federales. Todo inicia en Kansas Missouri cuando un presunto responsable de un delito es aprehendido sin orden alguna, mientras tanto policías se dirigían a su hogar en el que entraron sin ninguna orden y del cual sacaron papeles y artículos, los cuales fueron enviados al alguacil el que aún inconforme con la información obtenida, volvió al domicilio para buscar datos adicionales, todo esto también sin ninguna orden, ni autorización, esto fue expuesto como prueba por el alguacil y sus policías, no obstante la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo la inadmisibilidad de la prueba obtenida en violación de la IV enmienda de la Constitución Americana que establece:

“No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y no se expedirán órdenes en ese sentido sino en virtud de causa probable, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas”.⁴⁵

Por lo tanto, la Suprema Corte sostuvo que esta enmienda tiene como fin poner limitaciones y restricciones a los Tribunales y a los funcionarios federales. Esta protección alcanza a todos, hayan o no cometido delitos, y concluye diciendo:

⁴⁵ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La prueba ilícita, Lexis Nexis, Chile, 2004, p. 102-108

“si las cartas y los documentos privados pueden ser de este modo confiscados y retenidos, usados en evidencia contra ciudadano acusado de ofensa, la protección de la IV enmienda, que declara su derecho a la seguridad contra tales registros y confiscaciones no tiene valor”⁴⁶

Esta sentencia sentó los precedentes para excluir la prueba ilícita en la jurisdicción Federal en ese país.

El caso *Mapp vs Ohio* (1961) declara que la regla de exclusión derivada de la Cuarta Enmienda obliga también a las jurisdicciones estatales. Desde entonces la regla se convierte en aplicación general en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos y constituye una de las principales fuentes de litigación del derecho norteamericano,⁴⁷ este proceso establece dos fundamentos para la regla, el primero: la disuasión de los funcionarios públicos para que no vulneren la protección constitucional (la llamada *deterrence*) y, la segunda, que es la preservación de la integridad judicial, pues los Tribunales no deben admitir la prueba ilícita en juicio, pues se convertirían en cómplices de los atentados contra la Constitución, asimismo el caso *Silverman vs United States* (1961) prohíbe incluir todo testimonio sobre informaciones obtenidas durante la actuación ilegítima, como ya se mencionó se buscan crear dos efectos; sin embargo la Corte Suprema de ese país sostuvo durante el caso *United States vs Calandra* (1974) que la exclusión de la prueba ilícita no era un derecho personal sino que esta regla sólo se creó con la finalidad de salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda mediante su efecto disuasivo, estos casos fueron los que sentaron la base de la prueba ilícita en Estados Unidos de América, pero aún con esta rígida y aparentemente inviolable regla exclusión de la prueba ilícita se desarrollaron varias teorías para limitarla, las cuales

⁴⁶ *Ídem*

⁴⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 2, Chile, 2005, p. 12-14.

mencionaré someramente pues estas teorías en general se desarrollaran en el siguiente capítulo.

Para iniciar, en Estados Unidos se tiene que estar legitimado para pedir la exclusión de la prueba, no basta simplemente con resultar favorecido por la exclusión con infracción de la cuarta enmienda, sino que además se debe ser la víctima de la infracción constitucional, esto con base en el caso *Rakas vs Illinois* (1978), en donde la Corte Suprema establece que esta regla es un derecho personal y por lo tanto no puede ser invocado por terceros.

La buena fe (*Good Faith* en inglés) es una de las principales teorías que se maneja en la legislación estadounidense, este como su nombre lo dice es basada en una presunción de que los funcionarios actuaron en ese sentido, ésta es sostenida en el proceso *United States vs León* (1984), en el cual unos oficiales entran y registran un lugar, con una orden para hacerlo pero la cual no era válida, los jueces dicen que la regla de exclusión había sido creada para disuadir a los policías a no violentar los derechos, pero en este caso los policías actúan sin el deseo de vulnerar estos, por el contrario, ellos lo que intentan es cumplir con un mandato.

Explícitamente la doctrina de León se aplica sólo a actuaciones policiales con orden judicial de respaldo, con lo cual, en principio, la excepción de buena fe no se extiende a actuaciones sin ese respaldo.⁴⁸

En segundo lugar, en las teorías más relevantes que se tienen en cuanto a esta regla es la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), la cuál consiste en que no sólo será nula la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los "frutos" de dicha prueba, por fruto se debe de entender cualquier medio de prueba o indicio que se derive de las diligencias

⁴⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Op. cit. p. 17-20.

mencionadas al principio de este párrafo. El origen se remonta al fallo *Silverthorne Lumber Co. Vs United States* (1920), en el que se prohibió interrogar a un testigo cuya existencia se supo por documentación que se obtuvo al incautar documentos de forma ilegal, esta doctrina tiene algunas limitaciones que se han tomado en cuenta por la jurisprudencia norteamericana, la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*), la regla del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery rule*) y el principio de la conexión atenuada (*attenuated connection principle*).

La doctrina de la prueba ilícita se desarrolló principalmente en los Estados Unidos, por la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en la que pueden distinguirse distintos períodos, desde el inicial de expansión de la *exclusionary rule*, que prohibía la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta; pasando después por la introducción de ciertos elementos correctores que reducen su alcance: primero la *balancing test*, que pone en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar en cada caso los supuestos en los que se debe aplicar la *exclusionary rule*; y desde 1984 con la *good-faith exception*, que admite la validez procesal de ciertas pruebas obtenidas por los agentes de policía, siempre que su actuación haya sido razonable y en la creencia de obrar de forma legal.

Como se ha analizado en este tema, la regla de la exclusión de la prueba ilícita en Estados Unidos ha tenido ya una basta regulación desde 1914, es decir, tiene 97 años de existencia, derivada de la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual tiene mucha relación con el artículo 16 constitucional mexicano, coincidiendo en que está prohibido intervenir en las comunicaciones, en los hogares de particulares sin ninguna autorización, y también ambas señalan que para autorizar la intervención o cateo de éstas, estableciendo la seguridad jurídica de las personas, asimismo se deberán de precisar las personas y objetos en los que versará dicha diligencia.

Como se puede notar, es muy parecido nuestro ordenamiento; sin embargo, en ese país ya se han tomado en cuenta varias teorías que atenúan o incluso subsanan la prueba ilícita, en México estamos en el inicio de este debate para establecer límites que puede tener esta prueba y si se pueden utilizar en nuestro derecho las teorías y doctrinas que ya se han desarrollado en el ámbito internacional.

A continuación se analizarán países de habla hispana que comparten nuestro mismo sistema jurídico a diferencia del ya analizado Common Law, para así tener un punto de vista más cercano.

3.2 España

La Constitución española de 1978 no contempla literalmente a la prueba obtenida ilícitamente, pero se desprende de la interpretación del título I, capítulo segundo, artículo 24.2 que establece: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.⁴⁹ Se interpreta a partir de este precepto que una prueba pertinente es aquella que es lícita y útil para el proceso que se lleva.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de España, de 1 de Julio de 1985 y la cual sigue vigente actualmente en ese país, en su numeral 11.1, es la única ley española en donde de manera textual se refieren a la prueba ilícita en los

⁴⁹ Constitución española [En línea]. Disponible: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm> 16 de Febrero de 2011. 10:00 PM

términos siguientes: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”⁵⁰

Una de las diferencias que se encuentra entre esta legislación y la de nuestro país es que en España se hace mención que la prueba se puede obtener de manera directa o indirecta, parece ser que aquí de alguna manera se intenta hacer alusión a varias teorías que no contemplan la exclusión de la prueba cuando esta se obtuvo de forma indirecta violentando derechos, es decir, no es necesario que la autoridad viole con sus actos estos derechos, esto es la incrustación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado o como se ha llamado efecto reflejo de la prueba ilícita en la legislación española, pues establece los mismos parámetros tal es el caso de la sentencia 15 de diciembre de 1994, RJA 1994 10153, emitida por el Tribunal Supremo de este país en el que considera que la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, "contaminando las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes."⁵¹

Es interesante ver que es muy parecido lo que se entiende por prueba ilícita en España y en nuestro país, sólo que en el primero se hace referencia a derechos o libertades fundamentales, en realidad según la doctrina no existe mucha diferencia entre estos dos conceptos pues a los derechos humanos o garantías fundamentales también se les llama de esa manera por lo tanto no existe un verdadero sentido de amplitud en estos términos utilizados en la legislación española, también se maneja que la prueba debe de ser excluida por

⁵⁰Ley Orgánica del Poder Judicial de España [En línea]. Disponible: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjexaminarlegislacion.html&dkey=11&TableName=PJLEGISLACION> 16 de Febrero de 2011. 10:40 PM

⁵¹ La prueba ilícita penal y su efecto reflejo, [En línea]. Disponible: <http://vlex.com/vid/prueba-ilicita-penal-efecto-reflejo-102953> 17 de Febrero de 2011. 11:00 AM

los Juzgados y Tribunales, debido a la tutela efectiva a la que están sometidas estas instituciones según el artículo 24.1 de la Constitución española.⁵²

La jurisprudencia del país Ibérico ha sentado algunos precedentes desde 1984, en la sentencia 114/1984, la cual a grandes rasgos trató sobre un despido basado en unas grabaciones que se obtuvieron sin ningún permiso o autorización legal, en este caso el Tribunal Constitucional si bien no concedió el amparo si sentó las bases de cómo se debería de interpretar estos casos ponderando los siguientes derechos, la práctica de los medios de prueba pertinentes y los fundamentales reconocidos por la Carta Magna, el Tribunal llegó a la conclusión que ambos tenían el grado de derechos constitucionales pero que un derecho de este rango sólo podía ser limitado por la misma Constitución, entonces si este ordenamiento ofrece la facultad de ofrecer cualquier medio de prueba pertinente, esto sólo se limita cuando dice que aquellos que no violen derechos fundamentales y con ellos se establece el parámetro para estos, más, si se encuentra en confrontación uno de estos derechos con alguno establecido de forma infraconstitucional deberá de permanecer el que tiene el rango mayor, esto es la llamada regla de proporcionalidad del Tribunal Constitucional para regular los efectos de ineficacia de las pruebas con respecto a la gravedad de los hechos enjuiciados, existe distintas posturas a favor y en contra, en el primer término, por que se considera que así los delincuentes no podrán provocar intencionalmente que se vulneren sus derechos con el fin de ser exculpados de sus actos, en contra por que algunos sostiene que de ninguna forma se deben de aceptar violaciones a derechos fundamentales y es aquí donde se abordan ciertas figuras creadas en Estados Unidos de América; como los son independencia de la fuente derivada, la inevitabilidad del descubrimiento del hecho, la buena fe, así como la teoría del nexo causal atenuado.⁵³

⁵² DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo. (coord.) La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, p. 35-40.

⁵³ *Ibidem*, p. 51 y 52

Con lo antes dicho, es preciso hacer una precisión terminológica, distinguiendo entre prueba irregular, prueba ilícita y prueba prohibida. La prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica. Por prueba ilícita se entiende aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería finalmente la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis se han vulnerado derechos o libertades fundamentales.

Como se ha observado en el estudio de la figura de la prueba ilícita en España, si bien ya se ha regulado en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del país en comento, esta ha dejado a un lado la reglamentación expresa de este numeral complicando la labor interpretativa para los juzgadores que no han tenido las bases suficientes para establecer cómo, en qué momento y a iniciativa de quién se invalida la prueba en el proceso, asimismo qué límites se deben observar para enmarcar a esta prueba en qué casos se aplicará el principio de proporcionalidad y cuándo se está en presencia de la violación de un derecho fundamental, también se analizaron las diferentes sentencias y resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de otras instancias jurisdiccionales de este país, las cuales versan principalmente sobre las violaciones en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones y con la inviolabilidad del domicilio, pero aún estas son contradictorias, también se pueden encontrar problemas al interpretar la Constitución española pues es uno de sus numerales, en específico el 24.2, establece que se pueden utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa, entre estos no se limitan a ningún concepto, ni tampoco a ninguna prueba.

Uno de los puntos en los que considero que México está adelantado, es en que el Juez de Control decidirá si una prueba es valorada como ilícita antes de que entre al Juicio Oral y con ellos evitar, como ha sucedido en España, que sentencias se vengán abajo por estar basadas en pruebas de ese tipo, pero

estamos retrasados en cuanto a la regulación de esta figura debido a que no se ha planteado con exactitud el procedimiento para llevar a cabo la exclusión de medios probatorios, así como si se podrá aplicar algo parecido al principio de proporcionalidad que rige en este, y al igual que en el país Ibérico no se ha planteado quién es el legitimado para pedir esta exclusión, esto sin duda se tendrá que realizar conforme a la interpretación que haga el poder judicial de este país como se ha hecho en el país analizado, pero sin las contradicciones que se han presentado en este, es decir, se deben unificar criterios en torno a esta figura tan debatida.

3.3 Chile.

A diferencia de Estados Unidos donde, la creación de la prueba ilícita ha sido una creación de la jurisprudencia, en Chile esta ha sido instaurada por la ley, en específico por el Código Procesal Penal de Chile en su artículo 225 establece que no podrá ser utilizado lo que sea resultado de la interceptación de telecomunicaciones, sino es apegado a lo que marca la ley en especial al numeral 222 que tiene parecido a lo que marca el precepto 16 de nuestra Constitución, en lo relativo a la privacidad de las comunicaciones entre particulares, esta es la primer pauta que nos marca la exclusión de la prueba ilícita.

El segundo artículo en donde la ley chilena contempla este tema es el 276, del cual se desprenden dos hipótesis que definen la prueba que en razón de su ilicitud debe excluirse del proceso: por una parte las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y, por otra, las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, en la nulidad se debe de entender que la causa que motiva la declaración de nulidad, según el artículo 159 del Código Procesal Penal de Chile, es el perjuicio o menoscabo que sufra alguno de los intervinientes en sus

posibilidades de actuación, derivado de la inobservancia de las formas procesales.

Esta referencia a las formas procesales sugiere la idea de que la finalidad perseguida con la declaración de nulidad es la corrección formal del procedimiento; mientras que por garantías fundamentales, debe de entenderse todo derecho que la Constitución, los tratados internacionales, la ley procesal penal u otras leyes, reconocen a quien debe sufrir un proceso criminal o a otras personas que se vean afectadas por él, el cual se señala por medio del oficio 167 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, dirigido a los Fiscales Regionales de todo el País,⁵⁴ misma que se puede consultar en la pagina web en el pie de página.

Todo lo anterior; al igual que en nuestra legislación, queda bajo la potestad del Juez de Control, en cuanto a cómo se valorará la prueba, esto lo estipula el numeral 297, en el cual si bien el Juez puede valorar libremente las pruebas no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados y la obligatoriedad del Juez de fundamentar y motivar toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado.

Esta ley no sólo limita que se admita o valore la prueba ilícita sino incluso, en su precepto 334, prohíbe incluso que se dé lectura a las actas o documentos en que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales, al parecer este numeral es un poco ambiguo por que está ya entendido que si una diligencia es nula, esta no se deberá de tomar en cuenta pues ya tiene ese carácter

⁵⁴ Pagina oficial del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile
www.ministeriopublico.ch/.../Prueba%ilicita%202002.doc 20 de Febrero de 2011. 12:00 PM

Sin embargo, en la jurisprudencia chilena ya se ha planteado en la causa Ruc N° 0500422743-5, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía sobre el delito de robo con violencia, se excluyó del auto de apertura, al testigo, un funcionario policial, dado que no prestó declaración ante la Fiscalía durante la fase de investigación.

En ese sentido el tribunal declaró que la prueba habría sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, pero la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago revocó esa sentencia arguyendo que cuentan en el juicio oral sólo aquellos elementos que se rindan en el; por lo tanto, si el oficial acudió a tal, esa prueba debería de ser tomada en cuenta.⁵⁵

Mientras que en el recurso de apelación ROL ICA N° 1289-2006 en el caso en que el nombre de un médico no aparecía en una prueba pericial, el cual estaba ya plenamente identificado en el proceso y un Juzgado determinó excluir esta prueba por ilícita lo cual no fue aceptado por la Corte porque si bien faltaba ese dato, la prueba no había sido obtenida de forma ilícita. Se debe determinar sino es una infracción solamente, sino de verdad se trate de una violación a garantías fundamentales, pues si se trata del primero por el que se da la exclusión de la prueba, se estaría vulnerando el legítimo derecho del Estado de investigar y castigar los delitos.⁵⁶

En Chile se toman en cuenta algunos límites y excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita como las actuaciones exclusivamente privadas en donde, si es un particular el que viola las garantías de otro particular, este no tiene el deber ni la manera de hacer válidamente esos actos, incluso se podría llegar a justificar este tipo de medio de prueba, pero parece sostenible que el razonamiento subyacente en conceptos materiales tales como legítima defensa

⁵⁵http://ceja.cl/portal/index.php/en/virtual-library/virtual-library/doc_details/2478-la-exclusion-de-prueba-obtenida-por-inobservancia-de-garantias-fundamentales-algunos-criterios-en-juzgados-de-garantia-y-en-la-i-corte-de-apelaciones-de-santiago 20 de Febrero de 2011. 4:50 PM.

⁵⁶ Pagina oficial del Poder Judicial de Chile <http://www.poderjudicial.cl> 21 de Febrero de 2011. 5:30 PM

o inexigibilidad de otra conducta también puedan tener un efecto procesal en materia de exclusión de prueba.

Asimismo se toma en cuenta que no basta con la simple ilegalidad del acto por el cual se obtuvo la prueba, es decir, que se violen las leyes procesales, sino que este necesita que se violen garantías fundamentales, como ejemplo mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley, difícilmente podrá admitirse el mismo efecto cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro pero se olvida entregar al encargado del lugar la orden correspondiente, estamos hablando aquí de que se omitió una acción sin mala fe, mientras que, en el primer supuesto, hablamos de una actuación de mala fe.

En Chile, se distingue también la llamada teoría de la fuente independiente la cual consiste en que si ya se sabía un testigo relevante para la investigación y después de esto se llega a obtener información de forma ilícita, tal vez al encontrar en una agenda el nombre del testigo, esta información no viciará la información que se tenía con antelación, sobre esta persona pues ya se sabía de su existencia.

También se considera lo que en Estados Unidos llaman el descubrimiento inevitable que es aquel que se da por ejemplo cuando una persona acusada de homicidio en un caso supuestamente obligado por alguna forma de coacción ilícita dice en dónde se encuentra el cadáver de su víctima, el cual se ubica en el patio de su casa en donde ya había una decena de policías y peritos buscando y al cual, sin lugar a dudas, ellos hubieran podido encontrar aún si la supuesta confesión obligada, eso a grandes rasgos es el descubrimiento inevitable.

Por último, se plantea el saneamiento de la prueba ilícita que en este caso se refiere a que existe previamente una prueba calificada con ese

carácter, la persona afectada acepta que se utilice con el afán de obtener algún beneficio o simplemente porque quiere compensar algo de lo hecho a su víctima como producto de su arrepentimiento.⁵⁷

Como se pudo apreciar en este tema, la prueba ilícita en Chile ya ha sido ampliamente abordada en el Código Procesal Penal Chileno, en donde se marcan de forma clara y precisa que medios no deberán de ser tomados en cuenta en una investigación por ser nulos o bien violar derechos fundamentales, asimismo se explicaron algunos de los medios que limitan a esta clases de pruebas dejándolos atenuados o incluso en algunos casos incluso saneando esa calidad por la persona afectada por esas actuaciones ilegítimas.

A diferencia de México, como se explicaba, se distingue la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de garantías, mientras que aquí una conlleva a la otra como se establece en la Carta Magna del país, en donde dice: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” lo que implica que aquí la violación de derechos lleva a la nulidad de la prueba. Como se puede notar hace falta que en México se lleve a cabo un debate para ver qué teorías pueden aplicarse en nuestro sistema jurídico.

3.4 Colombia.

En este país como en México se regula a la prueba ilícita en su mayor ordenamiento legal, obviamente en la Constitución Colombiana, en su artículo 29, párrafo *in fine* estableciendo lo siguiente: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”⁵⁸

⁵⁷HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Op. cit. p. 43-85.

⁵⁸Constitución de Colombia [En línea]. Disponible:
<http://200.26.152.57/SIDN15/Archivos/Normatividad/Legislación%20Nacional/Constitución%20Política%20y%20Actos%20Legislativos/Constitución%20Política%20de%20Colombia%201991.doc>
oc 24 de Febrero de 2011. 7:31 PM.

Es decir, éste no se refiere a los derechos fundamentales, ni humanos sino a uno en específico y aún este comprende varias prerrogativas como lo son el de una defensa adecuada, a ofrecer pruebas, a que se sujete a los principios del sistema acusatorio adversarial entre muchos otros con los que cuentan los involucrados en un proceso penal en Colombia pero, si se busca la interpretación real que tiene este concepto, se debe de remitir al análisis de este artículo en párrafos anteriores en el contexto de Colombia se puede establecer que:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea indiciado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

Además, debe constatar que los funcionarios de policía judicial hayan procedido conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley, en lo que se refiere al cumplimiento de su obligación de velar por la vigencia del ordenamiento jurídico, así como al control previo o posterior, que debe ejercer

el Juez de garantías y a su deber de garantizar la efectividad de la justicia, que puede ser seriamente afectada cuando los medios de acreditación necesarios para conocer los hechos son excluidos por transgresiones relevantes al ordenamiento jurídico.

A diferencia de lo que se ha criticado en otros países, en Colombia si se ha regulado en la ley 906 de 2004 (consultada en la página web de la biblioteca Enrique Low Murtra del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia),⁵⁹ en el artículo 23 se establece:

“Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.”

En este se cambia la denominación del debido proceso por el de garantía fundamental el cual se ha abordado de manera anticipada en este trabajo, este concepto es más amplio y apegado al derecho internacional, el segundo numeral con el que se relaciona la prueba ilícita es el 276 que dice:

“Legalidad. La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.”

Aquí se puede apreciar el adelanto que tiene este país con respecto al nuestro en materia de legislación en cuanto a la prueba ilícita pues aquí se adhiere de manera textual en la ley que no sólo se respetará lo que marca la

⁵⁹Ley 906 de 2004 Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano [En línea]. Disponible: [http://200.26.152.57/SIDN15/Archivos/Normatividad/Legislación%20Nacional/Leyes%20de%20Colombia/Leyes%202004%20\(%20873%20-%20939\)/Ley%20906%20de%202004%20Nuevo%20Codigo%20de%20Procedimiento%20Penal.doc](http://200.26.152.57/SIDN15/Archivos/Normatividad/Legislación%20Nacional/Leyes%20de%20Colombia/Leyes%202004%20(%20873%20-%20939)/Ley%20906%20de%202004%20Nuevo%20Codigo%20de%20Procedimiento%20Penal.doc) 24 de Febrero de 2011 9:00 PM.

Constitución de ese país sino también los Tratados Internacionales algo que ya se ha planteado en las reformas que se harán a la Carta Magna de México estableciendo con ello el llamado bloque constitucional en la cual la Constitución y los Tratados Internacionales se encuentran a la par.

Otro precepto que regula la prueba ilícita es el artículo 360, estableciendo:

“Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

Esto se puede interpretar como la versión Colombiana de la teoría de los frutos del árbol envenenado.⁶⁰ El último artículo que regula a la prueba ilícita y para mí el más importante es el 455 que faculta a los Juzgadores a utilizar diferentes teorías ya aceptadas a nivel internacional al tenor de las siguientes palabras:

“Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”.

Esto es en cuanto a la legislación en Colombia ahora se analizará la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional del país en análisis y las sentencias que ha pronunciado al respecto y en las cuales se aborda el derecho internacional.

⁶⁰ ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *et al.*, EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2005, p. 318.

Asimismo la Corte Constitucional de ese país reconoce tres grandes grupos de sistemas o tendencias sobre la naturaleza y alcance de la prueba ilícita mediante la sentencia SU-159 de 2002⁶¹, a saber, los siguientes:

En la tradición anglosajona, en la cual existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el Juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación.

La Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas, y

Y por último, la tradición Germánica, donde no existe ni regla general de exclusión, ni un sistema de nulidades, sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes. Siendo este último el que es adoptado en Colombia.

De igual manera se reconoce tres sistemas sobre la invalidez de la prueba derivada: el que le concede al juez plena libertad para apreciar la prolongación de los efectos de la invalidez de la prueba principal, inconstitucionalmente obtenida (Inglaterra- Francia), el segundo que sienta, como principio general que la invalidez de la prueba primaria no se puede extender a otras que le sean relacionadas o casualmente vinculadas (Alemania) y el tercero intermedio, conforme al cual los efectos de la exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita se extienden a las pruebas derivadas de ellas, con algunas excepciones o distinciones (Estados Unidos).

⁶¹ REYES MEDINA, César. (coord.) Módulo IV para Defensores Públicos. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, USAID, Colombia, 2005, p. 79.

En la ya varias veces mencionada sentencia SU-159 de 2002 la Corte Constitucional se han descrito las condiciones de aplicabilidad para determinar cuándo existe una violación al debido proceso que traiga como consecuencia la exclusión probatoria:

1. Debe determinarse si la irregularidad es de tal entidad que afecta el debido proceso. La irregularidad debe atentar contra derechos sustanciales del procesado, contra la integridad del sistema judicial o contra el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Es muy interesante que se mencione a la integridad del sistema judicial, por lo que supongo se refiere a que los Jueces no permitan la admisión de una prueba que atenta contra la Constitución pues de este modo se atenta de forma derivada contra el sistema judicial y todos los que lo conforman.

2. Debe considerarse el alcance del debido proceso. Este involucra en la constitución colombiana no únicamente las normas procesales sino las garantías que dan efectividad a los derechos de las personas frente a la arbitrariedad de las autoridades. Se puede deducir que no es suficiente con establecer los derechos que gozarán los ciudadanos sino garantizar su eficaz aplicación.

3. Debe considerarse el rol del derecho penal en el Estado social de derecho. Este se orienta no únicamente a garantizar los derechos del procesado, como el derecho de defensa, el debido proceso y la imparcialidad sino los derechos constitucionales a la vida, la integridad y la libertad que se protegen sancionando a quien viola el Código Penal .

4. La exclusión de la prueba significa que ésta no puede ser parte ni de la acusación ni de la sentencia. Su exclusión efectiva del expediente es la garantía del efecto de nulidad de pleno derecho. Entonces se tiene que borrar

cualquier indicio de que existió tal violación y por ende que no se tome en cuenta para cualquier efecto jurídico.

Este país es, como se puede deducir, garantista, además de regular en su ley de forma muy detallada lo relacionado con la prueba ilícita, iniciando por su Constitución en su numeral 29 *in fine*, después en su Ley 906 de 2004 principalmente en su artículo 455 en donde da cabida a que se utilicen las teorías o como se maneja en el texto legal criterios como lo son el vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y dejando abierta la posibilidad de agregar aún más con la redacción enunciativa “y los demás que marque la ley”, esto para el presente trabajo es algo fundamental pues se persigue el fin de lograr que se estipule algo parecido en la legislación mexicana, punto aparte merece la gran interpretación que ha hecho la Corte constitucional de Colombia, en especial en la sentencia SU-159 de 2002, en la cual se dan parámetros muy claros para establecer la naturaleza y alcance de la prueba ilícita, sistemas sobre la invalidez de la prueba derivada, así como las condiciones de aplicabilidad para determinar cuando existe una violación al debido proceso que traiga como consecuencia la exclusión probatoria, aun así me parece que hace falta especificar quien es el legitimado para pedir esta exclusión, pues en ninguno de los numerales mencionados se especifica este dato el cual es relevante, entre las semejanzas con la legislación mexicana podemos destacar, que en ambos será el Juez de Control o de Garantías quien decidirá sobre la admisibilidad de las prueba que ante él se ofrezcan, pero sí se puede decir que este tiene más recursos para valorarlas que los Jueces o Tribunales mexicanos, que a diferencia de él no tienen un artículo que les permita aplicar criterios para ninguno de los casos que se mencionan en la sentencia de la Corte constitucional de Colombia, ni se ha reglamentado sobre todo lo relacionado con esta prueba: su petición de excluirla, el procedimiento que seguirá y menos cómo se valorará al momento de conceder o negar la ilicitud de la prueba. Como conclusión se puede decir que en Colombia la figura de la exclusión de la prueba ilícita se puede encontrar constitucionalmente o legalmente, esta por que se viola la ley, ya sea porque transgreda el debido

proceso o algún derecho fundamental que se consagre en la Constitución, la Ley, o incluso siendo esto de lo más avanzado a nivel mundial, en cualquier tratado internacional de Derechos Humanos firmado por Colombia en el llamado “bloque de constitucionalidad”.

3.5 Perú.

En la Constitución política de Perú⁶² no se menciona explícitamente a la prueba ilícita, esta se manifiesta de forma implícita en la garantía de debido proceso la cual está contenida en el artículo 139, inciso 3, de este ordenamiento y en los términos siguientes:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.”

Y como se ha planteado con anterioridad, en el caso de aceptar una prueba que vulnera derechos fundamentales, se estaría acortando la facultad para defenderse de la parte contraria, así como dejando en disparidad a las partes en el juicio, rompiendo con el principio de igualdad procesal.

Como se puede observar no se menciona a la prueba ilícita; sin embargo en el artículo 10, en sus tres primeros párrafos, hace mención de lo siguiente:

“Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la

⁶²Constitución Política del Perú [En línea]. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> 4 de Marzo de 2011 4:00 PM.

ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.”

Este tipo de prohibiciones ya se habían encontrado durante el estudio de los países analizados anteriormente con el mismo resultado de no tener ningún efecto legal, o bien, con el carácter de nulas, este artículo hace clara alusión a la garantía de seguridad jurídica de las personas tanto en su persona como en sus derechos, posesiones y propiedades estableciendo la inviolabilidad de las comunicaciones, como en nuestra Carta Magna, donde este derecho se encuentra contenido en su precepto 16 estableciendo ese mismo rango de inviolable.

El Nuevo Código Procesal Penal Decreto Legislativo N° 957 del país en estudio, establece en su artículo VIII lo siguiente:

“Legitimidad de la prueba:

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

Este numeral es casi idéntico a los que se han encontrado a lo largo del análisis de las legislaciones de varios países, en este se estipula que no tendrán efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, en cuanto a lo de indirecta o directamente, en el primer caso, entiendo se refiere a la doctrina del árbol de los frutos envenenados y directamente, valga la redundancia, por la acción directa de los servidores públicos o autoridad que mediante estas vulnera los derechos mencionados

Una vez conocida la regulación legal; que es muy importante, es necesario conocer la interpretación que ha dado la jurisprudencia a esta figura. Una de las primeras sentencias referentes a este tema es la relacionada a los límites del derecho de la prueba, el Tribunal Constitucional en su sentencia normativa del 3 de enero de 2003, expediente N° 010-2002-AI/TC,⁶³ al establecer en los fundamentos 148 a 150 de dicho fallo:

“El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Política del Perú”.

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala:

“Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba.”

El Tribunal Constitucional también señala:

⁶³ Sentencia de Tribunal Constitucional. [En línea]. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html> 11 de Marzo de 2011. 8:04 PM.

“Ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección. El derecho a la prueba aún cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y la defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, se le conocen límites. Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias, o de utilizar la prueba.”

Es así como este Tribunal reconoce que la exclusión o en este caso el proceso de dejar sin efecto legal a la prueba ilícita deben tener límites.

Se puede concluir que la regulación de la prueba ilícita en Perú no es regulada de forma explícita en su Constitución, sino que ésta se deriva de forma tácita, pues de configurarse se estaría violando el derecho de un debido proceso sustentado en el artículo 139 inciso 3 de dicho ordenamiento, así mismo se encuentra la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos y, en caso de infringir esto se deja sin efecto legal alguno la prueba obtenida de esta forma todo esto en el precepto número 10 de la Carta Magna de este país andino , posteriormente encontramos el Código Procesal Penal de Peruano en su numeral VIII que establece que las prueba obtenidas con violación de los derechos fundamentales de la persona carecerán como lo exige la Constitución de cualquier efecto legal, por último se revisó lo que ha establecido el Tribunal Constitucional referente al reconocimiento de la necesidad de establecer límites en este rubro.

3.6 Argentina.

A diferencia de la mayoría de los países analizados hasta el momento, en la Constitución de Argentina no se menciona de ninguna manera la exclusión de la prueba ilícita, no obstante, se puede encontrar es en las constituciones provinciales y por citar alguna abordaré la de Córdoba⁶⁴ que establece en su artículo 41 párrafo tercero que:

“Prueba. Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.”

Como se puede entender, ésta es una regulación que claramente hace alusión a la prueba ilícita que en este caso no tendrá eficacia probatoria, a diferencia de Perú donde no tiene valor legal, son términos distintos pero refiriéndose al mismo fin, ya que busca eliminar cualquier utilidad que tenga la prueba obtenida con violaciones a garantías, en este mismo numeral se aprecia la utilización de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Siguiendo con el estudio de la provincia Argentina de Córdoba, se encuentra en su Código Procesal Penal, en el artículo 194, la siguiente prohibición:

“Exclusiones Probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.”

⁶⁴ Constitución de la Provincia de Córdoba Argentina [En línea]. Disponible: http://www.legiscba.gov.ar/cprov_main.asp

Asimismo se encuentra el numeral 211 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires regulando casi de forma idéntica a esta prueba en los siguientes términos:

“Exclusiones probatorias. Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales.”

Estas dos legislaciones provinciales regulan de manera similar la forma de obtener la prueba y en la primera se plantea la teoría de los frutos del árbol envenenado enfatizando que toda prueba ilícita será insalvablemente nula y no susceptible de convalidación; en otras palabras, aquella no tendrá validez alguna.

A continuación se analizará la jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Argentina en la cual se han tomado distintas posturas sobre la prueba ilícita. El primer caso que se tiene es el denominado Montenegro, Luciano Bernardino s/robo, 1981,⁶⁵ este asunto trata sobre una investigación basada en la confesión extrajudicial obtenida del reo mediante los apremios ilegales a que fue sometido, y con ello se obtuvo la información de la comisión del delito de robo, el tema para el Tribunal era el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley y, el segundo, la persecución de la delincuencia y su facultad de sancionar esta, establece que no basta con castigar el tormento sino que también se tiene que anularse todo valor de dicha prueba por ser contraria a lo que se busca con el derecho que es proteger las garantías o derechos de todas las personas.

⁶⁵ ZAPATA GARCÍA, María Francisca. Op. cit. p. 144

El segundo caso que se menciona es el Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia legítima de estupefacientes, 1984, esta trata sobre la supuesta confesión voluntaria que hizo una persona sobre su posesión de estupefacientes así como el también dudoso permiso que dio para la inspección y cateo de su casa, cosas que después se dijo que no habían sido aceptadas, es entonces cuando conoce la Suprema Corte de Argentina, declarando que la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo y reconoce su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito.

En 1986 se da el caso Rayford, Reginald; Baintrub, Álvaro Ezequiel; Louhet, Alejandro Miguel c/l consumo de estupefacientes; II y III suministro estupefacientes, los hechos aluden a la detención de Reginald ciudadano estadounidense antes de llegar a su domicilio encontrándosele marihuana y este a su vez señala a Álvaro como su proveedor el cual había sido recomendado por Louhet, todo estos datos se obtienen de forma ilegal pues Reginald no podía aceptar la revisión de su domicilio por no conocer el idioma del país y no haber contado con intérprete alguno, lo cual motivó al órgano judicial supremo de ese país sudamericano a declarar que la regla de exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, por que de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tienen todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional, asimismo dice que la forma de apreciación de la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto.

El tercer caso Francómano, Alberto Daniel s/infracción a la ley N° 20.840, 1987. La Corte Suprema analiza la apelación presentada por Graciela Cristina Chein, autora penalmente responsable del delito de asociación ilícita calificada, la cual había sido señalada por Francómano en una supuesta manifestación voluntaria, pero después se desdice argumentando tortura para obligarlo a decir esto, una vez comprobada esta tortura por los exámenes correspondientes, una vez analizado el caso la Corte se pronuncia argumentando que el domicilio de la imputada, lugar donde esta fue detenida y se hallaron los elementos de cargo esenciales en su contra, fue localizado por medio de las informaciones que proporcionara Francómano en su supuesta manifestación espontánea, estableciendo que debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vías ilegítimas, protegiendo los principios del artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina (garantía de no autoincriminación).

La cuarta causa que se mencionará será Ruiz, Roque A.S/hurtos reiterados, 1987, este caso trata sobre un grupo de tres personas que asaltaban varios comercios, de los cuales uno fue detenido, otro muerto y el último se escapó, a quien detuvieron argumentaba que había sido torturado para obtener datos, cosa que se probó, dejando fuera su declaración, pero como obraban hechos suficientes para condenarlo se consumo su juzgamiento, provocando una declaración de la Corte en el sentido de que se deberían de tomar en cuenta el concurso de factores que puedan atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional de aquella, atendiendo a la sana crítica racional, que a su vez ocupa las reglas de la lógica y de la experiencia social, así como que deberá de descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de garantías constitucionales, o bien, cuando sea consecuencia inmediata de dicha violación.

El último caso que abordaré será Daray, Carlos Ángel s/presentación, 1994, esta vez sólo mencionaré la forma en que se pronunció la Corte Suprema, dictando que se deberá de suprimir el eslabón viciado y si subsisten

otros elementos de prueba que se remonten a una fuente de adquisición distinta e independiente de la viciada o porque, aunque reconozcan su origen en está provienen directamente de declaraciones de personas que no puedan reputarse prestadas en términos de la libre voluntad, pues se requiere un vínculo más inmediato entre legalidad y el testimonio que el exigido para descalificar una prueba común.

3.7 Organismos Internacionales de Derechos Humanos.

Estos son los encargados de velar por la protección de este tipo de Derechos que son de suma importancia para todo ser humano y los cuales estamos obligados a respetar y hacer que se respeten, sin lugar a dudas este tema ha alcanzado dimensiones muy importantes en la actualidad, pues la mayoría de las leyes y reformas a estas van enfocadas a un garantismo e incluso, en algunos casos a un hipergarantismo de estos Derecho Humanos, a tal grado que se ha llegado a plantear la posibilidad de crear el llamado bloque de Constitucionalidad en donde la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos estarán a la par, terminando con el largo debate del nivel jerárquico que guarda la Constitución al respecto de estos Tratados.

A continuación abordaré dos de los principales organismos internacionales en materia de protección de Derechos Humanos, el primero de ellos que tiene jurisdicción en nuestro país La Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁶ con sede en San José Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto y fue establecida en 1979.

⁶⁶Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [En línea]. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/> 24 de Marzo 2011. 11:17 PM

El segundo organismo que se analizará será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁷ que es una jurisdicción internacional con sede en Estrasburgo. Está compuesto por un número de jueces igual al de los Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (actualmente 47 miembros).

3.7.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana tomó el caso Cabrera García y Montiel Flores VS México⁶⁸ que se refirió a grandes rasgos sobre, tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano, por su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal que se adelantó en su contra.

Además, la demanda se refiere a la supuesta falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de los hechos, la falta de investigación adecuada de las alegaciones de tortura, y la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos.

La detención de los señores Cabrera y Montiel tuvo lugar el 2 de mayo de 1999. El Estado no podía hacer uso de dichas declaraciones como medio probatorio, por tratarse de violaciones a Derechos Fundamentales, pero el Estado argumentó, que la sentencia condenatoria, no había sido fundada

⁶⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: PREGUNTAS Y RESPUESTAS. Secretaría del Tribunal.

⁶⁸ Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [En línea]. Disponible: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf 28 de Marzo 2011. 9:00PM

exclusivamente en las confesiones hechas por los sentenciados. Agregó que el juez de la causa conoció, valoró y adminiculó la totalidad de las pruebas y constancias integradas al expediente.

La Corte observa que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos.

Al respecto, la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales.

Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. 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.

Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción. Uno de los fundamentos que utilizaron los jueces de instancia para no excluir la prueba del proceso se basó en que no basta que alguien alegue que fue violentado física o moralmente, para que deba liberársele, puesto que, en principio debe probar que esa violencia existió y luego, demostrar que la misma sirvió de medio para arrancarle una confesión lo cual a lo mucho la invalidaría.

Se puede notar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la prueba ilícita se debe de excluir de forma total cuando sea producto de la tortura pero también cuando se trate de cualquier trato cruel que conlleve la violación a la dignidad humana, así mismo hace suyo la teoría de los frutos del árbol envenenado, pues extiende la nulidad a las pruebas derivadas de las obtenidas con violaciones a los derechos mencionados.

3.7.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En 1995 inicio el trabajo de un grupo de expertos en Europa⁶⁹ para crear un “Corpus Iuris” en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, dicha labor se dividió en tres áreas: derecho sustantivo, reglas de competencia, extraterritorialidad, procedimiento y prueba; este segundo artículo se refiere a las pruebas obtenidas con violación de normas de derecho, el proyecto ha tenido muchas dificultades pues ha tenido que agrupar distintos ordenamientos que a su vez tiene diferentes formas de regular la admisión de la prueba, pero considera la equidad en el proceso como excepción a la inadmisibilidad.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acude a la valoración conjunta de la prueba, lícita e ilícita, para ponderar a partir de ahí la existencia de un proceso justo en el que la eventual condena del acusado resulte fruto de un proceso de tales características. Algunos casos relevantes que ha conocido el Tribunal han sido *Adolf vs. Austria* (de 26 de marzo de 1982); *De Cubre vs. Bélgica* (de 12 de julio de 1988; *Schenk vs. Suiza* de 16 de diciembre de 1992); y más recientemente *Jalloh vs. Alemania* (de 11 de julio de 2006); llegando a las siguientes conclusiones a partir de estos casos:

1. No existe legislación en la Convención europea de Derechos del hombre, que se refiera a la admisibilidad de las pruebas, por lo cual se remite al derecho interno de cada país, es por eso que la labor del Tribunal en

⁶⁹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *et al. La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial*, 2ª edición Aranzadi, Madrid, 2000, p. 57

mención no abarca la incorrecta admisión de pruebas en el proceso, sino que se limita a revisar si éste en su conjunto (incluyendo la forma de incorporación de medios de prueba) reviste un carácter justo.

2. Desde esta perspectiva, se reconoce el efecto excluyente por resultar contrarias a la exigencia de un proceso justo:⁷⁰

A. Las pruebas obtenidas a partir de una provocación policial.

B. Violando el derecho del acusado a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo.

3.- En cuanto a la inadmisibilidad de la prueba ilícita más allá de éstos supuestos y recordando siempre el ámbito objetivo al que ciñe su conocimiento el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), la jurisprudencia en sus pronunciamientos distingue, cuando la ilicitud:

A. Viola el derecho interno; Si la violación fue de derecho interno, no es suficiente para el efecto excluyente; se exige, además: que no haya resultado posible contradecir el resultado de la prueba ilícita; y que hubiera constituido la única prueba determinante de la condena.

B. Cuando vulnera la equidad e igualdad en el proceso.

C. Infringe el art. 3 de la CEDH (Corte Europea de los Derechos Humanos). Finalmente, se recoge la prohibición de aceptar elementos probatorios obtenidos a través de tortura.

Se puede notar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho el análisis no sólo de la forma en que no se admitirá la prueba ilícita sino en que

⁷⁰ ARMENTA DEU, Teresa, "La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias"; IUS ET PRAXIS, anual, Vol. 13, N° 2351, Chile, 2007, p. 345-377.

casos se deberá aceptar, mencionando que en algunos caso el no hacerlo implicaría dejar en desequilibrio a alguna de las partes durante el proceso, ejemplo claro de la excepción que puede admitir la regla general de exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

CAPÍTULO IV

LAS TEORÍAS QUE LIMITAN O ATENUAN LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA Y QUE SE PUEDEN UTILIZAR EN EL RÉGIMEN PENAL MEXICANO

4.1 Actuación de buena fe.

Esta es una de las principales excepciones a la exclusión de la prueba ilícita y consiste en que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de cometerlo y al creerse que se ha actuado en derecho ya sea por error o ignorancia, esto sin duda se asemejaría a una de las excluyentes del delito que contempla la legislación mexicana como lo es el error de tipo o error de prohibición, pues esta atenuación se basa al igual que la excluyente en la creencia de que existe buena fe por parte de los participantes en especial de los policías que actúan obteniendo pruebas de forma ilícita, pero que ellos creen que es de forma contraria. El principal precedente que encontramos de este tema ya se ha mencionado en el capítulo III y es el caso *United States vs León* (1984) en el cual unos oficiales entran y registran un lugar, con una orden para hacerlo pero la cual no era válida.

Explícitamente la doctrina de León se aplica sólo a actuaciones policiales con orden judicial de respaldo, con lo cual en principio, la excepción de buena fe no se extiende a actuaciones sin ese respaldo.⁷¹

La excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, pues sin duda se puede presumir que si los policías tuvieran el conocimiento de que el documento en el que basan su actuar no es válido se abstendrían de realizar la violación de

⁷¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Op. cit. p. 17-20.

derechos fundamentales, pues si se considera esta violación como un delito podríamos estar en presencia de excluyentes de ausencia de conducta, o error de tipo o de prohibición. Recordando que: “el error de tipo excluye el dolo ya que recae sobre los elementos que integran la acción típica en su objetividad sean ellos de hecho, o de derecho. El que obra con un error de tipo no sabe lo que hace, en el sentido de que no sabe que realiza un tipo penal”⁷². Así expresado, el error de tipo importa la negación del dolo o, como lo expresa el Profesor Hans Jescheck, es la “negación del contenido de la representación requerido para el dolo”⁷³. Agrega el catedrático alemán que “el error de tipo puede consistir tanto en una falsa representación (error propiamente dicho) como en una falta de toda representación (ignorancia)”.

El error de prohibición: “recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y puede excluir eventualmente la reprochabilidad de la ley penal; es un problema que atañe a la culpabilidad y no al tipo”⁷⁴. De esta forma un comportamiento determinado puede ser por un lado, correcto para quien lo ejecuta y por el otro, prohibido por el derecho. El agente piensa y actúa en consecuencia, creyendo que su acción esta permitida.

A grandes rasgos, esta excepción consiste en que la prueba obtenida bajo este supuesto se puede valorar, ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias (convencer a los policías de no violar derechos fundamentales), no puede reputarse a alguien que actúa de buena fe, debido a que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo; sin embargo, creo que la actuación de los policías no sólo debe de tomarse en cuenta para atenuar una sanción al infringir derechos fundamentales sino que se debe de

⁷² BACIGALUPO, Enrique. Tipo y error, Hammurabi, Buenos Aires, 1988, p. 144.

⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal, Barcelona, 1981, p. 412

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, Buenos Aires, 1999, p. 338-339.

valorar cual fue el error en la autorización porque de ser un error meramente administrativo o un llamado error de dedo es imposible que un caso en el cual se esta procurando impartir justicia para una víctima se pierda por el personal encargado de realizarla cometió un error, sin duda alguna esa persona debe de ser acreedora a una sanción administrativa o incluso penal si su actuar lo amerita, pero para nada debe de rebasar esta para también ser sancionada con algo mucho peor y que ni siquiera afecta a esos funcionarios como lo es la investigación propia al excluirse una medio probatorio en que se trate, sino por el contrario el único afectado en gran medida sería sin duda la víctima que sería, valga la redundancia, victimizado por segunda vez.

El artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución con la reforma del 18 de junio de 2008 establece:

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

Como se puede observar al tenor de este numeral se debe de proteger al inocente y qué mejor forma de hacerlo que evitando la impunidad que pueda llegar a obtener el delincuente con la mala exclusión de la prueba por la actuación de personal que por falta de probidad o simplemente por error (que todos los tenemos por la calidad de humanos) afecta esta protección que se debe de tener con y para la víctima, como dije con anterioridad yo no estoy en contra de que se establezca alguna sanción administrativa o penal por su error pero no comprendo el porque este debe de trascender al proceso afectando directamente a la víctima, si bien la exclusión de la prueba tiene dos efectos, como ya se ha tratado, el de disuadir (evitando que los policías sigan usando prácticas violatorias de derechos humanos) y el efecto que no permite que los Jueces utilicen pruebas que violenten la Ley que ellos mismos están obligados a hacer cumplir, pero también a respetarla evitando a toda costa que esta

prueba interfiera en el proceso, el primer supuesto en este caso no se cumple toda vez que se presume que los policías actuaron sin la intención de vulnerar estos derechos por cumplir con su deber. Esto también debe ser aplicado para el Ministerio Público y los Jueces quienes deben de ajustar su actuar al respeto ineludible de los derechos humanos, pero sobre todo a la debida protección de la víctima que al tener esa calidad merece toda la atención por parte de la autoridad.

Sin lugar a dudas, la exclusión de la prueba en este caso en que existe la actuación de buena fe por parte de la policía (que deberá de ser debidamente probada) se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar porque no sólo no se cumple con los principales fines que persigue la exclusión, pues carece de total intención (dolo o culpa) por parte de los policías y estos en realidad no perderían nada cuando se llegara a dejar de lado la prueba en cuestión pues, sin duda, el beneficiario de esta mala aplicación de la prueba ilícita sería el delincuente que tendría todo a su favor para quedar impune y la víctima que sin duda es a quien se tiene que proteger con mayor ahínco quedaría sola en este proceso, es por eso que pienso que se podría aplicar el principio de proporcionalidad (entre el derecho fundamental violado a la víctima y el violado al victimario o delincuente) del que se habla en España para evitar también que todos los casos sean de buena fe y que sólo los que verdaderamente caen en este supuesto gocen de esta excepción.

Creo que se pudiera crear un artículo relativo a esta forma de excepción para que los Jueces que si bien pueden valorar la prueba de manera libre y lógica como se trató en capítulos anteriores, sería bueno que tuvieran un fundamento legal que los ayude a tomar esta decisión, que de no tenerlo su decisión sería basada en lo que ellos creen conforme a su experiencia y no es que este mal que sea así, pero sería mejor que estén respaldados textualmente por la ley.

4.2 Descubrimiento inevitable.

Este límite consiste en que si bien esta prueba no se obtuvo de forma independiente de la prueba obtenida ilícitamente (siguiendo la teoría del árbol de los frutos envenenados) de alguna forma la prueba se hubiera obtenido tarde o temprano por algún otro medio; el ejemplo más significativo de este es el de: “Nix vs Williams (E.U.A 1984), caso en el cual mediante inobservancia de la Sexta Enmienda (derecho a la asistencia legal obligatoria de un abogado) se logró la declaración de un sujeto sobre la ubicación del cadáver de una menor de edad a quien él mismo acababa de dar muerte, dándose de esta forma, gracias a su revelación, con el paradero de la víctima muerta”.⁷⁵

Concediéndosele valor probatorio a esta confesión viciada, ya que inevitablemente se hubiese descubierto el cuerpo del delito, basándose en el supuesto de que en el operativo de búsqueda se encontraban 200 agentes de policía muy próximos a la escena del crimen, lo que induce a pensar lo ineluctable del hallazgo.

En todo caso, se requiere que la autoridad acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original.

La limitación del descubrimiento inevitable debe de concatenarse con los supuestos de actuaciones policiales realizadas de buena fe, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían inevitablemente por otras vías, pero más tardíamente.

⁷⁵ COLOMA CORREA, Rodrigo. Op. cit. p. 156-158.

Creo que, con el debido cuidado y acreditando los supuestos mencionados en los párrafos anteriores, se debería de poder admitir este tipo de pruebas ilícitas, ya que como se indica estas de alguna manera se hubieran descubierto, quizá no en el mismo tiempo, pero sí en un plazo un poco mayor, en todo caso, el Juez es el que deberá de valorar apegado a derecho si esta clase de excepción puede ser utilizada, evaluando si el curso de la investigación habría conducido de modo inevitable a evidencias válidas sobre ese mismo hecho, se entiende que la decisión del Juez deberá de ser basada en la lógica y la máxima experiencia con tal de llegar a una conclusión.

Esta clase de excepción al igual que en las demás tratadas, no exime que se sancione a las personas que obtuvieron la información de manera violatoria a derechos fundamentales, pero haciendo hincapié en que la víctima no tiene por qué pagar las consecuencias de la autoridad que viola derechos fundamentales.

Sin lugar a dudas, esta teoría es una de las que presentan más conflicto para llevarse a cabo en México, debido a que esta no se basa en algún argumento sólido sino sólo en la valoración que realice el Juez sobre si se pudo haber dado el descubrimiento de una forma legal y si esta se produciría de forma inevitable, dejando todo esto en un ámbito muy subjetivo, más considero que esta teoría podría tener principal relevancia en cuanto se hable de que está en juego la impunidad que puede obtener un delincuente, y no solamente la impunidad sino la falta de protección a la víctima y, por supuesto, la no reparación del daño, el cual de no aplicarse esta teoría se presentaría en varios casos.

4.3 Hallazgo casual.

Es el descubrimiento de material probatorio respecto de un determinado delito del cual no tenía noticias con anterioridad cuando menos por los agentes intervinientes, gracias a una autorización extendida bajo la correspondiente

habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales, con motivo de la de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas en el contexto de la investigación de otro delito.⁷⁶

De lo anterior resulta que la prueba hallada casualmente debe admitirse, si cada involucrado actúa dentro de la legalidad, es decir, si el policía, los peritos, el Ministerio Público y en fin todos los intervinientes en la actuación, se conducen sin ningún dolo, si cada uno de los actores respeta la legalidad en los términos recién indicados el efecto parece evidente, se trataría de una prueba válidamente obtenida más que de una excepción a la regla de exclusión.

Se podrían expresar varios ejemplos, el primero es que se gira una orden de cateo sobre determinado domicilio en busca de objetos robados (como se sabe en la diligencia del cateo este se especifica, es decir, está limitado en cuanto al domicilio y a los objetos que se buscan, sin embargo, supongamos que al ingresar se encuentran metanfetaminas objeto que no era el que se buscaba y para el cual no se tenía orden alguna, en este caso, estamos ante un descubrimiento casual pues no se buscaba obtener este resultado y, sin embargo, se consiguió y para validarlo se tendría que pedir autorización judicial, en este supuesto se tiene que los partícipes en el cateo actuaron apegados a derecho con total legalidad más sin embargo se encontraron con este hecho inesperado.

Un segundo ejemplo sería aquel en el cual en la orden para la realización de un cateo , había un error en cuanto al número del domicilio en el cual se buscaba una arma con la cual se había cometido un delito y al irrumpir al lugar señalado se encuentra a una persona secuestrada junto con dos de sus secuestradores, se vuelve a caer en el supuesto de que las personas que

⁷⁶ ECHARRI CASI, Fermín Javier. "Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales", Trimestral, Revista Poder Judicial, n° 69, España, 2003, p.286-289.

ejecutaron la orden estaban avalados por una mandamiento judicial, es decir en ningún momento se transgrede de manera intencional los derechos de la persona dueña del domicilio.

En este ejemplo vuelvo a retomar mi postura en cuanto a que sí se debe de sancionar a la persona que cometió el error en la orden de cateo, pero por ninguna razón se debe dejar sin efecto las pruebas obtenidas por que sino se podría llegar incluso a la impunidad, porque de aplicarse la exclusión de forma como la tenemos se debería de dejar sin efecto todas las prueba obtenidas incluso liberando a los dos captores de la persona secuestrada, de esta forma se volvería a castigar a la víctima pagando el error del que redacto la orden o de aquel que se equivocó al momento de ingresar al domicilio dejando en libertad a sus plagiarios.

Porque en este caso sí se sancionaría la conducta de omisión en el que recayó el error en cuanto al número del domicilio, pero por qué volver a victimizar ¿que no sería suficiente con sancionar a estas personas?

4.4 Doctrina de la fuente independiente.

Esta teoría es una de las más aceptadas pues en ella se establece que no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, por la sencilla razón que en estos casos simplemente dicha prueba no es derivada de la ilicitud, es decir, aquí no se configura el llamado fruto del árbol envenenado.⁷⁷

Un ejemplo sería, el caso en *State v. O'Bremski*⁷⁸: “en el cual, durante el allanamiento ilegal del departamento del imputado, se encuentra a una niña cuyo testimonio sobre las relaciones sexuales que el imputado mantuvo con ella se consideran aprovechables por tener una fuente independiente y aún anterior

⁷⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Op. cit. p. 20

⁷⁸ *Íbidem*, p. 22 y 23

a la entrada y registro ilegal, puesto que sus padres ya habían dado noticia de su desaparición y un informante de la policía ya la había ubicado en el departamento del imputado”.

Esta teoría es la que tiene menos problemas para su aplicación porque como su nombre lo dice es totalmente independiente (no es derivada de una prueba obtenida violando derechos fundamentales) ¿por qué debería de anularse algo que no tiene que ver con la violación de derechos fundamentales? Creo que lo que sí podría causar un poco de complicación sería la acreditación de que se tratará de una prueba independiente por que recordemos que, con la reforma constitucional del 2008, la autoridad es la que está obligada a comprobar la acusación, lo cual va concatenado con la presunción de inocencia que también establece la constitución, es de destacarse que se tendrá que ser contundente al momento de presentar una prueba que sea independiente, pues no debe dejar dudas que tiene ese carácter.

4.5 Principio del vínculo atenuado.

El caso práctico de aplicación de esta idea es Wong Sun vs United States (371 U.S. 471 [1963]): agentes policiales detienen ilegalmente a una persona, quien involucra a otra y ésta a su vez implica a una tercera (Wong Sun) que también es detenida ilegalmente. Con posterioridad, sin embargo, esta persona ya libre y en espera del juicio, debidamente advertida de sus derechos, confiesa voluntariamente, resulta indudable que no se hubiera llegado a ella de no ser por la ilegalidad originaria, esto es, a pesar de ser innegable el vínculo causal entre ilegalidad y prueba, por entender que en la especie dicho vínculo quedó lo suficientemente atenuado como para no aplicar la regla de exclusión.

Este principio es sencillo de entender pues consiste en que: “una vez violado el derecho fundamental cesa el acto por tratarse de este tipo de

violaciones, la persona a la que se transgredieron los derechos, después de que no se tomaron en cuenta estas pruebas, decide de forma voluntaria confesar su delito⁷⁹, entonces en realidad esta sería una forma independiente en que se obtuvo esta confesión, pues con anterioridad a ella se había excluido la prueba ilícita que si bien en el mundo real no dejó de existir, cuando menos en el mundo jurídico se atenuó a tal grado que el vínculo entre esta prueba y la confesión se degradó de manera tal que casi se eliminó y por lo tanto no puede ser consecuencia del primero y, mucho menos, se podría aplicar la teoría de los frutos del árbol envenenado.

4.6 Saneamiento de la prueba ilícita.

“Es la incorporación legítima de la prueba obtenida ilícitamente mediando la voluntad saneadora del afectado⁸⁰ esto según Marina Cedeño. En otras palabras, si el interesado renuncia a sus derechos en una situación comprobable de libertad no resulta proporcionado ni justo truncar la persecución penal, es decir, si el imputado permite que se valore la prueba en su contra obtenida de forma ilícita no tiene por qué ser excluida.

Un ejemplo claro de este saneamiento sería el siguiente, se ha obtenido una grabación en la que se escucha que se ha cometido un delito por parte de una persona, éste es detenido pero como para esta prueba se necesitaría haber tenido una autorización para obtenerla, el imputado en el supuesto de la exclusión debería ser liberado pero como la persona está arrepentida y desea subsanar su mal, acepta que la grabación que han obtenido sea tomada en cuenta y así apegarse al beneficio que con la reforma penal constitucional de 2008 se les da a la persona que confiesen su crimen.

⁷⁹ HAIRABEDÍAN, Maximiliano. La eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 142.

⁸⁰ DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo. (coord). *Op.cit* 75-78.

Este saneamiento de la prueba presenta varios problemas, pues se tendría que tener mucho cuidado en cuanto a que la persona que la acepte no sea coaccionado para ello, sin lugar a dudas uno de los principales problemas que puede tener esta excepción sería debido al gran desprestigio que tiene la policía de utilizar métodos ilegales para obtener las confesiones, sin embargo con la nueva tendencia que ha surgido a raíz de la reforma ya mencionada se ha optado por pedir más requisitos para la admisión de nuevos policías, y aun más se está inculcando en estas nuevas generaciones el respeto a los derechos humanos, por lo cual este problema se espera será rebasado y por lo tanto no se presentará.

Pero aún no creo prudente que se implante esta teoría, pues se podría presumir que se está obligando a la persona a aceptar este saneamiento es por eso necesaria la buena capacitación de los policías para no sólo evitar este tipo de problemas en la exclusión de las pruebas, sino para la buena implementación de la reforma penal en donde es fundamental el buen desempeño de todos los actores implicados, para que esta reforma y todo lo que ella implica llegue a un buen resultado, esto implica un gran compromiso de todos quienes debemos de estar preparados para asumir de forma adecuada el rol que desempeñaremos en este nuevo sistema.

Es importante destacar que esta teoría parece ser tomada por nuestra Carta Magna, pues el numeral 16 en su párrafo undécimo establece:

“Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.”

4.7 Principio de proporcionalidad.

Uno de los principales valores del derecho y la justicia, se funda en la proporcionalidad, fundada en una debida proporción entre las cosas, cuya transgresión torna injusta su relación, es decir, la vuelve desproporcionada y por lo tanto este principio no es para nada ajeno al derecho, es así que el principio de proporcionalidad, responde a la necesidad de asegurar la legalidad. Con este se busca tener resultados o decisiones de manera racional.⁸¹

Esta teoría es adoptada en España y postula que, al estar en juego o en dilema dos derechos fundamentales en un juicio o durante un proceso, debe de prevalecer el de mayor valía. Para llegar a la decisión de cuál derecho vale más se tiene que realizar una serie de valoraciones, para determinar qué principios fundamentales se ven inmiscuidos y la diferencia entre ellos.

Para aplicar el principio de proporcionalidad se tienen que hacer tres juicios, a modo de requisitos para poder utilizarlo y son el juicio de idoneidad; el cual consiste en analizar si la medida que se pretende tomar es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, el segundo juicio es de necesidad; el cual consiste en ver sino existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que se conoce como el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Por lo cual para que exista el principio de proporcionalidad se pide que este sea idóneo, necesario y que conste un equilibrio⁸².

⁸¹ SÁNCHEZ GIL, Rubén. El principio de proporcionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 13-35.

⁸² GARCÍA RAMIREZ, Sergio (coord.) La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de justicia penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009, p. 247.

Esta teoría para mi sería la más factible en cuanto al grado de facilidad para aplicarla, porque es más sencillo que el Juez que conoce sobre la prueba ilícita (Juez de Control) pueda sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en contravención al momento de clasificar y decidir si una prueba fue obtenida con violación de garantías fundamentales, es en ese instante que él puede ver cuál violación (la infringida por el acusado en contra de la víctima o la que se realizó por la autoridad en contra del acusado), entonces estaríamos frente a una decisión que pondría en igualdad de circunstancias las violaciones que sufrieron las dos partes del juicio, llevándolas a la igualdad de las partes para sostener la acusación o la defensa, con ello cumpliendo lo establecido en la Constitución Federal en su artículo 20 apartado A, fracción V.

Es por ello que creo en la gran aplicación que se podría dar a este principio, pues en ningún momento digo que al prevalecer alguna de las dos posturas (violación a los derechos fundamentales del inculpado, o los de la víctima) deba de eximir a la otra, por el contrario creo que en el supuesto de que prevalezca la de la víctima se debería de sancionar a quien viola la garantía fundamental del inculpado, para con ello cumplir con el objetivo principal de la exclusión de la prueba que es el de disuadir la práctica por parte de la policía, y el Ministerio Público, de acciones que violen estos derechos y también cuidando que los jueces conserven su esencia al defender la legalidad no sólo a favor del debido proceso para el inculpado sino también de la debida atención que debe de tener la víctima, lo cual persigue la justicia restaurativa con todo lo que ella implica.

Se puede entender que el principio de proporcionalidad se basa en el grado en que se restringen los derechos y en la relación que ésta mantiene con el hecho a esclarecer. Es decir, en virtud de este principio podrían admitirse pruebas ilícitamente obtenidas, siempre y cuando se traten de actuaciones con algún soporte jurídico.

Un ejemplo sobre la aplicación de este principio sería un caso que en España se presentó: el dueño de una tienda departamental instaló cámaras en los baños de su negocio, cierto día se comete un homicidio en los baños. En las cámaras se aprecia todo el hecho delictivo, incluso se observa a el asesino, por lo cual se libra la orden de aprehensión y se detiene a la persona, la defensa argumenta que es ilegal en España la instalación de cámaras en los baños, por lo cual piden se excluya el video que es el único elemento que se tiene en contra de su cliente, esgrimiendo que se violó un derecho fundamental, el de privacidad, entonces el Juez no admite esa petición aplicando el principio de proporcionalidad y explica que si bien se transgredió el derecho de privacidad del imputado, tiene mayor preponderancia el derecho a la vida, que en este caso fue el que se le violó a la víctima.

CONCLUSIONES.

Primera. La prueba es una parte fundamental en todo proceso, pues a través de ella el Juez tiene plena convicción al resolver los litigios, corroborando la acusación o bien desacreditándola.

Segunda. Con la reforma constitucional penal del 18 de junio de 2008 se hicieron cambios de fondo en todo el sistema jurídico penal mexicano, en lo que atañe a la prueba se modificaron aspectos relevantes como la carga de la prueba que ahora es para la parte acusadora, así como el momento en que se recabará ésta, estableciendo que sólo se utilizarán para dictar sentencia las pruebas rendidas ante el Juez, con la excepción en delincuencia organizada.

Tercera. La valoración de la prueba que hasta antes de la multicitada reforma era de forma mixta, más inclinada al sistema tasado, en la actualidad se establece que la valoración de la prueba deberá ser de forma libre y lógica y dentro de estas formas están la sana crítica, las reglas de la misma lógica, los conocimientos científicos, así como las máximas de la experiencia.

Cuarta. La doctrina en distintos países define a la prueba ilícita como aquella que es obtenida a través de la violación de los derechos fundamentales del acusado o del imputado.

En nuestro país, esta clase de pruebas está regulada en el artículo 20 constitucional apartado A, fracción IX, que establece: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”, esta prueba si bien hasta ahora es prohibida constitucionalmente antes también lo era; pues es parte de un debido proceso.

En muchas legislaciones locales y aún en el Código Federal de Procedimientos Penales no se contempla ni se menciona nada relacionado con

esta clase de exclusión, salvo sus honrosas excepciones como lo es el Estado de México que en su código adjetivo penal en su artículo 21 dice: “No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información originada en un procedimiento o medio ilícito”.

Quinta. La exclusión de la prueba ilícita persigue dos fines, el primero es la disuasión para los policías o los potenciales infractores del orden jurídico, pues al dejar sin efecto la prueba que recabaron de forma ilícita estos optarán por utilizar otros métodos distintos para obtener las pruebas en sus casos; el segundo fin es que los jueces no contravengan lo que se supone custodian que es la ley, es decir, proteger la norma vulnerada, negando toda eficacia de la prueba obtenida de esa forma, pues al aceptar una prueba que viola derechos ellos estarían permitiendo que la ley fuera violada, cosa que deben de evitar.

Sexta. Nuestro máximo tribunal se ha pronunciado sobre el tema de la exclusión de la prueba ilícita en solo dos tesis jurisprudenciales y en una resolución en cuanto a su facultad de investigación; en la primer tesis se establece que el inculpado puede pedir la nulidad de la prueba ilícita alegando como fundamento el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, así como el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y el derecho a una defensa adecuada contemplado en el artículo 20, apartado B, fracción VIII pues no podría tener una defensa adecuada si se admiten las pruebas obtenidas de forma violatoria de derechos fundamentales.

En la segunda tesis abordada en este trabajo se toma la figura del cateo en el que se aseguran objetos de un posible delito, constituye verdaderamente un cateo ilegal que, al practicarse sin los requisitos previstos en el artículo 16 de la constitución federal, trae como consecuencia que las pruebas obtenidas en aquélla carezcan de existencia legal y eficacia probatoria, sin duda alguna se

esta ante la presencia de la teoría de los frutos del árbol envenenado, por último se puede analizar el expediente 2/2006 que consiste en la facultad de investigación que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Lidya Cacho, en el cual se pudo observar las diferencias entre los ministros con respecto a la aceptación de diversas teorías que limitan o atenúan la exclusión de la prueba ilícita que si bien ganaron los ministros que se oponían a estas cuando menos existe un precedente de que algunos de los ministros están a favor de ellas como lo fueron los ministros Góngora Pimentel, Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Silva Meza, dos de estos ministros actualmente fuera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por distintas razones.

Séptima. En el derecho comparado nace todo lo relacionado a la exclusión de la prueba ilícita y a las excepciones que hasta ahora son aceptadas, el primer país que inicia con el análisis de esta teoría es Estado Unidos de América en donde nace la regla de exclusión, pero también es de los primeros países en donde se comienzan a aceptar y a aplicar las teorías que limitan o exceptúan a esta regla, como lo son la buena fe, la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada.

En España se tiene en la ley la principal fuente en cuanto hace a la exclusión de la prueba ilícita estableciendo en la Ley Orgánica del Poder Judicial de España que: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” y en este país el principal método que se utiliza como excepción a la exclusión es el principio de proporcionalidad.

Existen otras teorías que pueden aplicarse a la exclusión que se retoman en otros países como las actuaciones exclusivamente privadas en Chile, sin lugar a dudas existe la tendencia mundial de imponer la nulidad o exclusión de cualquier prueba ilícita, también se retoman las teorías que atenúan o incluso permiten la total utilización de estas pruebas.

Octava. Entre las principales teorías que se utilizan como excepciones o limitantes a la regla de exclusión de la prueba están: la actuación de la buena fe, que consiste en creer en que los policías de manera específica obtuvieron pruebas violando derechos fundamentales, pero actuaron de conformidad porque creían que su actuar era correcto.

La segunda teoría es la del descubrimiento inevitable este límite consiste en que si bien esta prueba no se obtuvo de forma independiente de la prueba obtenida de alguna otra forma la prueba se hubiera obtenido tarde o temprano por algún otro medio.

El hallazgo casual es la tercer teoría en contra de la exclusión de la prueba, es aquel descubrimiento de material probatorio respecto de un determinado delito del cual no se tenía noticias con anterioridad cuando menos por los agentes intervinientes.

La cuarta, es la doctrina de la fuente independiente y en ella se establece que no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, por la sencilla razón que en estos casos simplemente dicha prueba no es derivada de la ilicitud es decir aquí no se configura el llamado fruto del árbol envenenado.

La siguiente teoría es la del vínculo atenuado, en la cual se dice que la relación entra la prueba ilícita y las derivadas de ésta se van perdiendo por diversas razones hasta que queda muy endeble el vínculo entre éstas a tal grado que se puede utilizar sin violar derechos fundamentales. La penúltima es el saneamiento de la prueba ilícita, que no es otra cosa que la incorporación legítima de la prueba obtenida ilícitamente mediando la voluntad saneadora del afectado, la ultima teoría será materia de la siguiente conclusión.

Novena. El último de los principios que limitan la exclusión de la prueba ilícita analizado en este trabajo es el de proporcionalidad, el cual postula que al

estar en juego dos derechos fundamentales en un juicio debe prevalecer el de mayor valía, para tomar la decisión de excluir o no la prueba ilícita se utilizaría este principio basándose en que sea idóneo, necesario y equilibrado.

Para mí este principio es el más importante en cuanto a su aplicación, pues persigue el fin de todo lo que es la justicia, es importante recordar que la Carta Magna define el objeto del proceso penal, el cual será, el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, la debida aplicación de este principio ante la encrucijada que implica excluir una prueba ilícita con el riesgo de dejar impune un delito, es menor, pues se consideraría y ponderarían dos derechos, uno el del imputado y otro de la víctima, en busca de la justicia que es dar a cada quien lo que le corresponde.

Décima. El problema no es la regla de exclusión de la prueba ilícita, por que estoy a favor de la protección de los derechos fundamentales sino los límites que se le deben poner a ésta, pues de lo contrario se estaría bajo la consigna de que al momento que se alegue por parte de la defensa una violación a los derechos del imputado para obtener una prueba se debería dejar de tener como nula dicha prueba, sin valorar el fondo de este alegato. Si se sigue el supuesto que marca actualmente nuestra constitución se podría llegar a un estado muy grave de impunidad y, por lo tanto, no se estaría alcanzando lo que marca la misma Constitución como objetivo del derecho penal.

Décima primera. Aun falta mucho por hacer con respecto a este tema en todos los ámbitos partiendo principalmente con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que imitando a sus homólogos en otras partes del mundo puede empezar a profundizar en el cómo los jueces van a aplicar la exclusión de la prueba en los casos que se les presenten, aunque también creo que la misma constitución deja abierta la posibilidad de que sean éstos actores de impartición de justicia, los jueces, quienes tomen la delantera en la utilización de estas teorías pues los faculta para valorar de manera libre y lógica las pruebas que se

presenten ante ellos, pero daría mayor certeza que nuestro máximo tribunal sea el que establezca clara pero, sobre todo, de manera justa, los límites que se pueden aplicar a esta exclusión de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales; o aún mejor que sean nuestros legisladores quienes plasmen esta posibilidad empezando en nuestra Carta Magna y siguiendo en los códigos procesales penales, tanto federal como locales, pues de lo contrario los nuevos códigos deberán asumir la exclusión sin mayores matices, sin considerar que la regla de exclusión de toda prueba admite excepciones.

Décima segunda. Estoy convencido de que es necesario que se apliquen las diferentes teorías y principios que limitan la exclusión de la prueba ilícita, aprovechando la experiencia que tienen otros países con respecto a este tema, pues con la correcta aplicación de estos se podría evitar la impunidad de los delincuentes pero, sobre todo, como se ha planteado muchas veces en este trabajo se eludiría la doble victimización de las personas que sufrirían al ver que el delincuente que les hizo daño queda impune por los errores de la autoridad, pues ahí que recordar que lo que sanciona la exclusión es el actuar de éstas y la víctima siendo inocente, termina pagando por el actuar, como dije yo no me opongo a que se sancione a los policías o autoridades que violan los derechos fundamentales, a lo que sí me opongo es que sean las víctimas del delito quienes sufran el mal actuar de estas autoridades, pues ellas no son parte del fin que persigue la regla de exclusión y, sin embargo, al sancionar a los que violan estos derechos sí se cumplen los objetivos de ésta, sin necesidad de afectar a la víctima.

Décima tercera. Se debe de preservar el principio de la búsqueda de la verdad como fin de todo proceso, pues el interés colectivo es esclarecer los hechos, para con ello asegurar el orden jurídico, y el interés igualmente colectivo de la protección de los derechos fundamentales legalmente establecidos.

También se debe tomar en cuenta el argumento de evitar la doble sanción, pues se debe evitar la acumulación de sanciones que supondría la inadmisibilidad de la prueba ilícita y la responsabilidad que la misma puede originar para quien la obtuvo de esa forma.

*“EL VER NO ES TODAVÍA SABER,
NADA SE SABE MIENTRAS NO SE PENETRA EN LO ÍNTIMO DE LAS COSAS”
AUGUSTO ROA BASTOS*

FUENTES CONSULTADAS.

BIBLIOGRÁFICAS.

1. ALCALÁ ZAMORA, Niceto. La prueba civil, Arayú, Buenos Aires, 1955.
2. ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Ediar, Buenos Aires, 1956.
3. ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *et al.* EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2005.
4. ASECIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida, Trivium, España, 1989.
5. BACIGALUPO, Enrique. Tipo y error, Hammurabi, Buenos Aires, 1988, p. 144.
6. BAYTELMAN, Andrés. *et al.*, Litigación penal. Juicio oral y prueba, primera reimpresión, FCE-INACIPE, México, 2008.
7. CAFERRATA NORES, José Í. La prueba en el proceso penal, Ediciones Depalma, Argentina, 1998.
8. CASANUEVA REGUART, Sergio. Juicio oral. Teoría y práctica, Porrúa, México, 2008.
9. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de procedimientos penales, editorial Porrúa, México, 1979.

10. COLOMA CORREA, Rodrigo. La prueba en el nuevo proceso penal oral, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003.
11. COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan. Estudios de derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires, 1979.
12. COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires, 1958.
13. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El proceso penal. Teoría y práctica, tercera edición, Palestra Editores, Perú, 1998.
14. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *et al.* La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial, 2ª edición Aranzadi, Madrid, 2000.
15. DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo. (coord.) La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007.
16. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, T. I, 5ª edición, Temis, Buenos Aires, 2002.
17. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas penales, Editorial Porrúa, México, 1982.
18. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, [En línea]. Disponible:
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=document
o. 10 de Enero de 2011. 4:12 PM.
19. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, [En línea]. Disponible:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=confrontacion. 12 de Enero de 2011. 6:46 PM

20. ENRIQUE PALACIO, Lino. La prueba en el proceso penal, Abeledo-Perrot, Argentina, 2001.
21. FAIREN GUILLEN, Víctor. Teoría General Del Derecho Procesal, Editorial UNAM, México, 1992.
22. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.) La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de justicia penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009.
23. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México, 1994.
24. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 2, Chile, 2005.
25. JAUCHEN M., Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
26. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal, Barcelona, 1981, p. 412.
27. LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal, Ejea, Tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963.
28. MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal, Tr. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín Ejea, Buenos Aires, 1990.

29. REYES MEDINA, César. (coord.) Módulo IV para Defensores Públicos. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, USAID, Colombia, 2005.
30. SÁNCHEZ GIL, Rubén. El principio de proporcionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
31. SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Medios de prueba en el proceso penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.
32. SOTOMAYOR LÓPEZ, Oscar. Práctica Forense de Derecho Penal, UBIJUS, México, 2007.
33. VARELA ORTEGA, Soledad. Morfología léxica: la formación de palabras, Gredos, Madrid, 2005.
34. ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La prueba ilícita, Lexis Nexis, Chile, 2004.

BIBLIOGRAFIA METODOLÓGICA

1. WITKER, Jorge. La investigación jurídica, McGraw-Hill, México, 1998.

HEMEROGRAFÍA.

1. ARMENTA DEU, Teresa, “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias”); IUS ET PRAXIS, anual, Vol. 13, N° 2351, Chile, 2007. pp, 1-60.
2. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [En línea]. Disponible:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/inf/inf21.html>

15 de Enero de 2011. 5:00 PM

3. ECHARRI CASI, Fermín Javier. “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, Trimestral, Revista Poder Judicial, n° 69, España, 2003. pp, 54-123
4. GONZÁLEZ MONTES, José Luis. “La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales”, Revista de derecho procesal, número 1, España, 1990, pp, 31.
5. IBARRA PALAFOX, “Contra la impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lidya Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”; Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, semestral, número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pp, 427-470
6. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: PREGUNTAS Y RESPUESTAS. Secretaría del Tribunal.

LEGISLATIVAS.

NACIONALES.

1. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código de Comercio.
3. Código Federal Penal Federal.
4. Código Federal De Procedimientos Penales.

5. Código Penal Para El Estado De México.
6. Código Penal para el Distrito Federal.
7. Código De Procedimientos Penales Para El Estado De México.
8. Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal.

EXTRANJERAS.

1. Constitución Política De Colombia [En línea]. Disponible:
presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf 24 de Febrero de 2011. 7:31 PM.
2. Constitución Española [En línea]. Disponible:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.html> 16 de Febrero de 2011. 10:40 PM
3. Constitución Política del Perú [En línea]. Disponible:
<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> 4 de Marzo de 2011. 4:00 PM.
4. Constitución de la Provincia de Córdoba Argentina [En línea]. Disponible:
http://www.legiscba.gov.ar/cprov_main.asp 20 de Febrero de 2011. 5:16 PM
5. Ley 906 De 2004 Nuevo Código De Procedimiento Penal Colombiano [En línea]. Disponible:
[http://200.26.152.57/SIDN15/Archivos/Normatividad/Legislación%20Nacional/Leyes%20de%20Colombia/Leyes%202004%20\(%20873%20-%20939\)/Ley%20906%20de%202004%20Nuevo%20Codigo%20de%20Procedimiento%20Penal.Doc](http://200.26.152.57/SIDN15/Archivos/Normatividad/Legislación%20Nacional/Leyes%20de%20Colombia/Leyes%202004%20(%20873%20-%20939)/Ley%20906%20de%202004%20Nuevo%20Codigo%20de%20Procedimiento%20Penal.Doc) 24 de Febrero de 2011. 9:00 PM

6. Ley Orgánica Del Poder Judicial De España [En línea]. Disponible: http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/pi_examinarlegislacion.html&dkey=11&TableName=PJLEGISLACION 16 de Febrero de 2011. 10:40 PM

JURISPRUDENCIALES

1. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Distrito, Novena Época, Tesis de Jurisprudencia, página 1490, PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS.
2. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Tesis Aislada, página 413, 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. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Tesis Aislada, página 3182, DILIGENCIA DE INSPECCIÓN MINISTERIAL PRACTICADA EN UN LOCAL COMERCIAL ABIERTO AL PÚBLICO (DOMICILIO PARTICULAR). ASEGURAR OBJETOS DE UN POSIBLE DELITO ENCONTRADOS EN ÉL CONSTITUYE VERDADERAMENTE UN CATEO ILEGAL QUE, AL PRACTICARSE SIN LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TRAE COMO CONSECUENCIA QUE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN AQUÉLLA CAREZCAN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.

ELECTRÓNICAS

1. <http://www.setec.gob.mx/reformac2.html> 14 de Febrero de 2011. 4:00 PM.
2. [La prueba ilícita penal y su efecto reflejo](#), [En línea]. Disponible: <http://vlex.com/vid/prueba-ilicita-penal-efecto-reflejo-102953> 17 de Febrero de 2011. 11:00 AM.
3. Página oficial del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile. www.ministeriopublico.ch/.../Prueba%ilicita%202002.doc 20 de Febrero de 2011. 12:00 PM.
4. Pagina oficial del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile [En línea]. Disponible: www.ministeriopublico.ch/.../Prueba%ilicita%202002.doc 20 de Febrero de 2011. 12:00 PM
5. http://ceja.cl/portal/index.php/en/virtual-library/virtual-library/doc_details/2478-la-exclusion-de-prueba-obtenida-por-inobservancia-de-garantias-fundamentales-algunos-criterios-en-juzgados-de-garantia-y-en-la-i-corte-de-apelaciones-de-santiago 20 de Febrero de 2011. 4:50 PM.
6. Sentencia de Tribunal Constitucional. [En línea]. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html> 11 de Marzo de 2011. 8:04 PM.
7. Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [En línea]. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/> 24 de Marzo 2011. 11:17 PM

8. Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [En línea]. Disponible:

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf 28 de Marzo
2011. 9:00PM