

LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA, ESTUDIO COMPARADO CON LA ACTUALIDAD MEXICANA

Fernando Alday López Cabello

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/659086>



<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.ca>

Aquesta obra està subjecta a una llicència Creative Commons Reconeixement

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento

This work is licensed under a Creative Commons Attribution licence



Universitat de Girona

UNIVERSITAT DE GIRONA

TESIS DOCTORAL

**La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio
comparado con la actualidad mexicana.**

Fernando Alday López Cabello.

2018

Doctorado en Derecho, Economía y Empresa.

Directoras de tesis:

Dra. Teresa Armenta Deu.

Dra. Silvia Pereira Puigvert.

Dra. Susanna Oromi Vall-Ilovera.

Para optar por el título de Doctor por la Universidad de Girona.

Lista de abreviaturas.

ATS – Auto del Tribunal Supremo

BGH – *Bundesgerichtshof*, Corte Suprema de Alemania.

BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, Decisión de la Corte Suprema en materia Criminal.

BVerFG – *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Alemán.

CE – Constitución Española.

CNPP – Código Nacional de Procedimientos Penales.

CPEUM – Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DDFF – Derechos Fundamentales.

DDHH – Derechos Humanos.

DOF – Diario Oficial de la Federación.

ECtHR o TEDH – *European Court of Human Rights*, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

EEUU – Estados Unidos.

EPPO – *European Public Prosecutors Office*, Fiscalía Europea.

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrIm – Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGPIST – Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

LO – Ley Orgánica.

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial.

MF – Ministerio Fiscal.

MP – Ministerio Público.

PJF – Poder Judicial de la Federación.

SCJN – Suprema Corte de Justicia de la Nación.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

TC – Tribunal Constitucional.

TS – Tribunal Supremo.

UE – Unión Europea.

Índice.

Índice.	5
Capítulo primero. Introducción.	18
I. Metodología empleada en el estudio de derecho comparado.	26
Capítulo segundo. La regla de exclusión de la prueba ilícita en España.	29
I. Introducción.	29
II. Antecedentes.	30
1. Adolf Schönke y su influencia en la regulación y tratamiento de la prueba prohibida en España.....	30
2. El tratamiento constitucional de las pruebas prohibidas.....	33
2.1. Previo a la Constitución de 1978.....	33
3. La Constitución Española de 1978.....	37
3.1. Derechos fundamentales en la Constitución Española. Reconocimiento, vías de limitación y su relación con el ámbito probatorio y la regla de exclusión.	37
3.2. La regulación en materia de prueba en la Constitución Española.	42
III. La STC 114/1984 de 29 de noviembre.	48
1. Antecedentes e importancia.	48
2. Análisis del contenido de la sentencia.	52
2.1. La garantía de inadmisión y su independencia del derecho fundamental vulnerado.	53
2.2. La posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolables como garantía de inadmisión de la prueba ilícita.	54
2.3. La inexistencia de un derecho fundamental autónomo que impida la admisión de prueba ilícita.	56
2.4. La garantía objetiva de la inadmisión de las pruebas ilícitas.	58
2.5. Posibilidad o prohibición de la valoración de la prueba refleja o derivada y la introducción de la teoría del fruto del árbol envenenado.....	60
2.6. La aplicación del régimen de nulidad como resultado de la admisión de prueba ilícita.	61
2.7. Las referencias a doctrina extranjera en el cuerpo de la STC 114/1984.....	63
IV. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.	66
1. El Artículo 11.1 LOPJ.....	66
2. El necesario complemento al art. 11.1 LOPJ, el artículo 287 LEC.....	79
2.1 Art. 238 LOPJ y el régimen de nulidad como vía de tratamiento para la prueba irregular.....	80
V. El concepto, tratamiento y eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España entre 1984 y 1998 (previo a la STC 81/1998).	84

1. El concepto de prueba ilícita en el sistema legal español.	84
2. Evolución doctrinal y jurisprudencial con respecto al concepto y tratamiento de la prueba ilícita en España.	90
2.1. El fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España.....	91
2.1.1. <i>El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.</i>	93
2.1.2. <i>La presunción de inocencia.</i>	94
2.1.3. <i>El derecho a la tutela judicial efectiva.</i>	99
2.1.4. <i>El derecho al proceso con todas las garantías.</i>	99
2.2 La eficacia de la prueba ilícita según la evolución jurisprudencial en la materia.....	102
3. Tratamiento procesal de la prueba ilícita.	112
3.1. Supuestos de obtención de prueba ilícita en el proceso penal español.	112
3.2. Momento en que ocurre la ilicitud probatoria.....	113
3.3. Efectos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.	116
VI. La STC 81/1998 de 2 de abril y la teoría de la conexión de antijuridicidad.	121
1. Construcción y efectos de la teoría.	125
2. La transición del fundamento constitucional de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.	139
3. Críticas a la doctrina de la conexión de antijuridicidad.....	140
3.1. La insuficiencia del argumento que afirma que los derechos fundamentales no son absolutos, argumento que facilita la aplicación de la excepción a la garantía de exclusión.....	141
3.2. La dudosa independencia del medio de prueba y la lesión del derecho fundamental.	143
3.3. La insuficiencia de criterios extra-jurídicos como elementos restrictivos de derechos fundamentales.	147
3.4. La indeseable restricción del ámbito enjuiciador del TC sobre derechos fundamentales en relación a la presunción de inocencia, la inadmisión de prueba ilícita y los posibles efectos de invasión de competencias a nivel división de poderes por la vía de interpretación.	148
3.5. La práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional.	150
VII. Tendencias jurisprudenciales del TC y el TS en materia de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones.	152
1. La excepción de la confesión voluntaria del inculpado.	152
2. La tendencial aproximación al efecto disuasorio.	156
3. El caso “Falciani” y la obtención de pruebas por terceros.....	160

VIII. La prueba ilícita y los medios tecnológicos en la actual regulación y la perspectiva a futuro del tratamiento. Las propuestas de reforma a la LECrim.	170
1. La prueba ilícita y los medios tecnológicos en la actual regulación.	170
1.1. Actual regulación y tratamiento jurisprudencial.	174
2. El anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011.	178
2.1. La regulación de los actos de investigación.	178
2.1. Declaración del investigado.	179
2.2. Interceptación de comunicaciones.	180
2.3. Garantías del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba.	182
3. Proyecto del Código Procesal Penal español de 2013.	184
3.1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.	185
3.2. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.	186
4. Las reformas a la LECrim de 2015.	187
4.1. Detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica.	189
4.2. Medidas de investigación tecnológica.	190
Capítulo tercero. La regla de exclusión de la prueba ilícita en México.	192
I. Introducción.	192
II. Introducción al proceso penal mexicano.	193
1. Breve síntesis histórica del desarrollo del Derecho Procesal Penal en México.	193
1.1. Antecedentes a nivel Constitucional.	193
1.2. Codificación en materia penal.	201
1.3. Codificación en materia procesal penal.	206
2. El Ministerio Público en México.	214
2.1 Antecedentes.	214
2.2. El desarrollo de la figura del Ministerio Público en México.	216
2.3. Elementos que distinguen las figuras del Ministerio Público mexicano y el Ministerio Fiscal español.	221
3. El Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Jurisprudencia en México.	223
3.1. El Poder Judicial de la Federación.	223
3.2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación.	224
3.3. La Jurisprudencia en México.	225
3.3.1. <i>Las Tesis Aisladas</i>	231
III. La regulación de la prueba ilícita en México, evolución jurisprudencial y normativa.	232
1. Panorama general de la evolución del concepto, tratamiento y exclusión de la prueba ilícita en el ámbito jurisprudencial, casos relevantes para la formación de la regla de exclusión y su contenido.	232

1.1. El caso Acteal.	232
1.2. El caso Lydia Cacho.	234
1.3. El caso Rubí.	235
1.4. El caso Florance Cassez y la doctrina del efecto corruptor del proceso penal.	237
2. Panorama general de la evolución del concepto, tratamiento y exclusión de la prueba ilícita en el ámbito normativo.	239
2.1. Momento previo a la adopción del sistema acusatorio.	241
2.2. Las reformas procesales previas a la reforma constitucional de 2008. Los estados pioneros en la implementación.	249
2.3. La entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008. La creación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México.	250
2.4. La entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales y la regulación adjetiva de la regla de exclusión y sus efectos.	251
IV. La actual regulación de la prueba ilícita en México.	253
1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	253
2. La prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales.	258
3. La Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.	262
4. La Ley de Seguridad Interior.	266
V. Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el sistema procesal penal mexicano.	270
1. Momento en que se puede apreciar la existencia de la ilicitud.	270
1.1. Tratamiento previo a la fase de juicio.	271
1.2. Tratamiento en fase de juicio oral.	273
2. Incidencia de la carga de la prueba.	274
3. Efectos de la declaración de ilicitud.	275
VI. Supuestos de excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en México.	277
VII. Obstáculos para el adecuado desarrollo y aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México.	284
1. Un caso de estudio. El amparo directo 292/2016 de 20 de febrero de 2017 y los criterios para la valoración de la prueba ilícita en los tribunales mexicanos.	284
2. La inadvertida naturaleza jurídica de la regla de exclusión de la prueba ilícita según el derecho mexicano.	287
3. La prueba ilícita, la prueba irregular y su tratamiento por las vías de nulidad y exclusión.	289
Conclusiones.	292
Bibliografía.	309
Legislación (España).	325

Legislación (México).....	325
Jurisprudencia nacional (España).	326
Jurisprudencia y criterios nacionales (México).	330
Jurisprudencia de órganos internacionales.	335
Jurisprudencia extranjera.	336
Documentos y recursos electrónicos.....	337



La Dra. Teresa Armenta Deu, Dra. Silvia Pereira Puigvert y Dra. Susanna Oromi Vall-Ilovera, de la Universitat de Girona,

DECLARAMOS:

Que el trabajo titulado *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con actualidad mexicana*, que presenta Fernando Alday López Cabello para la obtención del título de doctor, se ha realizado bajo nuestra dirección y que cumple con los requisitos para poder optar a Mención Internacional.

Y para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmamos el presente documento.

Dra. Teresa Armenta Deu.

Dra. Silvia Pereira Puigvert.

Dra. Susanna Oromi Vall-Ilovera.

Girona a 5 de marzo de 2018.

Agradecimientos.

Agradezco en primer lugar a mis padres, por el apoyo incondicional en el largo camino que ha llevado hasta la presentación de este trabajo.

A la Dra. Teresa Armenta, por recibirme como parte de su familia, mantenerme en línea, acompañarme durante el desarrollo de la investigación y por preocuparse más de la cuenta por asegurarse que se alcanzaran todas las metas y objetivos planteados. Estoy seguro que seguiré aprendiendo mucho de sus enseñanzas.

A la Dra. Silvia Pereira, por todo el trabajo que ha invertido en ver que esta empresa llegara a buen puerto, preocupándose más allá de lo humanamente exigible en las tareas de guía, revisión y trámites varios.

A la Dra. Susanna Oromí, por el tan amable recibimiento, la apreciada ayuda y la necesaria guía en las tareas de investigación.

Al Dr. Guillermo Ormazabal, a la Dra. Dolors Canals y a la Dra. Cristina Sala por su amistad, guía y el espacio de reflexión prestado.

Al Dr. Luca Luparia por el cálido recibimiento en la Universidad Roma III.

A Anna, por tanto amor y el hacer más llevaderas las actividades propias de la solitaria tarea de investigación.

A Jorge y Agustina, entrañables compañeros con quien he compartido tantas experiencias y aprendizaje.

La presente tesis doctoral ha sido posible gracias a la financiación de las Ayudas para contratos Predoctorales BES-2014-068313 del año 2014, otorgada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España.

Resumen.

El presente estudio tiene como objetivo delimitar el origen y desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema legal español. Esta regla, creada a partir de la interpretación de la *exclusionary rule* estadounidense y la interpretación de la doctrina alemana de las prohibiciones probatorias, se ha desarrollado a lo largo de más de 30 años en España, tiempo suficiente para que la doctrina y la jurisprudencia le hayan formado de una manera particular a través de la práctica, dotándole de una regla de interpretación propia, la denominada conexión de antijuridicidad. Esta tradición y larga trayectoria destaca por su particular estructura, a la par que continúa una tendencia de actualización apegada al desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Por otro lado, los retos que presenta el actual tratamiento de la regla de exclusión, relacionados a los medios de investigación tecnológicos, se vislumbra como el gran obstáculo a sortear, a efectos de encontrarnos en condiciones de determinar el futuro de la aplicación de la regla. Esta invaluable experiencia, es de obligado estudio para los juristas mexicanos, quienes sienten especial apego al sistema jurídico español, dada la estrecha relación entre ambas tradiciones jurídicas, ligadas desde el origen común del derecho colonial. Si bien el sistema procesal penal en México sufrió un cambio drástico en 2008, la experiencia y articulada doctrina española deberá resultar muy útil en el desarrollo de la relativamente nueva regla de exclusión, ubicada en el texto constitucional mexicano, dotando al derecho de este país de una estructura sólida para el adecuado desarrollo de esta teoría.

Resum.

El present estudi té com a objectiu delimitar l'origen i el desenvolupament de la regla d'exclusió de la prova il·lícita en el sistema legal Espanyol. Aquesta regla, creada a partir de la interpretació de la *exclusionary rule* estadounidense i la interpretació de la doctrina alemana de les prohibicions probatòries, s'ha desenvolupat al llarg de més de 30 anys a Espanya, temps suficient per a que la doctrina i la jurisprudència l'hagin format d'una manera particular a través de la pràctica, dotant-la d'una regla d'interpretació pròpia, la denominada connexió d'antijuridicitat. Aquesta tradició i llarga trajectòria destaca per la seva particular estructura alhora que continua una tendència d'actualització aferrada al desenvolupament de la jurisprudència del Estats Units. Per altra banda, els reptes que presenta l'actual tractament de la regla d'exclusió, relacionats als mitjans d'investigació tecnològics, s'albira com el gran obstacle a evitar, a efectes de trobar-nos en condicions de determinar el futur de l'aplicació de la regla. Aquesta invaluable experiència, és d'obligat estudi per als juristes mexicans, els qui senten especial afecció al sistema jurídic espanyol, donada l'estreta relació entre ambdues tradicions jurídiques, lligades des de l'origen comú del dret colonial. Si bé el sistema processal penal a Mèxic va patir un canvi dràstic el 2008, l'experiència i articulada doctrina espanyola haurà de resultar molt útil en el

desenvolupament de la relativament nova regla d'exclusió, ubicada en el text constitucional mexicà, dotant al dret d'aquest país d'una estructura sòlida per a l'adequat desenvolupament d'aquesta teoria.

Abstract.

The present study's objective is to develop a comprehensive explanation on the origin and development of the exclusionary rule in the Spanish legal system. This rule, created from the interpretation of the exclusionary rule in the American Supreme Court and the German doctrine of evidentiary prohibitions, has been in constant expansion for the best part of the last 3 decades, sufficient time to have evolved into a particular rule, shaped by practice, resulting in a proper exclusionary rule, along with its particular rule of interpretation, the *conexión de antijuridicidad*. This legal tradition and long trajectory reflects the particular structure it's developed, as it keeps evolving in a parallel line to American interpretation of the rule. On the other hand, the challenges awaiting the next stage of the rule, related to the actual treatment of new investigative techniques, closely related to technology, seems to be the next big hurdle in the development of the exclusionary rule and its application in the near future. This invaluable experience is an obligated study subject to Mexican jurists, who already feel a special affection towards the Spanish legal system, as it's so closely related to their own. Even if the Mexican legal system suffered a drastically change with the constitutional reforms of 2008, the experience and articulated Spanish doctrine and jurisprudence should prove itself fundamental in the development and evolution of Mexico's new exclusionary rule, allocated in the constitution itself, providing a strong and sturdy structure for the adequate application of the theory.

Capítulo primero. Introducción.

En el ejercicio del *ius puniendi* el Estado aprovecha la totalidad de sus recursos para buscar la aplicación efectiva de la sanción a las conductas que rompen con el *status quo* de equilibrio social que este persigue. Esta manifestación del poder Estatal, representada en el mundo fáctico a través del ejercicio del proceso penal, encuentra su cauce en la orientación, tradicionalmente epistemológica, del mismo, la cual se avoca a la búsqueda de una verdad material, que sustente la legitimidad de su acción. La experiencia brindada por el pasado demuestra, de manera contundente, que los excesos en los métodos para la búsqueda de tal verdad acarrearón consecuencias que terminaron por debilitar la legitimación del Estado, en tanto los procesos inquisitivos puros, a través de tortura, buscaban a toda costa la condena, muchas veces desproporcionada, por la comisión de hechos de poca trascendencia social. La lección a considerar de tan terribles experiencias es clara: “*La verdad no puede ser obtenida a cualquier precio*”. Aún y cuando cabe perseguir “un determinado grado de verdad” o, como mejor lo expresa CARNELLUTI, una “*obtención formalizada de verdad*”¹, no se puede anteponer la consecución de la misma a los intereses y derechos de los ciudadanos². Este es, sin lugar a dudas, uno de los postulados más trascendentales de la visión garantista del proceso penal³ y pilar de la concepción moderna de la persecución de los delitos.

La falta en la determinación de límites en el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso penal entraña el riesgo de la lesión a valores colectivos e individuales, con la consecuencia simultánea de descalificación del poder estatal. Esta realidad obliga a desplazar el valor de la búsqueda de la verdad a un espacio contingente, dotando de relevancia y preferencia a la estricta aplicación de la ley en materia del

¹ CARNELLUTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. Ed. Depalma. 1982.

² Y es que cabe recordar las palabras de MONTERO AROCA, para quien la búsqueda exacerbada de la verdad material se funda en un “*mito inmerso en la más rancia concepción autoritaria del Estado, concepción que incluso puede calificarse de totalitaria*”. MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 289.

³ Así lo identifica en gran medida DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 7.

proceso⁴. En tal sentido, la determinada “limitación” a la verdad resulta, como no podría ser de otra manera, de una auto imposición por parte del Estado, ideada como método para mantener la legitimidad de su actuación y se manifiesta, principalmente en uno de sus planos, en la creación y aplicación del llamado principio de legalidad⁵. Este respeto al principio de legalidad, con el correspondiente alcance del contenido atribuido al derecho al debido proceso, puede interpretarse como la clave principal en la interpretación del fundamento de existencia de la regla de exclusión de prueba ilícita en un sistema jurídico moderno⁶.

Siguiendo esta premisa, es fácil comulgar con la manifestación vertida por ARMENTA DEU, para quién en los países de tradición jurídica continental (como el caso de España y México), el principio de legalidad encuentra, a través de la prueba ilícita y su correspondiente regla de exclusión, un exponente de su proyección sobre su actividad probatoria⁷. Así, establece la autora que, en estos países: “*la prueba ilícita figura como exponente del principio de legalidad penal*”⁸. Esta afirmación acarrea importantes características que deben, necesariamente, trasladarse a la construcción de la llamada regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida y, en general, al tratamiento que se da a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales en dichos sistemas legales, con especial énfasis en las características con las que cada sistema dota, de manera particular, a su interpretación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus alcances.

⁴ Esta limitación ha sido identificada a lo largo de la historia por varios tribunales constitucionales en distintas épocas, entre las más relevantes, por la claridad de su análisis cabe mencionar a la Corte Suprema de Alemania identifica que “*La búsqueda de la verdad a cualquier precio no es un principio del proceso penal*”. BGHSt (1960) 14, 358, 365.

⁵ GUARIGLIA destaca la importancia que cobra en este sentido la tesis sostenida por BELING, con respecto al carácter imperativo que dicho autor atribuye a las prohibiciones probatorias. Vid: GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: Jueces para la democracia No. 26. 1996, p. 78.

⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 22.

⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. *Revista Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, p. 346. Posición también respaldada por: RUIZ VADILLO, Enrique. *Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.* En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 42.

⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 22.

Es a través de la creación de estos enfoques, constituidos a partir de elementos similares y matizados por la interpretación y desarrollo propio, que se perfila el tratamiento que un sistema legal específico, da a la materia probatoria, mediante la ponderación de los principios que entran en tensión en el marco del proceso penal, originalmente identificados por GÖSSEL⁹:

“Se trata de una encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales¹⁰”.

La tradicional proyección del contraste entre intereses ha rendido frutos en materia probatoria a través del establecimiento de lo que se denominan “límites a la prueba” y, en específico, las llamadas prohibiciones probatorias. ARMENTA DEU recuerda que la prueba ilícita patentiza dicha tensión, al encontrarse en el límite entre la actividad estatal de búsqueda oficializada de la verdad material (como objeto del proceso) y la tutela de los derechos fundamentales¹¹, entendida esta última meta como la gran pretensión de validez del estado democrático moderno¹², al llevar a cabo el ejercicio del *ius puniendi*.

Estos derechos fundamentales, identificados en el interior del llamado *status libertatis* del individuo¹³, suponen el reconocimiento de una esfera de libertad para los ciudadanos que exige, por parte de los poderes públicos, una garantía de respeto, que impide la directa intromisión del Estado en dicha esfera, en tanto la

⁹ GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho*. Obras completas. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2007, pág. 146.

¹⁰ En tanto que, según afirma VESCOVI, esta protección del ámbito privado también tiene un carácter “público”. En: VESCOVI, Enrique. *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una aproximación comparatista entre el “civil law” y el “common law”*. En: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Núm. 2. 1970, pp. 341-384. Posición también respaldada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex. 1990.

¹¹ ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. *Revista Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, p. 347.

¹² BACHOF, Otto. *Grundgesetz und Richtermacht*. Traducción de BERCOVITZ, Rodrigo. “Jueces y Constitución”. Madrid. Editorial Civitas. 1985, pp. 27-28.

¹³ Según la clasificación propuesta por JELLINEK en: JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. (Sistema de los derechos públicos fundamentales), de 1892.

misma se configura como un derecho de libertad de carácter *reaccional* frente al Estado para exigir su no injerencia ante su eventual vulneración¹⁴.

Para GUARIGLIA, los argumentos identificados en la tensión expuesta se pueden resumir en la contraposición de la falibilidad de la tesis que sostiene que la verdad equivale a un valor absoluto en el marco del proceso y la veda autoimpuesta por el Estado a efectos de hacer valer la pretensión punitiva sustentada en información adquirida de manera irregular, interpretados desde un argumento de carácter pragmático cuyo resultado busca reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales como límite a la persecución penal¹⁵.

La solución a dicha encrucijada resulta evidente, “*no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si por ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos*”¹⁶.

Una vez identificado el límite así dispuesto, como uno de naturaleza ético-política, deberá entonces manifestarse sobre la investigación de las conductas penalmente relevantes, a través del llamado principio de proporcionalidad, dado el papel que la tradición jurídica ha aportado a este axioma como informador y habilitante de las llamadas “limitaciones a derechos fundamentales”.

En el ámbito probatorio, sin embargo, parece no contarse con una solución tan pacífica al abordar el particular por esta vía. Partiendo del fundamento que, tradicionalmente, considera la búsqueda de la verdad como el objetivo esencial del proceso penal, debemos atribuir ciertas exigencias a esta búsqueda. En tal aptitud, la respuesta parece encontrarse en la reducción de los requisitos de la prueba – en sentido objetivo – al mínimo, mientras que damos la más amplia libertad a los medios susceptibles de formar convicción¹⁷. A esta dimensión, denominada epistemológica, se le atribuye una función estructural en razón del

¹⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 79 - 114.

¹⁵ GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: Jueces para la democracia No. 26. 1996, p. 78.

¹⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. *Revista Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, p. 347.

¹⁷ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 76.

“como concebir la tarea de adquisición de conocimiento” en el proceso¹⁸, misma a la que se atribuye la tarea de “asegurar que la actividad judicial discurra por cauces acreditados como eficaces para la obtención del conocimiento”¹⁹.

La anterior fórmula explica, dentro el contexto del Estado de Derecho, la relación existente entre las facultades de persecución de la “verdad” del Estado y el ámbito de protección de derechos que el mismo debe proporcionar al ciudadano y da pauta a aclarar, de una vez y por todas, que no existe, bajo ningún concepto, una norma que oriente o rija el proceso penal, misma que permita, a su vez, la averiguación de la verdad a cualquier precio²⁰. Conclusión fácilmente alcanzada, siempre y cuando sea tomada como premisa, la propia finalidad que justifica, en esencia, la existencia de proceso penal.

Esta protección, estructurada a través del sistema de garantías y configurada gracias al reconocimiento que se hace del legislador como el encargado de regular el tema probatorio, debe orientarse a la razonabilidad de la producción probatoria, salvando la equidad de las partes en el marco del proceso²¹. Así, como actividad procesal, la denominada actividad probatoria²² estará sujeta a la más amplia libertad, más “se deben imponer reglas que permitan otorgar valor únicamente a aquellos elementos de convicción que lleguen a juicio mediante procedimiento ajustado al régimen legal”²³ y es que: “No todo vale para la obtención de la certeza; vale sólo el respeto a la voluntad del legislador que se ha expresado,

¹⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 217.

¹⁹ *Ibidem*, p. 242.

²⁰ Al respecto se ha pronunciado el BVerfG y BGH. *Vid*: ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 76. Así mismo el TS ha emitido el ATS 18 de junio de 1992, F.J. 1º, donde manifiesta, siguiendo el pronunciamiento del Supremo Alemán: “La verdad real no puede obtenerse a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad”.

²¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, pp. 157.

²² Asignamos al concepto de “actividad probatoria” la definición aportada por CAFFERATA NORES, quien la define como aquella: “concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba”. CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*. 3ra. Edición. Depalma Ediciones. Buenos Aires. 1998, p. 33.

²³ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, pp. 248.

*después de siglos de experiencia*²⁴. Experiencia que, al día de hoy, nos guía hacia un derecho probatorio preocupado por la tutela y respeto de las garantías de las partes que participan del proceso, en tanto les traslada a estas, la búsqueda, obtención y presentación de los medios probatorios que estimen relevantes al proceso, a fin de hacer valer la pretensión legal que guardan o, en el caso de los procesos denominados “mixtos”, les dota de herramientas para someter a control la prueba recabada por el juez que investiga la causa.

Por otro lado, la reconocida libertad otorgada a la obtención y aportación de los medios de prueba debe sujetarse, necesariamente, a una escala que permita aseverar su fiabilidad. Esta gradación parte del contenido atribuible a las posturas siguientes: La prueba, al ser un concepto procesal, es susceptible de regulación²⁵; las partes deben partir de una situación de igualdad por cuanto hace a la facultad de ofrecimiento de los elementos de convicción y; el procedimiento de obtención de la prueba debe ser “legítimo”, es decir, apegado a la legalidad que rige un sistema constitucional²⁶. Estas reglas, entendidas como un sistema formal por cuanto otorgan los mínimos básicos para la regulación del tema probatorio en un sistema jurídico determinado, son las encargadas de proveer el método de contrastación que dará a la prueba el aspecto de validez. Esta consideración complementa la postura de COUTURE, quien identifica que el procedimiento probatorio se ubica en dos campos. En el primero ubica el conjunto de formas y reglas comunes a todas las pruebas y, en el segundo, el que denomina como “*mecanismo*” de cada uno de los medios.

Dado el conjunto de los elementos descritos es claro que, en suma, son estos los mismos llamados a cumplir la tarea de aportar seguridad al procedimiento penal y a su objetivo, la determinación de una verdad formal, formada a partir de la convicción que los elementos probatorios, traídos al mismo por las partes, en

²⁴ MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 284.

²⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 33.

²⁶ En tanto la ruptura con dicho principio pone en tela de juicio la legitimidad del sistema, al afianzarse este en la búsqueda – ya de por sí limitada – de la verdad, en medios probatorios cuya integridad es dudosa.

igualdad de circunstancias y en estricto apego a la legalidad, que fundan una resolución.²⁷

Como manifestación de los límites impuestos al proceso de investigación y, en específico por cuanto hace a la obtención de elementos probatorios²⁸, encontramos en diversos sistemas legales y como producto de una expresión del llamado efecto garantista²⁹, las llamadas “prohibiciones probatorias como límites a la averiguación de la verdad”³⁰.

Estas prohibiciones, interpretadas en una primera etapa de la realidad jurídica continental europea por BELING³¹ supusieron, en el contexto de un sistema jurídico continental (con las particularidades que el mismo impone, tal como señalaba en párrafos anteriores ARMENTA DEU), el trazo de una clara frontera en la tutela de los llamados derechos fundamentales, mismos que representan el núcleo de derechos básicos del individuo y, como tales, merecen especial protección por parte del texto constitucional³².

En este sentido podemos identificar distintos límites que se imponen a la proposición, obtención y valoración de la prueba. Límites que han sido clasificados

²⁷ ASECIO MELLADO ofrece, como contraposición a esta configuración de “seguridad” el ejemplo de la prueba obtenida mediante tortura y la razón por la cual ha caído en desuso. *Vid:* ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 77.

²⁸ Atribuimos al concepto “elemento probatorio” la definición aportada por VÉLEZ MARICONDE: “Elemento de prueba o prueba, propiamente dicha, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.” VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, p. 314 y T. II, p. 201, y rescatado por CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*. 3ra. Edición. Depalma Ediciones. Buenos Aires. 1998, p. 16.

²⁹ GÓMEZ COLOMER reconoce implícitos, en el reconocimiento sistemático a la garantía de exclusión de la prueba ilícita, dos efectos, el garantista y el de disuasión. *Vid:* GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Anuario de Derecho Penal. 2008, pp. 149.

³⁰ Más tarde identificables, gracias a la influencia de la doctrina norteamericana, como “reglas de exclusión de la prueba ilícita” o “*Exclusionary rules*”.

³¹ BELING, Ernst. *Las prohibiciones probatorias*. Trad. de AMBOS, Kai y GUERRERO, Óscar Julián. Ed. Temis. Bogotá, Colombia. 2009. Traducción de la obra original de 1903: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*.

³² En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, considera que la prueba ilícita “implica una defensa de la posición del sujeto mediante una protección real de sus intereses básicos ante la posibilidad de decisiones de preferencia arbitraria a favor del interés del Estado”. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Teoría de la prueba y Derecho Penal*. Ed. Dykinson. 1990, pp. 60 – 61.

por CAFFERATA NORES y que exponemos a continuación:³³ a) Las pruebas cuya obtención es tachada de ilegal, con la cual haremos referencia a las llamadas pruebas ilícitas, entendidas como aquellas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales o en contravención de mandato constitucional; b) Las pruebas específicamente proscritas por el orden jurídico vigente en función de los métodos de su obtención (coacción física, psicológica, etc.); c) Prevalencia de intereses ante el valor verdad del proceso (lealtad en secreto profesional, no obligación de familiares de declarar en perjuicio, entre otros); d) Prohibiciones contra la autoincriminación del imputado (derecho a no autoincriminarse); e) Uso de fuentes extraprocesales de información (conocimiento privado del juez, denuncia anónima).

La expuesta vinculación entre reglas relativas al ámbito probatorio y la tutela de valores jurídicos reconocidos como relevantes por el Estado merece, en palabras de GASCÓN ABELLÁN, dos consideraciones: Primero, que la garantía de los valores así reconocidos no se agota en el sentido de la regla jurídica de la prueba, sino que también constituyen su razón *justificatoria*(sic) y, segundo, ante la existencia o determinación de tal justificación, la limitación de estas reglas resulta censurable³⁴.

Esta construcción sin embargo, representa dos problemas que el TC no tardó en encontrar. El primero nos lleva al cuestionamiento sobre si la función de la regla de exclusión consiste únicamente en limitar la *utilizabilidad* de medios de prueba obtenidos con violación de derechos fundamentales y, la segunda, si estos derechos fundamentales se erigen como una barrera del todo infranqueable³⁵. El TC estima haber encontrado la respuesta a estas cuestiones en manos del principio de proporcionalidad³⁶, situación que, como veremos más adelante, le ha orillado a la total relativización de los principios aquí expuestos y, con toda franqueza, a la fragmentación total del contenido de la regla de exclusión de prueba ilícita, sobre todo, cuando de prueba ilícita derivada se trata.

³³ CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*. 3ra. Edición. Depalma Ediciones. Buenos Aires. 1998, pp. 17 - 21.

³⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. Jueces para la democracia. No. 52. 2005, p. 55.

³⁵ ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 79.

³⁶ Figura a la que el TC ha recurrido en reiteradas ocasiones, según apunta AGUILAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 14. 1993, p. 30.

En cuanto a la realidad mexicana, en la que apenas se ha incorporado la regla de exclusión de la prueba ilícita de manera reciente, el desarrollo de la conformación de la misma aún deleva un largo trecho por andar, en tanto el establecimiento de una regla a nivel constitucional, importa un muy distinto tratamiento del reconocimiento normativo realizado en el ámbito español. En este sentido, se espera aprovechar, de manera positiva, la experiencia que se ha reunido a lo largo de la productiva doctrina y jurisprudencia españolas en el tratamiento del tema, puesto que se considera de trascendental importancia, desarrollar a paso acelerado, pero con convicción y firme determinación, la regla de exclusión en el sistema jurídico mexicano, dada la relevancia que la misma supondrá en el fortalecimiento del recién establecido proceso penal reformado.

I. Metodología empleada en el estudio de derecho comparado.

La presente obra puede ser considerada, en mayor o menor medida, como un estudio con un componente de derecho comparado, en tanto trata de conciliar la creación, aplicación y desarrollo de un concepto jurídico, como lo es la regla de la exclusión de la prueba ilícita, en distintos ordenamientos jurídicos (como lo son el español y, en menor medida, el mexicano).

En este sentido, parece por demás relevante dedicar al menos un pequeño apartado a la descripción de la metodología utilizada a efectos de llevar a cabo, lo que el nombre sugiere, el componte del estudio de derecho orientado a la comparación de la construcción, interpretación y desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita en ambos sistemas jurídicos. Estudio realizado desde un punto de vista histórico, por cuánto hace a la concepción y desarrollo del elemento jurídico en análisis, el cual no estaría del todo completo, sin el necesario elemento de contrastación, provisto en este caso por la experiencia norteamericana, en su papel de creadora de lo que, hoy en día, se considera la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Si bien consideramos desde un inicio que la multitud de conceptos, antecedentes, relaciones y construcciones dogmáticas, doctrinales y jurídicas presentes en los distintos sistemas jurídicos abarcados en el estudio dificultan el desarrollo de la investigación, se ha puesto especial cuidado en presentar y desarrollar, de la manera más ordenada posible, tanto los antecedentes, composición y evolución

de lo que consideramos una regla de trascendental importancia para el desarrollo del proceso penal en un sistema jurídico moderno.

Pareciera, sin embargo, que las precauciones que pudiésemos tomar en tal sentido se enfrentan a grandes obstáculos, pues aún y cuando sobre el método del derecho comparado pesa la consideración que le equipara a la ausencia de método, estimamos que el sólo ejercicio de contrastación permite el ejercicio de un método de investigación.³⁷

Esta asimilación de la disciplina a un método obedece a dos ideas fundamentales que parece necesario exponer con mayor claridad. En primer lugar la falta de un modelo específico para desarrollar los estudios de derecho comparado y, en segundo momento, a la aún vigente discusión sobre la importancia que la consideración de adherencia a un método específico otorga sobre el valor de la disciplina en si misma³⁸. Es decir, por una parte al pluralidad de diferentes modelos ofrecidos para el desarrollo de los estudios de derecho comparado parece no prestarse a la unificación de dicha disciplina, mientras que por el otro no existe consenso sobre si la multitud de métodos ofrece valor agregado o, por el contrario, resta valor a los estudios en la materia.

Es objetivo del presente estudio, abarcar el análisis de un concepto jurídico presente en distintos sistemas jurídicos, los cuales a su vez, se encuentran estrechamente relacionados, de manera histórica y cultural, y que sólo recientemente han tomado caminos en apariencia divergentes por cuanto hace a la premisa básica del sistema de proceso penal que implementan. Esta meta plantea, sin lugar a dudas, la necesidad de abordar la referida contrastación, aventurando a obtener elementos relevantes, que permitan la mejor comprensión del objeto de estudio.

Por otra parte, más que abordar el estudio de la regla de la exclusión de la prueba ilícita desde una perspectiva funcionalista, como tradicionalmente se realizan los estudios de derecho comparado, consideramos en la más estricta naturaleza *Derridiana*, que el camino por el que se ha optado en el presente estudio es aquél

³⁷ GUTTERIDGE, H.C. *Comparative Law*. 2ª. Edición. Cambridge University Press. 1949.

³⁸ VAN HOECKE, Mark. *Methodology of Comparative Legal Research*. Law and Method, Junio 2015, p. 1.

de la deconstrucción de los elementos que componen la regla de exclusión³⁹. Así, el estudio inicia con la recopilación de los antecedentes que comprenden la identificación de la naturaleza jurídica de la regla de exclusión, así como su incorporación al sistema jurídico respectivo, los elementos que se le atribuyen y, en última instancia, un estudio de su desarrollo bajo la doctrina y jurisprudencia.

Otra de las objeciones más comúnmente planteadas a los estudios de derecho comparado, vienen de la mano de la incapacidad del investigador de producir un estudio “objetivo”, en tanto se estima de difícil cumplimiento el alcanzar la denominada “desconexión” entre el investigador y el sistema jurídico en el que se ha formado. Ante esta protesta, parece oportuno destacar la naturaleza subsidiaria de la investigación que aborda la manifestación de la regla de exclusión en el ámbito legal mexicano, dado que esta ocupa una posición secundaria, relevante en tanto provee de un elemento de contraste al análisis de la materia en el sistema jurídico español y, en última instancia, permite un desarrollo ulterior de los conceptos y resoluciones alcanzados en este. Esta aproximación deberá rendir una serie de premisas y conclusiones útiles para ambos sistemas, a la vez que presenta el marco en el que se desarrollan y exponen las ideas subyacentes a los mismos, dotadas, en más de una oportunidad de interpretaciones que se consideran novedosas.

En este sentido se estima se salvan las objeciones que pudieran plantearse al apartado comparado de este estudio, planteado principalmente a partir de la contraposición de los contenidos específicos de los dos sistemas jurídicos en análisis, el contraste de los mismos con el antecedente norteamericano y, en el apartado final, las conclusiones alcanzadas a través del estudio de ambos sistemas y su oposición.

³⁹ Sin ignorar las advertencias del filósofo, que rechazó en todo momento que la “deconstrucción” consistiera en un método.

Capítulo segundo. La regla de exclusión de la prueba ilícita en España.

I. Introducción.

En el presente capítulo nos ocuparemos del desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema jurídico español, partiendo de los antecedentes que le valieron el reconocimiento y consideración en dicho sistema, partiendo no sólo de la formulación de la doctrina por la Suprema Corte de los Estados Unidos y la interpretación que de ella realizó el TC en la emblemática STC 114/1984, sino de los antecedentes más directamente relacionados al ámbito europeo, partiendo del tratamiento que BELING y SCHÖNKE dieron a las denominadas prohibiciones probatorias y la relevancia que supuso la interpretación de dicha doctrina a efectos de la aplicación de la regla de exclusión, a partir del reconocimiento de la misma en el derecho alemán, importante marco de referencia para el derecho español.

Así mismo, servirá a este apartado, el establecimiento de la regla en la jurisprudencia, considerando el contenido de la STC 114/1984, de trascendental importancia al estudio de la regla y su posterior desarrollo, así como la identificación de su naturaleza jurídica, que parte de dicho contenido y en referencia a la Constitución Española, elementos que permitieron la normativización de la regla en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la identificación del tratamiento distinguido de la prueba ilícita y la irregular, por las vías de exclusión y nulidad, respectivamente, tema que aún presta a confusión.

Posteriormente se abordará el desarrollo y tratamiento de la regla tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, elementos que rendirán un entendimiento avanzado de su estructura y función en España, a la vez que develan la tendencia jurisprudencial en su aplicación y que terminarán por presentar un completo análisis de la situación que guarda actualmente la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales en el proceso penal español.

De este análisis jurisprudencial y doctrinal se desprenderán críticas y planteamientos que atañen a la modificación del fundamento de la regla en el sistema jurídico, las cuales pretenden, no sólo replantear la cuestión de ¿qué tipo de regla de exclusión queremos? Si no que también permiten preguntarnos si la tendencial aproximación al efecto disuasorio como fundamento jurídico, función que la propia jurisprudencia le ha reconocido como elemento que tutela los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional.

II. Antecedentes.

Resulta a todas luces claro que, en el contexto del presente apartado, no se ubicará ninguna referencia, al menos directa, al concepto de la llamada regla de exclusión de la prueba ilícitamente adquirida, dado que la misma no fue “develada” en el ámbito español hasta la emisión de la STC 114/1984 y la normativización, poco tiempo después, del contenido de la regla en el art. 11.1 LOPJ. En atención a esta aclaración y tal como afirma ALCAIDE GONZÁLEZ en el contexto del contenido de la LECRIM de 1887, “el silencio del legislador no debe calificarse peyorativamente (..)”⁴⁰.

Esto sin embargo, no debe representar un obstáculo para que llevemos a cabo un breve estudio de la regulación que, en efecto, si existió en el contexto histórico de la doctrina legal española en materia de prueba. Siendo que antes de la constitución de 1978 (y de la STC 114/1984) “*la doctrina y jurisprudencia se pronunciaban a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente*”⁴¹, dado que las principales consideraciones al momento de regular el ámbito de la prueba radicaban en los conceptos de relevancia y pertinencia de la misma.

1. Adolf Schönke y su influencia en la regulación y tratamiento de la prueba prohibida en España.

El texto publicado por el jurista Alemán Adolf Schönke en la Revista de Derecho Procesal del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales en 1955⁴² es considerado por varios autores,⁴³ como el texto responsable de la introducción del concepto de “prueba ilícita” en el sistema legal español, dando paso a los primeros esfuerzos

⁴⁰ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Universitat Autònoma de Barcelona. 2012, p. 302.

⁴¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 186.

⁴² SCHÖNKE, Adolf. *Límites de la prueba en el Derecho Procesal*. Revista de Derecho Procesal, Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. Año XI, Núm. 3. Julio – agosto – septiembre 1955, pp. 373 -378.

⁴³ Entre ellos: RIVES SEVA, Antonio Pablo. *Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*. p. 6. Consultado el 10 de marzo de 2015 y disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>

doctrinales por su estudio y regulación, mismos que derivaron, eventualmente, en la estructura de regulación el Tribunal Constitucional plasmó en la STC 114/1984 y, posteriormente, el legislador rescató en el contenido del art. 11.1 LOPJ. Afirma RIVES SEVA que este texto “significó entonces el triunfo de la tesis de James Goldschmidt” en la concepción y aprovechamiento de la figura, en clara referencia a la posición que prevaleció en las primeras manifestaciones doctrinales con respecto al aprovechamiento de la prueba derivada de la infracción.

Esta orientación doctrinal supuso el tratamiento diferenciado de dos elementos contenidos en el concepto de la prueba ilícita, a saber: la conducta que originó la obtención de la prueba y la utilización de la misma en el proceso. En otras palabras, la prueba debía ser admitida al proceso y las responsabilidades relativas al acto de obtención de la prueba serían abordadas de manera separada, práctica extendida hasta la publicación de la STC 114/84 de 29 de noviembre⁴⁴, sobre la cual señala:

“La admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción de su artículo 24.2 (en referencia a la CE), por que una prueba así conseguida no es una prueba pertinente”.

En el texto del artículo que nos ocupa, su autor valora la aplicación que se hace sobre las reglas de utilización de las pruebas obtenidas de manera ilegal en la doctrina norteamericana, manifestando que “el material probatorio que ha sido obtenido ilegalmente no lesiona los principios del proceso jurídico ordinario” y que “(...) aquí hay dos intereses contrapuestos. Por una parte el interés del demandado y de la colectividad, de que deben ser utilizadas únicamente aquellas pruebas que hayan sido conseguidas con arreglo a las formalidades legales establecidas. Por otra parte, el interés de la colectividad en que no se deje sin efectividad una acción penal por causa de una formalidad antijurídica en el procedimiento”. El autor se decanta aquí por la segunda posición, afirmando que: “Me inclino a considerar más importante este último interés y, por lo tanto, admitir la utilización de pruebas obtenidas con defectos formales”.

El texto del artículo continúa con el desarrollo del razonamiento expuesto por el Tribunal Supremo de Basel-Land, Alemania, en una sentencia relativa a un proceso de divorcio. Aún y cuando dicho ejemplo parte del ámbito propio al derecho civil, el autor realiza un símil con un caso en materia penal. Partiendo del razonamiento de la disminución de los derechos e intereses del inculpado, en aras

⁴⁴ *Ídem.*

de la preservación del interés colectivo de búsqueda de la verdad, se plantea los casos donde uno puede oponerse a otro y ser declarado como superior.

El autor afirma que, en el caso de utilización de prueba ilícita en un proceso, se contraponen dos intereses de lo que denomina “la colectividad”. Por un lado se presenta la necesidad de que los hechos se aclaren en el marco del proceso, mientras que desde la otra posición se debe impedir la transgresión jurídica que implica la obtención de una prueba de forma ilícita. Ante esta exposición se inclina por la prevalencia del interés que pesa sobre el descubrimiento de la verdad.

SCHÖNKE llega a la conclusión de que “existen valores de la personalidad que no deben ser dañados aunque sea en el interés de descubrir la verdad”⁴⁵, haciendo referencia a la posibilidad de practicar narcoanálisis sobre un individuo a efectos de obtener una confesión.

Es de notarse, en la redacción del artículo, la utilización indiferenciada de los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida. Así como también la ausencia de distinción entre la lesión a derechos fundamentales o inherentes al individuo y aquellas que pudieran enderezarse en contra de reglas de carácter procesal.

Entendemos, a partir de la lectura de los razonamientos expuestos por el autor, que los conceptos de prueba ilícita y prueba irregular, contrastados con aquel de prueba prohibida no habían sido desarrollados por la doctrina hasta ese entonces, o más bien, no habían sido comprendidos por el autor. Que en un primer momento se inclina a admitir la prueba que ha violado formalidades procesales, por estimar que esta opción es de imposible materialización, siendo que, en un segundo momento, se niega a admitir pruebas que sean obtenidos en función de un “daño a valores de la personalidad”, concepto que podemos extrapolar a una concepción primigenia de los derechos fundamentales y la manera en que los entendemos hoy día.

Esto se desprende del análisis del citado texto, donde el autor parece ignorar que dentro de los intereses catalogados como particulares se encuentra imbuido el interés de tutela de los principios democráticos que dan sentido al Estado de Derecho.

⁴⁵ SCHÖNKE, Adolf. *Límites de la prueba en el Derecho Procesal...*

2. El tratamiento constitucional de las pruebas prohibidas.

En este apartado abordaremos el tratamiento relativo a los límites en el ámbito probatorio estipulados en el ordenamiento constitucional español, tanto de manera directa por cuanto hace a la redacción del mismo, así como a la interpretación que leyes de carácter secundario dieron a dicho contenido constitucional, a efectos de limitar la admisión, práctica y valoración de pruebas. Dada la “reciente” redacción del último texto constitucional en España, abordaremos de manera inicial y con un somero repaso, la situación existente de manera previa a la CE de 1978, misma que destaca por un tratamiento, si bien no inexistente, limitado de las prohibiciones probatorias, influenciado más por los trabajos de BELING, FLORIAN, GOLDSCHMIDT, SCHÖNKE y algunas precisiones ofrecidas por GUARIGLIA⁴⁶.

2.1. Previo a la Constitución de 1978.

Según GONZÁLEZ GARCÍA⁴⁷, existen diversos antecedentes relacionados con el tema de la prueba ilícita y la prueba prohibida en la historia jurídica española, sin embargo, estos no terminan por presentar una concepción coherente y alineada con lo que, en la actualidad, dota de contenido al concepto en cuestión, situación que no impide que el autor realice una recopilación, donde clasifica las diversas disposiciones normativas que atendían elementos relacionados a la regla:

Prohibición del tormento:

- Estatuto de Bayona de 1808, Art. 133.
- Constitución de 1812, Art. 303.

Prohibición del allanamiento del domicilio salvo casos previstos⁴⁸:

- Constitución de Cádiz, Art. 306.
- Constitución de 1837, Art. 7.

⁴⁶ En específico la distinción entre prohibición de temas de prueba y prohibición de medios de prueba de BELING y FLORIAN en razón de las limitaciones al principio de la libertad probatoria en materia penal, compuestas por las limitaciones de carácter absoluto y las de naturaleza relativa. Vid: GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: Jueces para la democracia No. 26. 1996, p. 76.

⁴⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, pp. 187-211.

⁴⁸ Siendo las excepciones más comunes: Cuando los agentes fueran agredidos, en supuestos de flagrancia y cuando fuere necesario para el auxilio de las personas o para evitar daños.

- Constitución de 1845, Art. 7.
- Proyecto de Constitución de 1856, Art. 8
- Constitución de 1869, Art. 5.
- Constitución de 1876, Art. 6.
- Constitución de 1931, Art. 31 apartado 4⁴⁹.

Inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones:

- Constitución de 1869, Art. 7.
- Constitución de 1931, Art. 32.

De la anterior recopilación resulta evidente, a todas luces, que el concepto de límites en el ejercicio de la búsqueda de pruebas o, si se quiere, la limitación a la persecución de la verdad en el marco del proceso penal, no era un concepto ajeno a los ordenamientos legales españoles, al menos, desde el siglo XVII. Sin embargo, la justificación de dichas limitaciones obedecía, más que a la tutela de derechos fundamentales o su reconocimiento, a su asimilación como ideales de carácter moral. Este paralelismo permite suponer que, aún en esta época, existía cierta identificación del concepto de dignidad de la persona, entendida como algo inherente a la misma y que era susceptible de ser ubicada en un ámbito de disponibilidad ajeno al de la intervención estatal⁵⁰.

De manera previa al establecimiento de la regla de exclusión en el contenido de la LOPJ y, en relación a los criterios de limitación a la admisión probatoria, podemos ubicar a la pertinencia y la utilidad en el ámbito normativo español. Estos conceptos, contruidos a partir de los artículos 565 LEC y 659 LECrim⁵¹. El régimen de tratamiento a la prueba impuesto por dichos numerales no se salva de

⁴⁹ Según Silvia Pascual López, de esta disposición derivan disposiciones en dos legislaciones adicionales: El Código Penal de 27 de octubre de 1932 y la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, Art. 16. PASCUAL LÓPEZ, Silvia. *La inviolabilidad del domicilio en las constituciones españolas del siglo XX*. Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 20. Enero - Junio 2009.

⁵⁰ En este sentido cabe revisar el contenido del anteproyecto de reforma de la LEC de 1881, que en su art. 549, párrafo I, establecía: “*El Tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleado procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona*”

⁵¹ Recordar que el texto original de la LEC se publicó el 3 de febrero de 1881, mientras que la LECrim fue publicado el 14 de septiembre de 1882. Cabe señalar que la actual LEC, decretada en la Ley 1/2000 de 7 de enero, no conserva la redacción del art. 565 al que se hace referencia en este apartado.

Esta observación pertenece a: DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 98.

críticas con respecto al art. 659 LECrim que, la aplicación del mismo como subsidiario en la exclusión de pruebas generaba tratamiento desigual por parte de los órganos jurisdiccionales, a la vez que:

“Este precepto restringía la inadmisibilidad de los medios de prueba a los casos de impertinencia, por aplicación del principio general de que, en materia de prueba, lo que abunda no daña, pero que no establecía criterio en caso de prueba ilícitamente obtenida”⁵².

Al respecto, DÍAZ CABIALE pone de relevancia lo que el califica como un “desinterés” por parte de la doctrina española en abordar dichos temas, tras lo que el autor se dispone a agrupar las opiniones doctrinales sobre los mismos en las premisas siguientes⁵³:

- La pertinencia establece una doble relación de idoneidad con respecto al elemento probatorio. Primero entre el hecho objeto de la prueba y luego con el hecho mismo sobre el que versa la prueba.
- La pertinencia es la relación del objeto de la prueba con la cuestión fáctica.
- Idoneidad de la prueba equivale a admisibilidad legal del medio probatorio⁵⁴.

Como tal, entendemos que el autor hace referencia a la falta de desarrollo de la materia en el periodo temporal comprendido entre la promulgación original de la LEC y la LECrim y la publicación de la STC 114/1984, en tanto la materia de prohibición de admisión de elementos probatorios vio poco desarrollo en el periodo comprendido entre la ocurrencia de ambos sucesos. Como pone de manifiesto GÓMEZ COLOMER, en relación a la LECrim, al señalar:

“Hasta 1989, la que es de 1882 fijó determinados supuestos en los que la búsqueda, obtención, aportación y práctica de medios de investigación que luego se iban a convertir en medios de prueba, no era en ningún caso posible, lo que causaba o bien la nulidad absoluta del acto y con toda probabilidad la del mismo proceso penal considerado como un todo, o bien

⁵² GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005 , pp. 187 - 211. Esta posición hace eco del precepto latino: *“frustra probatur quod probatum non relevat”*.

⁵³ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 54.

⁵⁴ En este sentido el autor agrupa la clasificación de ZAFRA, quien reconoce que la admisibilidad puede darse por distintos motivos. ZAFRA, José. *La pertinencia de la prueba civil*. p. 427.

*la nulidad relativa, lo que podía provocar su anulación y salida del proceso*⁵⁵.

Con respecto al establecimiento de la institución de la prueba prohibida, es nuevamente GÓMEZ COLOMER quien propone el arribar a una conclusión, calificada de “sistemática”, en razón de que no todo podía valer para hallar la culpabilidad de una persona⁵⁶. Afirma el mismo autor que, sin embargo, la doctrina previa a la CE asumía como máximo coste la exclusión de prueba bajo los supuestos de impertinencia y asumiendo como resultado de tal condición la nulidad⁵⁷. Esta determinación del tratamiento de la prueba prohibida por la vía de nulidad causa, hasta el día de hoy, conflictos en el tema de la exclusión de la prueba ilícita por aplicación de la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ, situación que se aborda más adelante en el presente estudio.

Sin embargo, tal como es patente hoy día, la inadmisibilidad de la prueba ilícita en el proceso dista en relación a la pertinencia de la misma, distinción que COUTURE reconoce en función de la idoneidad – o falta de la misma – con respecto a la capacidad de acreditación de un hecho, a partir de un elemento probatorio en concreto, asegurando que *no se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla*⁵⁸. De esta manera, la identificación de que la pertinencia no permite realizar un control de calidad con respecto al método de obtención de la prueba, el dilema de GÖSSEL impone la necesidad de encontrar un mecanismo de evaluación que preserve la legitimidad del Estado al adquirir la prueba en cuestión. Mecanismo que da paso a la creación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, por considerar prohibida la obtención de prueba en cuya adquisición se hubiesen violado derechos de la persona.

⁵⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Anuario de Derecho Penal. 2008, pp. 146.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁵⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Anuario de Derecho Penal. 2008, pp. 147.

⁵⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, pp. 238.

3. La Constitución Española de 1978.

3.1. Derechos fundamentales en la Constitución Española. Reconocimiento, vías de limitación y su relación con el ámbito probatorio y la regla de exclusión.

En diversas ocasiones se ha mencionado la inspiración del constituyente español en el contenido de la Ley Fundamental de Bonn, de manera específica por cuanto hace al apartado conocido como “El catálogo de derechos y libertades”, trasladado a la redacción del articulado referente a los derechos fundamentales en la CE⁵⁹.

Es precisamente la incorporación de tal contenido el que DÍAZ CABIALE⁶⁰ señala, como uno de los factores que valió la modificación del tratamiento de la institución de la prueba con la entrada en vigor de la CE de 1978. Esta modificación, generada a partir de un “cambio de enfoques” se debió en gran medida al tratamiento preferencial que el texto de la constitución hacía con referencia al tema de los derechos fundamentales el cual, a ojos del autor, carecía de sistematización, si reflejaba la trascendencia y relevancia que se otorgaba a los mismos⁶¹. Así, los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE equivalen derechos fundamentales de naturaleza *procesal* o *jurisdiccional*⁶², en tanto se identifican con una función de carácter subjetivo al garantizar la libertad individual⁶³.

Sin embargo, cabe distinguir entre el propio contenido del artículo 24 CE, ya que el mismo engloba, en sus diversos párrafos, elementos que merecen distinta consideración. En esta lógica, NATAREN NANDAYAPA identifica dentro del contenido del apartado primero los derechos relativos a la tutela judicial efectiva y

⁵⁹ AGUILAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 14. 1993, p. 20.

⁶⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 7.

⁶¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 9.

⁶² DÍEZ-PICAZO, Ignacio. *Artículo 24. Garantías Procesales*. En: Comentarios a la Constitución Española de 1978. Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Vol. III. Madrid, 1996, pp. 19 – 124. Consultado el 10 abril 2017 y disponible en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-24-garantias-procesales-331146>

⁶³ UREÑA CARAZO, Belén. *Constitución, garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales*. En: REÁL ALCALÁ, J. Alberto (Editor). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. 2016, p. 298.

a la no indefensión y, en el segundo, las garantías derivadas del contenido del apartado anterior⁶⁴. Dada esta disposición, es entendible que PECES-BARBA clasifique al artículo 24.1 CE como una *norma de acceso*, mientras que atribuye al 24.2 la regulación del *ejercicio del derecho en el ámbito procesal*⁶⁵.

Esta distinción se torna cuanto más evidente al utilizar la clasificación de PÉREZ LUÑO, quien identifica los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24.2 CE como *garantías procesales genéricas* y les organiza en tres categorías⁶⁶:

1. El derecho a la tutela judicial efectiva.
2. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.
3. El derecho a un proceso debido.
 - a. Derecho a la defensa y asistencia letrada.
 - b. Derecho a ser informado de la acusación.
 - c. Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.
 - d. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.
 - e. El derecho a no declarar contra sí mismo.
 - f. El derecho a no confesarse culpable.
 - g. El derecho a la presunción de inocencia.

Es en este tercer apartado, relativo al derecho al proceso debido o, en su acepción normalizada en América por el concepto norteamericano, debido proceso, es donde debemos centrar la atención de nuestro estudio, por encontrarse contemplado en el mismo el cúmulo de garantías que operan al momento de la vulneración de un derecho fundamental en específico, al buscar incorporar al proceso una prueba de origen ilícito. Sin embargo, esta interpretación exige partir de la consideración del ámbito “operativo” de los derechos fundamentales plasmados en el contenido del art. 24 CE, dado que los mismos proyectan una multitud de facetas que, en ocasiones, hacen difícil la interpretación para su correcta aplicación.

⁶⁴ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, Primera Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 22.

⁶⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Ed. Dykinson, Madrid. 2009, p. 254.

⁶⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, Madrid. 2007, pp. 80 - 81.

En un esfuerzo por aclarar esta labor, DÍAZ CABIALE propone dos claves a utilizar a efectos de “deslindar” los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE. En primera instancia, señala la necesidad de distinguir entre los alcances implícitos en la formulación de cada uno de los mismos, pudiendo estos ser de carácter general o de construcción restringida. En un segundo momento, el autor en cuestión propone distinguir entre la representación del derecho fundamental como una garantía de carácter individual y como una garantía de carácter objetivo. Con base en tal distinción, el autor propone la imposibilidad de establecer equivalencia entre un derecho de carácter subjetivo y uno fundamental, reconociendo la mayor amplitud de los segundos y otorgándoles la función de informar ciertas instituciones, en el caso concreto el derecho penal, a través de la provisión de garantías⁶⁷.

Esta función procesal, asimilada en el concepto de garantías y descrita en los párrafos anteriores, cumple a la vez una función de organización del proceso, dado que refleja el contenido constitucional que da soporte al mismo⁶⁸. Es esta dimensión de los derechos fundamentales la que informa y enmarca al proceso penal, con relación a la aspiración del “deber ser” en cuanto hace a la relación entre el individuo y el Estado. A su vez, es el escenario donde se manifiesta el papel que juegan las violaciones a derechos fundamentales en el ámbito procesal, en especial cuando estas se relacionan con el tema probatorio. Esta relación, identificada en la redacción de la STC 114/1984 y posteriormente en la regla de exclusión contenida en el artículo 11.1 LOPJ, radica en la relación entre vulneración, derecho fundamental y garantía, establecida por el TC en la sentencia ya mencionada, al interpretar que garantía de inadmisión es independiente del derecho fundamental vulnerado⁶⁹.

⁶⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 10.

⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *La dimensión procesal de los derechos fundamentales y de la constitución*. Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú. Madrid. Universidad Complutense – Universidad Nacional Autónoma de México. 2001.

⁶⁹ STC 114/1984, F.J. 5º.

Ahora bien, la idea de que los derechos fundamentales no son absolutos y que requieren, bajo ciertas condiciones, de límites⁷⁰ no es novedosa. El TC, ya en 1981 trazaba lo que CIANCIARDO llama “las líneas básicas de su teoría de los límites de los derechos fundamentales”⁷¹, y hacia 1982, reconocía que: “*no existen derechos ilimitados*”⁷², ligando tal afirmación al tema de derechos fundamentales. Desde el punto de vista jurídico AGUILAR DE LUQUE afirma que: *parece incuestionable que los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites, aunque sólo sea por su necesidad de articulación con los derechos de los demás*⁷³. La posibilidad de establecer dichos límites es, según el mismo autor, particularmente accesible para el legislador en el ordenamiento español⁷⁴. La estructura relativa a la limitación de los derechos fundamentales, ubicada en el art. 53.1 CE también hace eco del contenido de la Ley Fundamental de Bonn, en específico del art. 19 al establecer los llamados “límites de los límites”⁷⁵, al vedar al legislador la capacidad de alterar la esencia de los mismos o, lo que es lo mismo, su contenido esencial.

La dificultad del tratamiento de los límites parece encontrarse englobado en el problema de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales⁷⁶ que, mientras limita al legislador, permite al juzgador, por vía de la interpretación, adecuar el contenido y alcance de la tutela del derecho fundamental según las circunstancias concretas del caso, en ese sentido y de conformidad con las reglas de actuación del órgano jurisdiccional, la eventual autorización de limitación del

⁷⁰ Entendiendo límite en la acepción utilizada por el propio AGUILAR DE LUQUE: “*Se emplea (...) la expresión límites de los derechos fundamentales en un sentido general para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos*”. AGUILAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º. 14. 1993, pp. 10 - 11.

⁷¹ CIANCIARDO, Juan. *Los límites de los derechos fundamentales*. Dikaion: revista de actualidad jurídica. N.º. 10. 2001, p. 62. *Vid*: STC 5/1981, F.J. 7º y 8º. (Distinción entre límites necesarios, límites producidos por articulación con otros derechos y establecidos por el legislador) y STC 11/1981 (limitaciones directas o indirectas establecidas por la misma constitución).

⁷² STC 2/1982, de 29 de enero. F.J. 5º, párrafo 3ro.

⁷³ AGUILAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º. 14. 1993, p. 12.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 12. Al señalar: *Pero en la medida en que toda limitación de los derechos ha de estar justificada por la explícita habilitación constitucional o por el aseguramiento de otros derechos, bienes o valores constitucionales, la justificación de la limitación y su correlato de proporcionalidad entre aquella y el sacrificio impuesto también pueden ser considerados límites de los límites*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 11.

ámbito de protección de un derecho fundamental debe sujetarse al principio de legalidad⁷⁷, representado por la fundamentación y motivación de la medida que así lo ordena, lo que deriva en la creación de un parámetro relativamente alto de exigencias que autorizan tal limitación, reconocidas por el texto constitucional.

Por cuanto hace a las exigencias para la restricción de derechos fundamentales en el texto de la CE, estas se encuentran contenidas principalmente en los arts. 53, 81 y 82. Estas condiciones de limitación se encuentran, *prima facie*, en concordancia con la teoría de ALEXY, quien señala como cláusula de constitucionalidad el reconocimiento de la medida de limitación en el texto de la norma suprema⁷⁸, a la vez que siguen la clasificación que PRIETO SANCHÍS identifica como condiciones de limitación de derechos fundamentales⁷⁹:

- a) Condición de carácter competencial;
- b) Condición de carácter internacional;
- c) Condición de carácter material;
- d) Condición de carácter lógico, y;
- e) Condición de carácter temporal⁸⁰.

En este punto, parece prudente señalar la necesaria consideración accesorias que importan, en este sentido, los principios de proporcionalidad y legalidad⁸¹. Esta limitada visión es complementada por ARMENTA DEU, dado que la autora señala, a como es debido, la consideración de que la aplicación de una limitación debe encontrar, antes que nada, fundamento en un texto normativo de primera jerarquía (Constitución o Tratado Internacional), a la vez que deberá estar sometido a control de principios, como el de proporcionalidad. A partir de este punto de partida, la limitación del derecho fundamental obedecerá al cumplimiento de una serie de supuestos enumerados por la autora: 1) Previsión normativa; 2)

⁷⁷ Según las bases del *judicial review* desarrollado en *Marbury v. Madison* en 1803. CIANCIARDO, Juan. *Los límites de los derechos fundamentales*. Díkaion: revista de actualidad jurídica. Nº. 10. 2001, pp. 55 – 56.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 272.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Enero – junio 2000.

⁸⁰ Condición ajena a la clasificación del autor, pero identificada como elemento relevante por la jurisprudencia de diversos países.

⁸¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 134.

Jurisdiccionalidad; 3) Motivación; 4) Principio de proporcionalidad en *stricto sensu*; 5) Ejecución y control judicial de la medida.

Así, es factible señalar que sólo serán constitucionalmente legítimos los límites a derechos fundamentales normativamente determinados o derivados, legislativamente⁸². Esta limitación impone a los Tribunales la posibilidad de aplicar límites únicamente en razón del ejercicio de derechos determinados y sujeta al eventual conocimiento del afectado⁸³. En este sistema, el principio de proporcionalidad en la implementación de la medida actuará como una prohibición de exceso⁸⁴, mientras que el principio de legalidad supone la necesidad de interpretar, a partir del contenido de cada uno de los derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional, los límites y exigencias para la restricción de los mismos⁸⁵.

3.2. La regulación en materia de prueba en la Constitución Española.

La relación entre la regulación constitucional de la prueba y las garantías procesales es evidente, en tanto el derecho a prueba aparece en el mismo apartado de los llamados derechos fundamentales, contenidos en el art. 24 de la CE. En este sentido es factible reconocer una distinción, construida por el TC en razón del doble carácter de los derechos fundamentales⁸⁶. Primero reconociendo la dimensión objetiva, en tanto se establecen como garantías esenciales del conjunto normativo, capaces de exigir fuerza vinculante en el ordenamiento y, en un segundo momento, la dimensión subjetiva de los mismos, al ser estos ejercidos por parte de un titular al exigir su protección.

⁸² AGUILAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 14. 1993, p. 31.

⁸³ *Ibidem*, pp. 31-32. *Vid.* STC 62/1982.

⁸⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 136.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁸⁶ PICÓ i JUNOY, Joan. *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LA REA, Arturo, Coordinadores. UNAM, México. 2000, Tomo X, p. 528.

En este sentido, es necesario partir de la distinción ya realizada, a efectos de determinar cual es el alcance del derecho a la prueba en el ordenamiento constitucional, para lo que analiza las manifestaciones de ambas dimensiones del mismo, de lo que resulta la siguiente categorización.

En cuanto hace al aspecto objetivo del derecho a la prueba, se identifican como componentes del mismo: a) la necesidad de una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; b) la necesidad de interpretación restrictiva ante las limitaciones del mismo; c) la *subsanabilidad* de los defectos procesales en materia probatoria y; d) la *irrenunciabilidad* del derecho.

Claramente, la identidad resultante de la interpretación del autor y el texto constitucional que asigna al derecho a la prueba el carácter de fundamental encuentra cauce en el establecimiento de límites tanto a la interpretación como a la eventual limitación del derecho en cuestión. Siendo estos amplios en el primer sentido y reducidos en el segundo. De tal lectura, es factible deducir la necesidad de conservación de las pruebas en el marco del proceso, de lo que se infiere la necesidad de contar con mecanismos que permitan rehabilitar el inapropiado tratamiento de los mismos, *ergo* la consecuente consideración de la posibilidad de subsanar los vicios relativos a la misma y la derivada regulación por vía de nulidad de los actos procesales en el caso de las denominadas pruebas irregulares. Por último el tema de la prohibición de renuncia, se plasma como una garantía de *clausura*, en tanto aleja del ámbito de disponibilidad de los particulares la capacidad de aplicar de manera negativa el derecho.

En el campo del aspecto subjetivo del derecho a prueba y, gracias a la propia definición que el autor construye del mismo⁸⁷, es factible ubicar 3 aspectos fundamentales, a los que da la calificación de derechos: la admisión, la práctica y la valoración de la prueba. Entendiendo, desde luego, que los mismos precisan de fronteras en sus distintas vertientes. En este sentido, el autor acierta en proponer límites intrínsecos y extrínsecos a la actividad probatoria, en función de si la limitación se debe a elementos de la propia actividad o a requisitos legales que se proyectan sobre la misma. Esta clasificación será de suma utilidad al momento de analizar el tratamiento procesal que debe darse a la prueba ilícita, en tanto permite

⁸⁷ *Ídem*. El autor define el derecho a la prueba como “*aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso*”. A su vez reconoce la influencia de las SSTC 19/2001 y 246/2000 en la construcción de dicha definición.

sentar las bases para resolver las discrepancias en razón de la admisión, práctica y valoración de la misma.

Por otro lado y de manera harto similar, encontramos la labor realizada por DÍAZ CABIALE, quien organiza el esquema constitucional de control de la actividad probatoria en los puntos siguientes⁸⁸: a) la obtención de pruebas; b) la admisión de pruebas; c) la producción de las pruebas en el proceso y; d) la valoración de la actividad probatoria. Mismos que, según el autor, deben informarse a partir de dos derechos fundamentales: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y la presunción de inocencia.

Ahora bien, con respecto de las prohibiciones probatorias, es de trascendental importancia señalar que el texto Constitucional español no regula, ni directa ni indirectamente, las denominadas prohibiciones probatorias⁸⁹. En esta dirección, es útil contar con la voz orientadora, como la que aporta DE LA OLIVA⁹⁰, para quien parece importante recordar la inexistencia de mandato constitucional en materia de inadmisibilidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales⁹¹.

Sin embargo, el propio autor admite que la legislación española, aún y ante la omisión constitucional, “*puede limitar la admisibilidad y eficacia de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente*”⁹², fundamentalmente en razón de que tampoco

⁸⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 19.

⁸⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188. Así lo afirma también: AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Ante una común y preocupante tendencia*. Revista General de Derecho Público Comparado Número 3. 2008, 17 pp.

⁹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, pp. 91-108.

⁹¹ Tal como señala el propio DE LA OLIVA: “*La Constitución española de 1978 no exige (...) que las leyes procesales ordenen la inadmisibilidad y, en todo caso, la ineficacia de las fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, de forma ilícita, ni siquiera si tal ilicitud no consiste en la infracción de cualquier deber jurídico, sino específicamente en la vulneración o violación de derechos fundamentales y libertades públicas sensu artículo 53.2*”.

⁹² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, pp. 91-108.

existe una disposición constitucional en contrario⁹³. Resulta de la lectura del contenido de la STC 114/1984 que el TC dispone ubicar el fundamento Constitucional, o la interpretación de la existencia mismo, en el contenido del artículo 24.2 de la CE. Es a partir del análisis de la evolución jurisprudencial del tratamiento de la prueba ilícita (en específico por cuanto hace a la garantía de inadmisión de la misma en el proceso), que es posible identificar dos etapas diversas en el ejercicio interpretativo del TC.

En la primera interpretación que realizara el TC se ubica como fundamento la figura de la presunción de inocencia⁹⁴, situación que se vio modificada en parte con la STC 81/1998 de 2 de abril, en la cual se trasladó el análisis de ineficacia de la prueba ilícita al contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Este cambio en la interpretación derivó, como veremos más adelante, en una bifurcación teórica por cuanto hace al razonamiento de la determinación de la ubicación de la lesión al derecho fundamental, situación que deriva en la afirmación de la existencia de la lesión y la eventual imposibilidad de valoración de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales para sustentar la condena. Así como también permite la aplicación de la doctrina llamada “conexión de antijuridicidad”.

En este sentido y dado que el propio artículo 24.2 de la CE no distingue los elementos que constituyen el citado derecho fundamental, ha sido la doctrina, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Supremo Español los encargados de dotar de contenido a dicho elemento. Las posiciones, muchas veces contrapuestas, afirman en un sentido que dicho derecho se trata de la interpretación del contenido del debido proceso⁹⁵, heredado del texto de la Magna

⁹³ "No he encontrado, pese a serios esfuerzos, un sólido argumento ex Constitutione que reclame, como necesidad de coherencia con la norma fundamental, excluir de cualquier proceso los instrumentos probatorios obtenidos con violación de los derechos y libertades públicas y, menos aún, con violación de normas constitucionales distintas de las que reconocen y establecen esos derechos y libertades". En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, pp. 91-108.

⁹⁴ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *El derecho a un proceso con todas las garantías...*

⁹⁵ Esta posición es señalada, entre otros, por: Elena Martínez García, al afirmar que, ante el vacío normativo que comprende el derecho al proceso con todas las garantías, lo equipara a la interpretación del derecho al proceso debido contenida en las normativas internacionales, aunque reconoce, siguiendo a ESPARZA LEIBAR, que no existe identidad entre ambos conceptos, sin desarrollar con mayor amplitud el punto. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 26. Y: ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch Editor. 1995, pp. 264.

Carta Inglesa de 1215 y de la redacción de las enmiendas 5ta y 14va de la *Bill of Rights* estadounidense⁹⁶, mientras que otro sector de la doctrina le atribuye un contenido autónomo y diferenciado del anterior, lo cual ha obligado a un análisis más profundo de los alcances de dicho concepto.

Es así como, mediante el análisis y estudio del mismo, se han generado interpretaciones de la función y alcances del derecho a un proceso con todas las garantías en dos sentidos, uno negativo y otro positivo⁹⁷, afirmando que el resto del contenido del art. 24.2 corresponde al debido proceso y que el derecho al proceso con todas las garantías, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, cumple una función de carácter “residual y subsidiario”⁹⁸, cumpliendo una función de “clausura del sistema de garantías procesales”⁹⁹, dotándolo así de una función integradora.

Esta función, identificada con el esquema negativo resulta, a nuestros ojos, complementaríala la concepción propia del modelo positivo, que le atribuye una función de “norma de clausura”¹⁰⁰, en tanto su función sería “cerrar el sistema ante una posible insuficiencia de los mecanismos de protección procesal reconocidos específicamente en el resto de los derechos fundamentales”¹⁰¹, presente ante la infracción de ciertas exigencias de carácter procesal y en atención a los contenidos supranacionales y aplicable tanto en el plano orgánico como adjetivo, lo que se traduce en una doble protección contra insuficiencias ante la actuación

⁹⁶ Esta afirmación pudiere resultar altamente controvertida, dado que la doctrina española se ha preocupado por desarrollar el contenido del derecho al proceso con todas las garantías de manera paralela y no perpendicular al concepto de debido proceso. Vid: ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch Editor. 1995, pp. 264. Y: CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Cuadernos de Derecho Público, número 10 (mayo-agosto 2000), pp. 153-178.

⁹⁷ Así lo afirman, entre otros: CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Cuadernos de Derecho Público, número 10 (mayo-agosto 2000), pp. 153-178. y PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor. Barcelona 1997, p. 131.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 160.

⁹⁹ *Ídem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*. 161.

¹⁰¹ *Ídem*.

del órgano jurisdiccional o de falta de algún elemento normativo procesal que garantice la integridad del proceso¹⁰².

De esta manera, quedarían satisfechos los requisitos en ambos extremos, dotando la perspectiva negativa al ciudadano de un elemento de protección ante la actuación de los poderes públicos mediante la ampliación de aplicación de protección del derecho que nos ocupa a violaciones al contenido de los elementos integradores del debido proceso y, desde la perspectiva positiva, obligando al Estado a otorgar la más amplia protección a dichos derechos, derivados de las obligaciones contraídas mediante la adopción de la legislación supranacional en defensa de los derechos reconocidos en la norma constitucional.

La respuesta al alcance de la vulneración al citado derecho al proceso con todas las garantías ha sido establecida ya por el TC, el cual ha tenido a bien establecer, según la interpretación de CALDERÓN CUADRADO¹⁰³, que: “*El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal*”. Es necesario sin embargo, considerar al unísono el contenido del artículo 53 de la misma CE, el cual establece la posibilidad de limitación de dichos derechos.

¹⁰² Esta posición es también defendida por Ignacio Díez-Picazo, al afirmar que el derecho al proceso con todas las garantías es un derecho fundamental autónomo, cuya función es integrar garantías procesales establecidas en ordenamientos internacionales, vía el art. 10.2 de la CE. Así como también ESPARZA LEIBAR, al señalar el carácter general de la fórmula contenida en el artículo 24.2 CE con referencia al derecho al proceso con todas las garantías y su función integradora a partir de la relación con el art. 10.2 de la misma. *Vid:* DÍEZ-PICAZO, Ignacio. *Artículo 24. Garantías Procesales*. En: Comentarios a la Constitución Española de 1978. Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Vol. III. Madrid, 1996, pp. 19 – 123. Y: ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch Editor. 1995, p. 96.

¹⁰³ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *El derecho a un proceso con todas las garantías...* p. 158.

III. La STC 114/1984 de 29 de noviembre.

1. Antecedentes e importancia.

Esta sentencia, emitida por el TC con respecto a la utilización como prueba, dentro de un proceso en materia laboral, de una grabación obtenida, sin autorización, a partir de una conversación telefónica, es la responsable de introducir al ámbito jurisprudencial español el concepto de la regla de exclusión de la prueba ilícita, así como otros elementos estrechamente relacionados a ella, como la prueba derivada o el efecto disuasorio.

En el amparo en cuestión, la solicitud del quejoso buscaba protección a la alegada vulneración al derecho del secreto de las comunicaciones (amparado en el artículo 18.3 CE) y al proceso judicial con todas las garantías (24.4 CE), aunque, como acertadamente señala DE LA OLIVA, dentro de la sentencia que nos ocupa, la obtención de la prueba no vulneró derechos fundamentales¹⁰⁴, por lo que se desestimó el recurso de amparo, situación que el autor clasifica, al interior de la sentencia, como manifestación de un *obiter dictum*. Esta posición puede ser reforzada con la expresada por el propio TC en el cuerpo de dicha sentencia, donde manifiesta que:

*“Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la resistencia frente a la misma de los derechos fundamentales”*¹⁰⁵.

Otro elemento de destaca importancia de esta sentencia, consiste en la declaración de que la misma *“instaura en nuestro sistema la prohibición de utilizar pruebas que hubieran vulnerado derechos fundamentales en el momento de su obtención”*¹⁰⁶, zanjando la pregunta de *“¿cuáles son o deberían ser las consecuencias procesales derivadas de la existencia de irregularidades a lo largo*

¹⁰⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, pp. 91-108.

¹⁰⁵ STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984. F.J. 4to. Párrafo primero.

¹⁰⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 98.

de la actividad probatoria?”¹⁰⁷. Por otra parte, es posible afirmar que esta sentencia recogió una vieja aspiración de un gran sector doctrinal español, misma que ya se había patentizado en el documento de Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los Profesores de Derecho Procesal en 1972¹⁰⁸.

Es a partir de esta sentencia que se fijaron las premisas para elaborar la garantía de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, obtenidas directa o indirectamente mediante la violación de derechos fundamentales en el derecho español, la cual se cristalizaría con posterioridad en el contenido del art. 11.1 LOPJ¹⁰⁹. Ya que, cabe aclarar desde un inicio que “la Constitución de 1978 no regula ni directa ni indirectamente las prohibiciones probatorias. Tampoco de ninguno de sus preceptos se desprende directamente una regla de exclusión”¹¹⁰.

Con una clara inspiración en la labor que la Suprema Corte norteamericana había venido desarrollando desde 1914 con la aplicación “rígida” de la regla de exclusión que supuso *Weeks v. United States*¹¹¹, la pregunta que plantean DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES¹¹² con respecto a, ¿por qué el TC planteó la adopción de una teoría de exclusión absoluta? es sumamente relevante, dado que para ese entonces (1984), el máximo órgano jurisdiccional de los Estados Unidos había ya cerrado el cerco a la aplicación de la regla de exclusión con sucesivas decisiones que formulaban casos de excepción a la otrora inamovible regla de exclusión, tales como la doctrina del nexo causal atenuado (*United States v. Ceccolini*) y el descubrimiento inevitable (*Nix v. Williams*). Mientras que el TC español instauraba, con absoluta claridad y máximos alcances, una regla de exclusión de la prueba ilícita con carácter absoluto, misma que posteriormente quedaría plasmada como elemento normativo en la LOPJ de 1985.

¹⁰⁷ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 10.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita*. En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 1, Núm. 2. 1993 - 1994, p. 68.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Universitat de Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pp. 237, p. 76.

¹¹⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Anuario de Derecho Penal. 2008, pp. 150.

¹¹¹ *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914).

¹¹² DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. *Jueces para la democracia* No. 43. 2002, p. 41.

Aún y cuando en la resolución se estimó que la garantía tutelada en el 18.3 CE era, para el caso concreto, improcedente (toda vez que la acción de interceptación y grabación de la comunicación había sido realizada por un particular quien, a la vista del TC, escapaba del ámbito de acción de la norma)¹¹³. Fue en esta sentencia que se sentaron las bases para el desarrollo legal y doctrinal de la prueba ilícitamente obtenida y su eficacia en el proceso penal español y, para algunos autores, el reconocimiento de la teoría de los frutos del árbol envenenado como modelo rector, situación que será tocada en un momento posterior. Más peso cobra la resolución del TC, al reconocer que la petición del quejoso se encamina a reprochar las actuaciones judiciales que culminaron con la decisión que le hiere, habiendo sido estas alcanzadas a partir de una prueba ilícitamente obtenida¹¹⁴.

Aún más allá del texto de la propia resolución, la doctrina española reconoce, en el contenido de la sentencia que nos ocupa, la justificación constitucional del límite a la licitud de la prueba, regulado posteriormente en los artículos 287.1 LEC y 11.1 LOPJ, según los cuales no será admitida la prueba cuya obtención parta de la violación a un derecho fundamental¹¹⁵. En tanto, la relevancia de esta sentencia en el contexto del sistema jurídico español es innegable, siendo que “*hasta la STC 114/1984 (...) no se reconoció la garantía constitucional de la inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas*”¹¹⁶.

Invariablemente, tanto la jurisprudencia (mediante la reiteración de la aplicación de la disposición interpretada en la sentencia que nos ocupa) como la doctrina, parecen identificar en esta resolución el antecedente de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el derecho español¹¹⁷, misma que terminaría por

¹¹³ Puesto que la misma (art. 18.3 CE) protege las comunicaciones frente a la inmisión de terceros que tengan la condición de “Poderes Públicos”, siendo estos los únicos sujetos potenciales capaces de lesionar este derecho fundamental. STC 114/1984. Antecedente 2º.

¹¹⁴ STC 114/1984. F.J. 2º.

¹¹⁵ PICÓ i JUNOY, Joan. *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LA REA, Arturo, Coordinadores. UNAM, México. 2000, Tomo X, p. 547.

¹¹⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 186.

¹¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita. La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo 2010, p. 136.

verse instaurada en la redacción del art. 11.1 LOPJ, un año más tarde. Esta construcción, formulada a partir de la premisa de que dicha regla se fundaba en una garantía de carácter procesal, reconocida a su vez por la constitución en el contenido del artículo 24.2 (derecho al proceso con todas las garantías¹¹⁸), puso de manifiesto *la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables*¹¹⁹, lo cual obliga a abordar el texto de dicha resolución *desde una aproximación garantista*¹²⁰.

Para GONZÁLEZ GARCÍA, la STC 114/1984 parte de la inexistencia de norma expresa con respecto a prueba ilícitamente obtenida y propone como mecanismo de valoración para la eventual “exclusión” de la prueba ilícitamente obtenida, el de ponderación. Llamado a analizar la relación entre los intereses procesales en juego y reconocer la posición preferente de los derechos fundamentales, considerados inviolables por una disposición de igual nivel (10.1 CE)¹²¹. Así, podemos afirmar que, la regla de exclusión en el sistema jurídico español nace a partir de la inexistencia de disposición legal relativa a la misma, más tiene “un contenido constitucional y un origen jurisprudencial”¹²², identificado gracias a la jurisprudencia a partir de la STC 114/1984, con una línea que prefiere su manejo a través de la ponderación, cuyo mecanismo obliga a abordar la aplicación de la misma en un esquema casuístico.

Esta posición se ve reforzada por la identificación de la aplicación de la *Teoría de los tres círculos*, creada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la fórmula construida por el TC¹²³. Esta teoría, fruto del modelo europeo-continental de interpretación de los derechos fundamentales¹²⁴ y orientado sobre la

¹¹⁸ Tal como se explica en el contenido de este estudio en secciones anteriores.

¹¹⁹ STC 114/1984. F.J. 4º.

¹²⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 114.

¹²¹ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, Nº. 2. 2005, pp. 187-211.

¹²² ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional*. STC 114/1984, de 29 de noviembre. Revista Valenciana d'Estudis Autònòmics 1985, núm. 1, p. 289.

¹²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita. La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo 2010, p. 135.

¹²⁴ Construido sobre la premisa que FERRAJOLI identifica en su obra, *Derecho y Razón*, cuando habla sobre la funcionalización de los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales en el plano sustancial del denominado Estado de Derecho. En: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid. 1995, p. 856.

ponderación de los derechos fundamentales afectados por la acción de adquisición de la prueba y el interés de la administración de justicia.

Habiendo aclarado los puntos anteriores, parece factible determinar la calificación del concepto de prueba ilícita plasmado por el TC en el contenido de la STC 114/1984, como uno que se alinea a una posición calificada de rígida, dada la referencia de ubicación de la garantía en la violación de derechos fundamentales, interpretada del contenido constitucional¹²⁵. Esta posición generó, a partir de la publicación de la sentencia que nos ocupa, y hasta la introducción de la teoría de la conexión de antijuridicidad, una corriente de expansionismo en materia de la aplicación de la regla de exclusión, tanto en materia de prueba ilícita directa, como derivada. Así, con el establecimiento de la regla de exclusión en el proceso penal español, identificamos “un paso adelante” en materia de protección de derechos fundamentales del ciudadano¹²⁶, en tanto esta significa un cambio con respecto a la aplicación de la tesis de GOLDSCHMIDT, instaurada en el ideario jurídico español con la publicación del artículo de SCHÖNKE¹²⁷.

2. Análisis del contenido de la sentencia.

El análisis del contenido de la STC 114/1984 se realiza, tradicionalmente, sobre los denominados Fundamentos Jurídicos, en tanto en ellos se agrupan los elementos interpretativos que relacionan los supuestos contenidos en los antecedentes, con la interpretación de la norma constitucional. En este sentido, y siendo que la doctrina ha realizado incontables estudios con respecto al contenido y alcances de la STC 114/1984, consideramos oportuno abordar el desarrollo de dicho estudio a partir de las clasificaciones elaboradas al contenido de esta resolución por MARTÍNEZ GARCÍA y ASENCIO MELLADO, estimando que en ellas encontramos la mayor oportunidad para realizar el estudio con la claridad expositiva que exige el tema. A su vez, cabe proponer, como elemento de

¹²⁵ Así lo reconoce ARMENTA DEU, al afirmar que: “*En una primera aproximación el Tribunal Constitucional parece acogerse a un concepto estricto de prueba ilícita (...)*”. En: ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. Revista *Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, p. 356.

¹²⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008, p. 152.

¹²⁷ RIVES SEVA, Antonio Pablo. *Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*. 2010. Consultado el 10 de marzo de 2015 y disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>

contraste, la clasificación que ha realizado DE LA OLIVA en un ejercicio de “segunda lectura” del texto de la sentencia, mismo que ha resultado en una reinterpretación del contenido por parte del autor y del que ha derivado una clasificación de los elementos que, a su juicio, representan la mayor importancia dentro de la misma, a los cuales ha denominado como los cuatro pilares de la sentencia¹²⁸. Será a partir de la interpretación conjunta de estas clasificaciones, realizamos las observaciones que siguen.

Resulta evidente que el reconocimiento realizado por el TC con respecto a la necesidad de excluir prueba obtenida con violación de derechos fundamentales parte de la inexistencia de tal pretensión a nivel constitucional, tanto que el mismo se ve obligado a afirmar la subsistencia de la misma, como un elemento derivado “*de la posición preferente de los derechos fundamentales y su afirmada condición de inviolables*”¹²⁹. Este reconocimiento, manifiestamente improvisado a partir de las referencias mencionadas en el fundamento jurídico anterior y, tal vez motivado por los mismos, aparece como un claro ejemplo de activismo judicial¹³⁰, el cual rendiría frutos tan sólo un año más tarde, con la inclusión de la consideración de la regla en el artículo 11.1 LOPJ. Esta expresión legislativa de un antecedente judicial, precedido únicamente de la STC 114/1984 es clara indicación de la influencia de dicha postura en el pensamiento legal de la época y con respecto a la posición garantista que evolucionaba en distintos frentes del ordenamiento español.

2.1. La garantía de inadmisión y su independencia del derecho fundamental vulnerado.

MARTÍNEZ GARCÍA cree identificar la manifestación de este principio en el F.J. 1º de la STC 114/1984, más lo hace de manera errónea¹³¹. Es el F.J. 5º el que explica dicha independencia, en razón de que el TC estima en dicho apartado, que

¹²⁸ Cabe considerar en todo momento que el propio autor ha calificado a estos pilares de “endebles y quebradizos”. Vid: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 195.

¹²⁹ STC 114/1984 F.J. 4º.

¹³⁰ Concepto entendido como aquellas decisiones jurisdiccionales que se sospecha están basadas en opiniones o inclinaciones propias del juzgador, no así en legislación vigente. Según la definición aportada por: WOLFE, Christopher. *Judicial Activism*. Rowman & Littlefield, 1997. 149 pp.

¹³¹ MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, p. 77.

la relevancia constitucional de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales existe en razón de una “ligazón” entre la ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad amparable en vía constitucional.

Esta estimación, eminentemente construida a partir de una ficción, busca evitar el obstáculo que plantearía para el acceso al recurso de amparo la obligación del TC para realizar la revisión del juicio fáctico realizado por la jurisdicción ordinaria¹³². Es en razón de esta prohibición que el TC opta por ubicar la afectación que constituye la prueba ilícita admitida en el contenido de los artículos 24.2 (en razón de la impertinencia de la prueba) y 14 CE (por cuanto hace a la desigualdad de las partes en juicio), calificación que deriva en la impertinencia del elemento probatorio en cuestión¹³³. En este sentido, el TC puede analizar en amparo ya no el juicio fáctico específico en relación a la prueba ilícita, sino la valoración en conjunto, realizada por el tribunal de primera instancia, a efectos de descartar la utilización de la prueba ilícita como fundamento de la misma.

La autora, sin embargo, si atina en reconocer la reproducción de esta construcción en el contenido del F.J. 12º de la STC 49/1999, en tanto la misma reproduce parte de los razonamientos expuestos en la STC 114/1984, al afirmar que la recepción procesal de la prueba ilícita implica vulneración de las garantías contenidas en los arts. 24.2 y 14 CE y que, en tal medida, el debate del juicio oral fue viciado por la admisión de tales elementos probatorios. Circunstancia que habilita al TC a conocer de la petición de amparo.

2.2. La posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolables como garantía de inadmisión de la prueba ilícita.

En primer lugar, con respecto a la “posición preferente de los derechos fundamentales”, DE LA OLIVA afirma que este reconocimiento es válido en tanto se limite a una afirmación, más determinar como exigencia de tal reconocimiento

¹³² Situación prohibida por el art. 44 LOTC, según afirma GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita*. En: Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 1, Núm. 2. 1993 - 1994, p. 69.

¹³³ Esta afirmación ha sido retomada en otras sentencias. Vid: STC 50/2000: “*La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14 de la CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables*”.

la privación de valor procesal de elementos probatorios “pertinentes y útiles”¹³⁴ parece, cuando menos, debatible. El autor afirma que esta determinación de la posición preferente no es ni evidente ni axiomática y por tanto el reconocimiento pretendido por la STC 114/1984 al respecto se antoja indebido.

De la revisión de la doctrina, es factible afirmar que el término “preferente” y su utilización como adjetivo con respecto a la posición que guardan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español deriva del contenido del artículo 53.2 CE¹³⁵, en tanto en él se establece la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales mediante este denominado principio de “preferencia”, desarrollado en la Ley 62/1978¹³⁶. Esta norma, hoy en día derogada, establecía tal principio como un mecanismo ideado en función de otorgar tratamiento preferente a los procesos que versaran sobre vulneración a los mismos y parece tener origen en la doctrina norteamericana de la *preferred freedoms*¹³⁷. Con estos antecedentes, parece que la intención del TC al señalar como preferente la posición de los derechos fundamentales susceptibles a vulneración en el ámbito del proceso penal, busca establecer una jerarquía u orden, que sitúe a los mismos por encima de otros derechos que pudieran entrar en conflicto al resolver el caso en concreto.

En segunda instancia, el autor asocia la utilización del concepto “inviolables”, asociado a los derechos fundamentales según el contenido del artículo 10.1 CE, a una posición retórica, al buscar mediante el mismo rendir especial importancia a los mismos. Deriva esta línea de pensamiento del hecho que, la misma CE prevé la limitación de derechos fundamentales en situaciones muy diversas, por lo que no cabe más que considerar la afirmación del autor como correcta y atribuir a la redacción de la sentencia que nos ocupa, un cierto aire de ironía, al encontrar en

¹³⁴ En clara utilización de los conceptos analizados en párrafos anteriores con respecto al contenido de los artículos 565 LEC y 659 LECrim.

¹³⁵ Art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

¹³⁶ Ley 62/1978 de 26 de diciembre. Esta Ley establece la regulación relativa a la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

¹³⁷ Si bien la tendencia doctrinal le llama *preferred position*. La doctrina se desarrolló a partir del contenido de las sentencias: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919), *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) y *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

la composición de la misma que el término inviolables se encuentra, efectivamente, entre corchetes.

También cabe asociar a esta afirmación la opinión que DE LA OLIVA endereza contra la pretensión de la existencia de una “necesidad constitucional de no confirmar las contravenciones a derechos fundamentales”, en la que el autor pone de manifiesto la multiplicidad de preceptos constitucionales y legales que otorgan superior prevalencia al logro de los fines del proceso sobre los derechos fundamentales. Para el autor, esta falta de superioridad es manifiesta en el cuerpo de la “*multitud de resoluciones judiciales (...) que legítimamente autorizan actuaciones que afectan a la inviolabilidad del domicilio, al secreto a las comunicaciones y al derecho a la intimidad*”¹³⁸.

En todo caso, el resultado de la aproximación garantista y el reconocimiento de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional derivó, con la STC 114/1984, en la formulación de una regla de exclusión de carácter absoluto, operante ante cualquier lesión de un derecho fundamental en la obtención del elemento de prueba¹³⁹.

2.3. La inexistencia de un derecho fundamental autónomo que impida la admisión de prueba ilícita.

Este punto, plasmado en el F.J. 2º de la sentencia que nos ocupa, es desarrollado por el TC como una corrección a la petición del actor en amparo, que pretende el reconocimiento de una vulneración al derecho contenido en el art. 18.3 CE, en tanto el recurrente señala que la resolución impugnada actualiza una vulneración “directa e inmediata” al derecho al secreto de las comunicaciones¹⁴⁰.

En este sentido, el doble reconocimiento que el TC realiza al afirmar que no existe “un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico” y, posteriormente, la inexistencia de “un derecho

¹³⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 197.

¹³⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 115.

¹⁴⁰ STC 114/1984, F.J. 2º, párrafo 3ro.

constitucional a la desestimación de la prueba ilícita” implica, en realidad, 2 circunstancias diversas.

En un primer momento, estimamos que el TC hace referencia a la recepción o admisión de la prueba ilícita por parte del órgano jurisdiccional de primera instancia, acción que estima, no violatoria de derechos fundamentales, en tanto, con toda claridad, no existe en este momento la regla de exclusión contenida en el art. 11.1 LOPJ.

Con estos antecedentes, el TC hace del conocimiento del recurrente que la exigencia que puede operar en sentido de privar de eficacia a dicha prueba se encuentra desconectada de la vulneración que dio origen al elemento probatorio, al ubicarse esta en un plano distinto, por tratarse de una exigencia derivada de la expresión de una garantía objetiva (según se explica en el punto 1.4 de este apartado) que, en el momento de la admisión de la prueba, puede no ser vulnerado, en tanto la sola admisión no vulnera derechos fundamentales. En el segundo supuesto, la falta de un derecho constitucional a la desestimación no debe confundirse con la imposibilidad de la misma, más debe ubicarse dicha exigencia en la interpretación, tal como hace el TC al afirmar que deben ponderarse los “intereses en tensión” en cada caso.

Esta interpretación del TC resulta compleja, en tanto el reconocimiento como garantía en sentido objetivo implicaría la prohibición de recepción que el TC niega en el F.J. 2º de la sentencia, a lo que la prohibición de valoración resultante del análisis de tal admisión, contenida en el art. 44 LOTC, le impediría conocer de tal vulneración. Así, resulta que la aplicación efectiva de la garantía debe esperar a que el elemento probatorio forme parte de la decisión del órgano de primera instancia, puesto que de lo contrario, el factor habilitante para la revisión de la actuación carece de fundamento y es privativo para la utilización del mismo en el análisis de segunda instancia.

Parece con lo anterior, que el TC intenta poner en conocimiento del recurrente, si bien el acto original de obtención de la prueba vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones contenido en el art. 18.3 CE, la recepción de tal elemento y su utilización como fundamento en la condena de primera instancia no actualizan una nueva vulneración a tal derecho fundamental. Siendo esto aclarado, el TC habilita la vía para el amparo al reconocer que la acción consistente en la admisión y posterior utilización del elemento probatorio si puede actualizar una vulneración, ahora no al 18.3, sino a los arts. 24.2 y al 14 CE.

De esta interpretación puede derivarse el sustento a la afirmación que realiza el propio TC en el F.J. 2do, al equiparar el derecho fundamental autónomo a aquel que fue originalmente afectado, por lo que al afirmar la inexistencia del primero, el TC lo que hace es desplazar la capacidad de “estimación procesal” de la vulneración a la relevancia que la misma guarde para con la garantía reconocida en el contenido del F.J. 4º, es decir, la garantía objetiva de la inadmisión, que se traduce, con efectos prácticos, a que la intervención del TC por vía de amparo se limita aquellos casos en que la prueba ilícita haya sido admitida y forme parte de la valoración del órgano jurisdiccional de primera instancia.

2.4. La garantía objetiva de la inadmisión de las pruebas ilícitas.

Este punto, derivado de la redacción del F.J. 4º al manifestar el TC en el contenido de la resolución que: “*Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales(...)*” al parecer ha sido reconocido por la doctrina, al ser incluido en las clasificaciones de MARTÍNEZ GARCÍA y ASECIO MELLADO por cuanto al contenido de la sentencia que nos ocupa, más al parecer los autores agotan la explicación sobre el punto en la reiteración del propio contenido, por lo que estimamos se hace necesario explicar en que consiste dicha “garantía objetiva”.

Al respecto, se estima que el TC salva, en la redacción de la STC 114/1984 la inoperatividad de las pruebas obtenidas con lesión de derechos fundamentales, aún y cuando dicha garantía no se constituya como un derecho fundamental de carácter autónomo¹⁴¹, dado el lugar preferente que los derechos de esta categoría ocupan en el ordenamiento constitucional, siendo esta garantía equivalente a una del “orden de libertad”, alineando su interpretación a la de VIVES ANTÓN¹⁴². Estas dos interpretaciones, que transcurren en vías paralelas, omiten la aproximación a la definición material de lo que constituye una garantía de carácter objetivo y, más aún, no determinan el alcance de la misma. MARTÍNEZ GARCÍA no es más afortunada, al limitar su exposición a la reproducción del ya citado contenido de la sentencia.

¹⁴¹ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 78.

¹⁴² VIVES ANTÓN, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. Rev. poder judicial. justicia penal. Número especial ii, marzo de 1987*. Cita en p. 26

En este plano, el TC reconoce con la calidad de “garantía objetiva” a la nulidad de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en el texto constitucional¹⁴³, por lo que equipara “*la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental*” a “*un deber de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por los derechos fundamentales*”¹⁴⁴. Con respecto a la dimensión “libertad”, añadida por el propio TC a la calificación de “garantía objetiva”, pareciera que el mismo deriva de la intención de otorgar protección a los mismos por la vía de no intervención¹⁴⁵, a la vez que la CE divide al conjunto de derechos fundamentales que le integran, clasificando aquellos contenidos en los artículos 14 y 15 a 29 bajo el rubro de “*derechos fundamentales y libertades públicas*”. Es así como el reconocimiento de garantía objetiva opera, a la vez, como parámetro de validez de la regla de exclusión, interpretada en la STC 114/1984 a partir del contenido de la CE, al otorgarle un ámbito de aplicación de carácter general.

El propio TC determina el alcance de la garantía de protección en los párrafos siguientes del F.J. 4º, al manifestar que el reconocimiento de la misma puede ceder ante la exigencia de procuración de verdad mediante el proceso penal cuando su base sea infra constitucional (en referencia a la garantía), más pareciera que el reconocimiento de la “posición preferente” y la “inviolabilidad” de los derechos fundamentales escapa en este momento a la comprensión del TC, quien omite manifestar que la propia garantía que ha reconocido encuentra también límites en el plano constitucional mediante el procedimiento de limitación de garantías contenido en la propia CE (arts. 53, 81 y 82).

¹⁴³ En específico y, citando el contenido del F.J. 4º de la STC 114/1984: “*En la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución*”.

¹⁴⁴ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid. 2010. Y reconocido en otras sentencias al determinar que: “*es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos*”. STC 49/1999 F.J. 12º.

¹⁴⁵ Esto se afirma a partir de la doctrina de HESSE, quien señala: “*Al significado de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa del individuo frente a las intervenciones injustificadas del Estado corresponde su significado jurídico objetivo como preceptos negativos de competencia. Las competencias legislativas, administrativas y judiciales encuentran su límite siempre en los derechos fundamentales; éstos excluyen de la competencia estatal el ámbito que protegen, y en esa medida vedan su intervención*”. Vid: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, H.; HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. LÓPEZ PINA, Antonio (Trad.). Ed. Marcial Pons - IVAP. 2da. Edición. Madrid. 2001. 900 pp.

2.5. Posibilidad o prohibición de la valoración de la prueba refleja o derivada y la introducción de la teoría del fruto del árbol envenenado.

Habiendo establecido la relevancia que guarda la STC 114/1984 al atribuirle la creación de la teoría de la ilicitud probatoria en el sistema legal español¹⁴⁶, cabe analizar las reglas que se fijaron a partir de esta y su interpretación. La decisión de normativizar dicho contenido, posteriormente plasmado en el artículo 11.1 LOPJ, parece ya dar indicación de la tendencia expansionista que el TC construiría durante el resto de la década, al establecer que: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos o libertades fundamentales*”¹⁴⁷.

La configuración pactada en el contenido de la sentencia, refleja la disposición del TC de ubicar la regla de exclusión dentro de “*(la) expresión de una garantía objetiva implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos*”¹⁴⁸. Si bien la doctrina no logra concertar el momento de la admisión de esta teoría en el derecho español¹⁴⁹, cabe establecer como punto de partida el contenido de la STC 114/1984, siendo esta sentencia donde se establecieron los primeros puntos relativos al establecimiento de la garantía de inadmisibilidad de la prueba ilícita.

Abundando en el tema, mediante el análisis doctrinal de la sentencia, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES identifican el reconocimiento de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita, presente en el contenido de la STC 114/1984, más sin embargo afirman no encontrar mención relativa al efecto

¹⁴⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 61.

¹⁴⁷ Así lo reconoce: ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México. 2005, p. 309.

¹⁴⁸ STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, (De ahora en más 114/1984) F.J. 2º.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal a la luz de la STC 81/1998 de 2 de abril*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2003, p. 75.

reflejo en la misma, sino hasta el establecimiento a nivel legal de la garantía en el 11.1 LOPJ¹⁵⁰.

Otros autores han optado por atar la existencia de los efectos reflejos de la prueba ilícita a la existencia de una relación de carácter causal entre la actuación ilícita y la prueba de ella obtenida¹⁵¹. Esta posición resulta, en parte, plasmada en el contenido de la STC 81/1998, donde el establecimiento de la doctrina de la conexión de antijuridicidad condiciona la relación entre prueba ilícita original y derivada a la existencia de tal nexo, equiparando el análisis de la relación a un juicio de ponderación¹⁵².

2.6. La aplicación del régimen de nulidad como resultado de la admisión de prueba ilícita.

Parece ser que, tal como explica LUCCHINI: “*La primera idea que surge frente a la inobservancia del rito, es que el acto a que se refiere la inobservancia sea nulo, es decir como no acontecido*”.¹⁵³ Esta máxima explica el hecho de que diversos autores estimen a la nulidad como la consecuencia razonable derivada de la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento¹⁵⁴, el propio TC ha plasmado, en su STC 41/1998¹⁵⁵, que la teoría de la nulidad de actuaciones no resulta de aplicación en el marco del proceso penal, por lo que la prohibición de valoración de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales resulta

¹⁵⁰ DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 41.

¹⁵¹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVARES, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, pp. 79 - 114.

¹⁵² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Universitat de Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, p. 76.

¹⁵³ LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*, 3ra. Edición. 1905. Referencia en: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 241.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, pp. 187 – 211 y GIMENO SENDRA, entre otros.

¹⁵⁵ F.D. 2, voto particular primero.

más *ad hoc*¹⁵⁶. Sin embargo, esta determinación no siempre ha sido la vía indicada a seguir en la resolución, dado que del estudio de los antecedentes legales en la materia, resulta evidente que la aplicación del régimen de nulidades fue, en primer momento, el trámite procesal preferido para desahogar lo relativo a la prueba ilícita.

En este sentido, identificamos a la raíz de la forzada aplicación del régimen de nulidad en la materia en dos cuestiones diversas. Por un lado, siendo que la propia STC 114/1984 reconoce que la nulidad es la consecuencia razonable para la utilización de una prueba declarada ilícita, en función de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento. Tal como identifica DE LA OLIVA¹⁵⁷ al señalar como uno de los “pilares” de dicha sentencia la consideración de que debe predicarse “*la nulidad radical de todo acto violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución*”¹⁵⁸. Esta invocación de la “*nulidad radical de todo acto...*” es considerada por el autor como un desplazamiento de la finalidad de la aplicación de la exclusión de la prueba ilícita, en tanto la finalidad de la misma no es la determinación de la validez de las actuaciones, sino la privación de efecto de las mismas, en tanto importen violación de derechos fundamentales¹⁵⁹.

Por otro lado, en materia de práctica forense, ambos conceptos parecieran ser semejantes, desde el punto de vista pragmático¹⁶⁰. No resulta difícil comprender las afirmaciones anteriores si se parte del supuesto en que, dentro del contexto legal español, la aplicación del régimen de nulidad como efecto de la violación a derechos fundamentales es de común aplicación¹⁶¹. Esta realidad se explica, a su vez, del posicionamiento que ha adoptado la doctrina al reafirmar la validez del

¹⁵⁶ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. 2012, pp. 225 - 226.

¹⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 195.

¹⁵⁸ Según la redacción de la propia STC 114/1984 F.J. 4º.

¹⁵⁹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 197.

¹⁶⁰ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. 2012, pp. 226.

¹⁶¹ Art. 55 L.O. 1979 del T.C.; Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y la propia STC 114/1984.

precepto *nullum est quod nullum effectum producit* y el evidente paralelismo entre el mismo y la prohibición de causación de efectos atribuida a la prueba ilícita en la redacción del art. 11.1 LOPJ.

Sin embargo, DE LA OLIVA pone a consideración el contenido de la STC 114/1984, pues este parece no acomodarse del todo a la pretensión de resultado de la regla de exclusión¹⁶² (aún en este momento en que, como tal, dicha regla no existía, más se adivinaban sus cauces en la redacción de la ya citada sentencia). En este sentido, la asimilación de la aplicación del régimen de nulidad a la esperada prohibición de efectos de la regla de exclusión ha sido sujeto de diversas críticas en este sentido, orientadas sobre la aspiración de eliminación de los efectos, tal como ya se señaló en el párrafo anterior, situación que la figura de la nulidad no consigue, dado que la declaración de nulidad de un acto no implica, *ipso facto*, la nulidad de los actos que de este deriven, situación que privaría de eficacia a la regla de exclusión basada en esta interpretación¹⁶³.

Así, siguiendo a ARMENTA DEU, el tratamiento procesal a través del cauce de las nulidades (art. 238 LOPJ) se seguirá únicamente ante infracciones de “legalidad ordinaria”¹⁶⁴, en parte por que el ámbito de aplicación de la exclusión es mayor, en tanto puede hacer referencia a actos procesales, así como a actos realizados de forma extraprocesal.

2.7. Las referencias a doctrina extranjera en el cuerpo de la STC 114/1984.

En este apartado del análisis del contenido de la STC 114/1984, se hace referencia a la interpretación que los países del *common law* y, de manera específica, Estados Unidos, hacen con respecto a la admisión de la prueba obtenida de manera ilícita por particulares. Este asomo al derecho estadounidense

¹⁶² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 195.

¹⁶³ Como ejemplo, se cita el contenido del art. 230 LEC: “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”. Texto de la última modificación publicada el 4 de noviembre de 2009.

¹⁶⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Vol. IV., ed. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME, Marcel. Primera Edición. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 309.

se centró, de manera casi específica, en el caso *United States v. Janis*¹⁶⁵, en el que se apoya el TC para analizar los conceptos de *wrongfully obtained evidence* y *exclusionary rule*. Esta situación al parecer limitó la visión del TC en la materia, puesto que no puso en evidencia el proceso de declive que la *exclusionary rule* sufría en aquél país¹⁶⁶. El extenso ejercicio de análisis de las reglas de exclusión de sistemas jurídicos extranjeros es considerado por algunos autores como un ejercicio orientado a subsanar la imposibilidad afrontada por el TC para otorgar mayor amplitud al fundamento al argumento a favor del desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema jurídico Español¹⁶⁷.

Así, siguiendo la interpretación que GONZÁLEZ MONTES hace de tal ejercicio comparativista, es factible asegurar que la limitada visión del TC con respecto a la interpretación de la regla en distintos sistemas legales acarrea consecuencias desafortunadas para la construcción de la misma en el sistema español, dado que el TC parece no entender la distinta función que cumple la jurisprudencia en los países de tradición jurídica del *common law*, así como tampoco parece considerar la distinta manera en que se construyen las reglas probatorias en dichos sistemas¹⁶⁸. Algunos autores parecen adivinar, en la referencia a la doctrina norteamericana, la intención de dar cabida al llamado efecto disuasorio, identificado como el fundamento jurídico de la regla en aquél país. Lo cierto es que el apartado termina con el reconocimiento de la inexistencia de una regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el Derecho español, acusando de inconcluso el recurso contenido en el 10.2 CE por ausencia de interpretación (y pronunciamiento) al respecto por parte del TEDH.

Sobre la particular aproximación con que el TC liga la regla de exclusión al contenido de la CE, MIRANDA ESTRAMPES intuye que la determinación de situarlo en la posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolables, “*permite distinguir la construcción originaria de la regla de exclusión de la prueba ilícita en nuestro país del modelo norteamericano de la exclusionary*

¹⁶⁵ *United States v. Janis*, 428 U.S. 422 (1976).

¹⁶⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 27.

¹⁶⁷ *Ídem*.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita*. En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 1, Núm. 2. 1993 - 1994, p. 73.

*rule*¹⁶⁹. A su vez y ya fuera del ámbito explicativo de la propia sentencia, el mismo autor identifica la influencia de la doctrina alemana de *los tres círculos*, así como las dificultades que esta importa al momento de determinar el alcance del ámbito privado. Con esto en mente, la opción tomada por el TC español se decantó a la configuración de la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional, encontrando la misma su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías¹⁷⁰. Como expone el mismo autor, este fundamento se ha ido desplazando, de manera gradual, hasta acercarse más al modelo norteamericano, caracterizado por la des-constitucionalización del fundamento de la regla e introduciendo un discurso orientado a la necesidad de aplicación del efecto disuasorio.

¹⁶⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita. La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia*, Núm. 47. 2003, p. 53.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 136.

IV. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

1. El Artículo 11.1 LOPJ.

Habiendo reconocido que:

“La doctrina sobre la prueba prohibida surge de la tensión entre el interés público en hacer prevalecer la verdad y el interés igualmente público en tutelar eficazmente los derechos fundamentales; tensión resuelta por el artículo 11.1 LOPJ, que hace ceder el primero a favor del segundo”¹⁷¹.

Se torna necesario abordar el estudio de la norma que da cabida a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema legal español. Siendo que la CE no contiene regla de exclusión alguna para la prueba ilícitamente obtenida (entendida como prueba obtenida con violación de derechos fundamentales)¹⁷², podemos afirmar que el artículo 11.1 LOPJ carece de precedentes en el Derecho constitucional o infra-constitucional español¹⁷³, aún y cuando algunos autores estiman que es factible equiparar la eventual inadmisión de elementos probatorios por atentar *“contra la moral o la dignidad de la persona”*¹⁷⁴, situación que nos parece, por demás, diversa y no aplicable a lo que, en el fondo, pretende lograr la redacción del artículo en análisis.

Entendemos en este sentido que, la lectura de los fundamentos útiles a efectos del establecimiento y configuración de la regla de exclusión en el texto constitucional, se produce con la emisión de la STC 114/1984¹⁷⁵, al cobrar especial relevancia la

¹⁷¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México. 2005, p. 309.

¹⁷² GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, pp. 187-211, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, 209 pp.

y AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Ante una común y preocupante tendencia*. Revista General de Derecho Público Comparado Número 3. 2008. 17 pp.

¹⁷³ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita...*, p. 4.

¹⁷⁴ Se habla desde luego del Anteproyecto de Reforma a la LEC de 1881, en específico al contenido del art. 549.1.

¹⁷⁵ AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Ante una común y preocupante tendencia*. Revista General de Derecho Público Comparado Número 3. 2008, p. 9.

lectura realizada por parte del TC del texto constitucional por la anteposición de la protección de los derechos fundamentales a la búsqueda de la verdad material. Dado lo anterior, parece acertado afirmar que la interpretación realizada por el TC sirvió de pauta al legislador para trasladar el fundamento interpretado *ex Constitutione* al plano de la legislación ordinaria, dotando al órgano jurisdiccional de herramientas más amplias para el tratamiento del tema de la prueba ilícita, dada la mayor ambición con que fue redactada la norma. Ambición atribuible a un ideal garantista, mismo con que fue fabricado el apartado 1 del artículo 11 de la LOPJ, al incorporar al paradigma procesal español el concepto de exclusión de la prueba ilícita derivada, clara adopción de la doctrina estadounidense del *fruto del árbol envenenado*, la cual terminaría por inspirar la gradual expansión de los supuestos de aplicación de la regla de exclusión en España, hasta la publicación de la STC 81/1998 y el establecimiento de la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

Partiendo de la perspectiva de un estudio en el ámbito normativo, debemos comenzar por determinar la aportación que dicho artículo realiza al sistema jurídico español, con especial relevancia al tema del tratamiento de la prueba ilícita mismo que, según DE LA OLIVA, es el que esta norma ha sido quien priva de valor procesal a los instrumentos de prueba ilícitamente obtenidos en España¹⁷⁶, proponiendo así una solución al conflicto entre intereses público y privados en el marco del proceso penal¹⁷⁷. Dicha solución parte del contenido de la propia STC 114/1984 y su F.J. 4to, siendo este el que GONZÁLEZ GARCÍA identifica en la redacción del artículo 11.1 LOPJ, al afirmar que este “*implica la adopción de un criterio legal para decidir qué hacer con los medios de prueba ilícitamente obtenidos*”¹⁷⁸, al darles trámite mediante la privación de efecto para fundar la resolución alcanzada por el juez en el proceso penal.

Por su parte, la importancia de la doctrina establecida en la STC 114/1984 es notable, dado que la misma fue adoptada de manera casi inmediata por el

¹⁷⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, pp. 91-108.

¹⁷⁷ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 77.

¹⁷⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, p. 4.

legislador, al verse reflejada en el contenido de la LOPJ¹⁷⁹. Por lo que se destaca la función integradora que, en un primer momento, se alcanzó con tal posicionamiento, sobre todo ante la falta de disposición que había caracterizado, en resoluciones anteriores, al TC en materia de poner límites a la denominada prueba ilícita¹⁸⁰. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES, el 11.1 LOPJ representa la plasmación, a nivel de legalidad, de la garantía constitucional de inadmisión de la prueba ilícita¹⁸¹, a la que se añade la consideración de la incorporación del efecto reflejo, en función de la doctrina norteamericana del *fruit of the poisonous tree doctrine*, bajo la consideración que, de hacer lo contrario, se burlaría la eficacia de la garantía por caminos indirectos. Esta posición se refuerza por la apreciación con respecto a que la interpretación debe realizarse desde el plano de la óptica constitucional y con miras hacia la legalidad ordinaria, siendo la Constitución la que impondrá los límites del tratamiento con respecto a la admisión de la prueba ilícitamente obtenida¹⁸². ARMENTA DEU le atribuye así una doble función, en tanto estima que sirve como elemento regulador de las garantías del “derecho al proceso con todas las garantías”, a la vez que cumple funciones de protección intraprocesal de derechos y libertades, al proscribir la valoración de las pruebas obtenidas en violación de las garantías reconocidas en la primera función¹⁸³.

Si bien se atribuye al contenido del art. 11.1 LOPJ la consagración en el ordenamiento jurídico español de la regla de exclusión a la prueba ilícita, al ser calificada como una prohibición de carácter absoluto de rango no constitucional¹⁸⁴, puede afirmarse que dicha función es cumplida de manera parcial y fraccionaria, en tanto la deficiencia que el mismo irradia ha vulnerado el tratamiento procesal de la materia. Es, entre otros elementos, este rango “no constitucional” el que ha permitido la flexible interpretación del contenido de la norma por parte del TC y ha

¹⁷⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008, p. 153.

¹⁸⁰ Haciendo referencia, desde luego al ATC 299/1984 de 16 de mayo.

¹⁸¹ DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. p. 41.

¹⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Ed. Akal. Madrid. 1989, p. 142.

¹⁸³ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 51.

¹⁸⁴ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE. UU. Y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Universitat Autònoma de Barcelona. 2012, p. 320.

permitido los movimientos “pendulares” en su tratamiento. Prueba de esto es, que en tanto *la rotundidad con que está redactada la norma parece no admitir excepciones*¹⁸⁵, la realidad se encuentra plagada de las mismas. Aunque, al menos, se reconoce que el artículo que nos ocupa representa, en palabras de MARTÍNEZ GARCÍA, “*el principal hito en materia de lucha contra la prueba ilícitamente obtenida*”¹⁸⁶, en tanto el mismo representa “*la adopción de un criterio legal para decidir que hacer con los medios de prueba ilícitamente obtenidos*”¹⁸⁷.

En la evaluación al contenido del art. 11.1 LOPJ, GONZÁLEZ GARCÍA determina que el mismo constituye una norma de carácter prohibitivo, a la vez que distingue dos elementos constitutivos en su redacción¹⁸⁸. El primer elemento identificado por el autor consiste en un supuesto de hecho de carácter restrictivo, delimitado como una “conducta prohibida”, cuyo contenido se traduce en la prohibición de obtener elementos de prueba mediante violaciones, directas o indirectas, de derechos fundamentales. Esta prohibición específica se refiere a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 CE. En segundo lugar el autor plantea, como parte del contenido de la norma en análisis, el efecto de la vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de la fuente de prueba, es decir, el efecto del incumplimiento del supuesto de hecho que ha delimitado en el punto 1. El efecto de dicho incumplimiento se traduce en una falta de eficacia de la prueba obtenida, es decir, que esta no surtirá efecto.

Considerando lo anterior, cabe señalar, bajo un análisis profundo de la redacción del artículo 11.1 LOPJ, la posibilidad de distinguir un elemento de carácter restrictivo, consistente en una prohibición, elemento que no corresponde, tal y como afirma GONZÁLEZ GARCÍA, a la prohibición de obtener elementos de prueba en que importen violaciones a derechos fundamentales, en atención a que tal prohibición se encuentra orientada a los órganos de investigación del Estado, lo que supone que, el fundamento jurídico de la regla de exclusión contenida en el art. 11.1 LOPJ, será el efecto disuasorio.

¹⁸⁵ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La prueba ilícita*. Revista Persona y Derecho. Vol. 54. 2006, p. 370.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 53.

¹⁸⁷ *Ídem*.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, p. 8.

En nuestra opinión dicha prohibición se orienta, de manera exclusiva, al órgano jurisdiccional, la cual le instruye para aplicar, como consecuencia de la apreciación de la existencia de la violación a derechos fundamentales en la obtención del elemento probatorio, el efecto de falta de eficacia de la prueba así obtenida. Luego entonces, la prohibición contenida en el artículo 11.1 LOPJ consiste en una regla de exclusión, ya que la aplicación de la misma derivará en la declaración de ineficacia del elemento probatorio. A su vez, esta declaración de ineficacia privará a la prueba declarada ilícita de utilidad como fundamento para una condena. La omisión en el cumplimiento de dicha prohibición por parte del órgano jurisdiccional deriva en una lesión al derecho a la presunción de inocencia, misma que rinde susceptible de revocación la condena así impuesta, por infracción al contenido constitucional de tal derecho. Es la determinación del derecho fundamental lesionado en este supuesto lo que causado la discusión doctrinal entre la presunción de inocencia y el derecho al proceso con todas las garantías como fundamento a la regla de ineficacia de la prueba ilícita. Esta aludida ineficacia, interpretada como la “clave de bóveda interpretativa”¹⁸⁹ de la configuración jurídica de la prueba ilícita, es en parte responsable de la multitud de efectos que la doctrina y la propia jurisprudencia atribuyen a la calificación de un medio probatorio como ilícito.

Partiendo del hecho que el ámbito de protección de la norma es bastante claro, al referirse a los derechos o libertades fundamentales¹⁹⁰, cabe seguir la clasificación elaborada por ASENSIO MELLADO, la cual determina que el análisis del concepto contenido en el artículo que nos ocupa, sirve mejor su propósito si se aborda, a partir del método exegético, el análisis de cada uno de los 4 conceptos que lo

¹⁸⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 16.

¹⁹⁰ Esta delimitación es abordada por MONTERO AROCA, quien considera: “*Lo primero que aparece claro es que en la norma de la LOPJ no se ha querido proteger, frente a la investigación de fuentes de prueba realizadas por las partes, a todos los derechos subjetivos, sino sólo a aquellos que la Constitución considera fundamentales, con lo que quedan fuera todos los demás derechos que no alcanzan ese rango, el principal de los cuales por su trascendencia práctica es el de la propiedad. No se ha pretendido, pues, declarar la ineficacia de las pruebas ilícitas en general, sino sólo de las obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales*”. MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 297.

integran: “obtención”, “prueba”, “no producción de efecto” y “directa o indirectamente”¹⁹¹.

El concepto “obtención”, de evidente relevancia, parte de la importancia que el propio TC ha proyectado sobre la dimensión de actuación y alcance en que debe desarrollarse tanto la regla de exclusión como la manifestación procesal de la prueba ilícita¹⁹². Al respecto, se explica el alcance de tal concepto en la redacción del 11.1 LOPJ y en relación al proceso penal, mismo que entiende en un sentido amplio¹⁹³:

- a) Actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba.
- b) Labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles.

La redacción del artículo ha provocado que, mediante la interpretación literal del concepto “obtención”, algunos autores deduzcan que la ilicitud probatoria se agota en la comisión de una posible infracción en la obtención de una prueba en la labor de búsqueda de la prueba¹⁹⁴. La otra cara de la moneda, desde luego, opta por dejar abierta la puerta a que toda actividad de incorporación de prueba al proceso sea alcanzada por el concepto en cuestión, aún y cuando el propio TC fijó, desde una etapa muy temprana de la interpretación, el hecho de que: *“la ilicitud de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales se refiere al momento de su obtención no a la producida en su admisión al proceso o de su práctica en él pues los problemas derivados de estas últimas cuestiones se conducen a la regla de la interdicción de la indefensión”*¹⁹⁵.

¹⁹¹ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida.*, Primera Ed. Madrid, Editorial Trivium. 1989, p. 89. El propio autor explica la irrelevancia de abordar el análisis del concepto “infracción de derechos fundamentales”, pues afirma que al ser este el punto de partida necesario para el tratamiento del tema de prueba ilícita, no es preciso hacer referencia.

¹⁹² El propio TC ha reconocido la importancia de la misma en diversas sentencias, por ejemplo, la STC 64/1986, al afirmar: *“(…) la idea de la prueba prohibida (sic) está íntimamente referida al momento crucial de la obtención de la prueba”*.

¹⁹³ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida.*, Primera Ed. Madrid, Editorial Trivium. 1989, p. 82. y DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguél Ángel. *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial.*, 4ta. Ed. Thomson - Aranzadi. 2007, p. 45.

¹⁹⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal.* Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 189. Entre otros, DÍAZ CABIALE, al atribuir la expresión y el ánimo del legislador al momento de plasmarla en la norma como un límite aplicable únicamente a la fase de obtención de fuentes probatorias. *Vid:* DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal.* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 121.

¹⁹⁵ STC 64/1986 de 21 de mayo.

A partir de lo estipulado por el TC en la STC 64/1986, la Fiscalía General del Estado también ha tenido oportunidad de pronunciarse con respecto a la reconducción de las transgresiones al ordenamiento ordinario en materia probatoria, situando las mismas como una irregularidad procedimental “cuyas consecuencias serán distintas si esa irregularidad ha generado o no indefensión”¹⁹⁶. Esta interpretación, aparejada a los esfuerzos por marcar claras distinciones entre lo que constituye una prueba prohibida, una ilícita y una irregular debiera culminar en la asunción homogénea de la interpretación del concepto “obtención” en el sentido proyectado por el propio TC hace ya más de 30 años.

La definición que ASECIO MELLADO otorga al concepto de “prueba” o “las pruebas”, parte de una concepción amplia del mismo, abarcando los términos coetáneos al mismo, tal como serían “fuente”, “medio”, etc.¹⁹⁷ El autor también afirma que el contenido normativo del art. 11.1 LOPJ no se agota con la obtención de la prueba, por lo que la búsqueda e investigación es sólo una parte del concepto que el mismo aborda, y que no cesa en su aplicación sino hasta llegar a lo que denomina un resultado probatorio del proceso¹⁹⁸. Apoya esta concepción BARREIRO, para quien “*ha de entenderse como insuficiente y errónea la limitación de la prueba ilícita a la fase de investigación, pues claramente ha de extenderse también a la del plenario*”¹⁹⁹.

La amplitud de la definición también deberá hacer referencia al sujeto que obtiene el elemento probatorio en cuestión²⁰⁰, no limitándose a la fórmula norteamericana, la cual restringe el campo de aplicación de la regla de exclusión a los supuestos en que la prueba fue obtenida por funcionarios públicos, siendo que el fundamento jurídico que soporta dicha regla se orienta sobre el eje corrector que supone la aplicación efectiva del efecto disuasorio.

A manera de conjunción entre ambos conceptos ya analizados, ASECIO MELLADO provee de contenido al concepto compuesto de “obtención de prueba”

¹⁹⁶ Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1996, p. 1343.

¹⁹⁷ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 82.

¹⁹⁸ *Ídem*.

¹⁹⁹ JORGE BARREIRO, Alberto. *La prueba ilícita en el proceso penal*. CGPJ, 1992. Vol. II.

²⁰⁰ ROVIRA CANTO, María Pilar. *La prueba ilegalmente obtenida*. Plan Provincial de Girona, *Penal II*. Consejo General del Poder Judicial. 1992.

de contenido, al enmarcarlo en la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba y la labor de obtención del mismo, cuya relevancia a efectos del estudio de la prueba ilícita saldrá a flote en cuanto el mecanismo de obtención sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en la CE²⁰¹.

Al respecto del concepto “no surtirán efecto”, afirma ALCAIDE GONZÁLEZ²⁰²:

“La expresión no surtirán efecto vendría dada como la consecuencia esencial que produce la obtención de una prueba en los supuestos previstos en el art. 11.1 LOPJ. Viene a ser su inutilidad a efectos de fundamentar en su base una sentencia del signo que sea (...)”.

La doctrina ha interpretado esta expresión en dos sentidos distintos, el primero equipara la falta de efectos a la inexistencia, mientras que el segundo busca equivalencia en la figura de la ineficacia. Al respecto, se puede afirmar que, mediante interpretación de la STS 974/1997, *“el efecto que debe predicarse de la prueba obtenida ilícitamente es la inexistencia de la misma a efectos jurídico-procesales, es el mismo (efecto) que debe predicarse del acto nulo”*²⁰³. Esta coincidencia con el tratamiento por nulidad es abordado a mayor profundidad en secciones posteriores de este trabajo.

Por otro lado, equiparando la expresión “no surtirán efecto” a la ineficacia, podemos citar a COUTURE, quien reconoce que tradicionalmente, se han manejado tres grados de ineficacia para el tratamiento de los actos procesales²⁰⁴. El primero, comparable al grado máximo se equipara a la inexistencia; el segundo grado es compatible con la nulidad absoluta y un tercer grado, equivalente a la llamada nulidad relativa. En este sentido, el autor atribuye a la inexistencia una condición previa a la consideración de validez del acto, en tanto la ficción que opera sobre el mismo evita el conocimiento del mismo. Así, el autor afirma que *una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una no*

²⁰¹ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 82.

²⁰² ALCAIDE GONZÁLEZ, José María. “La Exclusionary Rule de EE.UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos.” 2012, p. 268.

²⁰³ MARTÍN GARCÍA, Pedro. *La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita*. En: *La prueba en el proceso penal*. Coord. MARTÍN GARCÍA, Pedro. Revista General de Derecho. 2000, pp. 56 – 57.

²⁰⁴ Estimamos la pertinencia de la reflexión de COUTURE al corresponder los actos probatorios de admisión, práctica y valoración de la prueba a actos procesales.

*sentencia*²⁰⁵. Dado lo anterior, deberíamos equiparar la afirmación del autor al caso de la prueba ilícita, del que se desprendería que, de aplicar el régimen de inexistencia como consecuencia de la misma, la prueba ilícita sería una no prueba, en tanto su uso le estaría vedado al juzgador a efectos de formar parte del razonamiento inmerso en la sentencia. Esta construcción parece ser compatible con la realidad que imprime a la actuación del juzgador y, en general al proceso penal, la norma contenida en la redacción del art. 11.1 LOPJ, dado que los efectos o, mejor dicho, la falta de estos impiden además, la construcción de cualquier otro elemento sobre el mismo (*quod non confirmare nequit*).

La atribución de efecto o, si se quiere, la consecuencia jurídica de admisión de la prueba declarada ilícita en el marco del proceso debe entenderse como la factibilidad de utilización por parte del juzgador de la misma, a efectos de emitir una sentencia. En este sentido, parece viable equiparar la prohibición de valorar prueba a la sustracción del conocimiento de los jueces, únicamente con respecto de la información referida al objeto de la prueba, siendo este el que se encuentra vulnerado por la irregular intervención, más no del objeto como elemento particular. Permitiendo esta interpretación disponibilidad acceso a dicho objeto por parte de la actividad de persecución penal mediante las vías regulares²⁰⁶.

Por su parte, DÍAZ CABIALE considera la utilización de la expresión como “poco afortunada”²⁰⁷, al calificar de insostenible el argumento a favor de la capacidad del juzgador de no ver afectada su capacidad de decisión tras la admisión – y conocimiento – de una prueba ilícita. A pesar de esto, podemos afirmar que la expresión está pensada como la consecuencia o sanción que provoca la obtención de prueba en el marco del art. 11.1 LOPJ y se manifiesta, a nivel procesal, como la “inutilizabilidad” a efectos de poder fundar la sentencia²⁰⁸. Otros autores estiman

²⁰⁵ En aplicación del término alemán *Nichturteil*, que equivale a la no-sentencia. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, p. 377.

²⁰⁶ GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Jueces para la democracia* No. 26. 1996, p. 78.

²⁰⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 120.

²⁰⁸ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 85.

que la parquedad de las palabras utilizadas en la redacción son la causa, en buena medida, de la deficiente dogmática sobre la prueba ilícita²⁰⁹.

La vía interpretativa de expuesta por DÍAZ CABIALE, le lleva a considerar que la prohibición de causar efecto debe interpretarse como una prohibición de admisión²¹⁰, mientras que ROVIRA CANTO estima que el resultado de dicha prohibición puede aplicarse tanto en la fase de admisión, como en la de valoración por parte del órgano jurisdiccional²¹¹. Otros autores extienden la privación de efectos tanto a la admisión como a la valoración, en tanto atribuye dicho resultado a la *configuración de la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal determinada*²¹².

Es también este concepto, el responsable de la patente indeterminación por aplicar o no el régimen de nulidad a la prueba ilícita, según y como hemos expuesto en el apartado relativo al tratamiento procesal de la misma, entendiendo que, es a partir de este concepto, que se construye una de las mayores críticas a la formulación del art. 11.1 LOPJ, siendo esta la falta de una reglamentación procesal que permita un tratamiento efectivo para la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Por último, FIDALGO GALLARDO pone en relevancia la consecuencia de la prohibición de causación de efecto cuando la prueba ilícita obtenida sea destinada a la labor exculpatoria, afirmando que la redacción de la regla y la interpretación derivada de la misma y el antecedente contenido en la STC 114/1984 tendrían como consecuencia la inadmisión, como reflejo de la prevalencia de la legalidad²¹³. Sin embargo, dicho autor reconoce la posición defendida por otra parte de la doctrina, en la que se califica de “absurda” la intención de privar de

²⁰⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 32.

²¹⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 120.

²¹¹ ROVIRA CANTO, María Pilar. *La prueba ilegalmente obtenida*. Plan Provincial de Girona, Penal II. Consejo General del Poder Judicial. 1992.

²¹² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita. La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia*, Núm. 47. 2003, p. 54.

²¹³ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 33.

efectos a elementos probatorios que tiendan a cumplir esta función, con independencia de las características que marcaron su obtención²¹⁴.

El TS por su parte, aborda la privación de efecto contenida en el 11.1 LOPJ al hacer referencia a la misma en su STS 974/1997, en la que en el F.J. 2do. le considera efectivo únicamente en tanto la prueba obtenida de manera ilícita, ya sea de manera directa o indirecta, sea prohibida en cuanto a su uso en el proceso, mediante la no valoración, aunque no establece si esta será consecuencia de su expulsión del proceso.

El concepto que ocupa la expresión “directa o indirectamente” hace clara referencia a la eficacia de la prueba ilícita derivada y, con ello, a la proyección de tratamiento que anticipaba la STC 114/1984 con respecto a la llamada “doctrina del fruto del árbol envenenado” en España²¹⁵, cuya relevancia constitucional reconocería el propio TC años más tarde en la STC 85/1994²¹⁶ y el TS en la STS 974/1997 de 4 de julio²¹⁷.

Dicho concepto, rápidamente normalizado en el contexto doctrinal español bajo el llamado “efecto dominó”, ocupa un importante espacio en la discusión derivada de la evolución jurisprudencial del tratamiento de la prueba ilícita²¹⁸ dado que fue, en parte, el elemento central del efecto expansionista de la doctrina, el cual decayó durante los años noventa y vio su mayor limitación con la decisión contenida en la STC 81/1998. Esta concepción de trasladar los efectos inhabilitantes de la prueba ilícita a sus derivadas se funda en la idea de que el proceso penal debe cumplir

²¹⁴ Por todos, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La garantía constituiría de indización de la prueba ilícitamente obtenida*. Ed. Civitas, Madrid. 2001 pp. 197 y ss.

²¹⁵ Así lo entiende también PICÓ i JUNOY, quien afirma que el legislador pretendió recoger, mediante la expresión “directa o indirectamente” y de manera poco afortunada, la doctrina emanada de la STC 114/1984, en específico por cuanto al tratamiento de la ineficacia procesal de los elementos probatorios derivados (directa o indirectamente) de la vulneración de derechos fundamentales. PICÓ i JUNOY, Joan. *El artículo 11.1 LOPJ*. Revista la Ley. No. 4213 de 22 de enero de 1997.

²¹⁶ Al determinar, en el caso concreto, que la derivación de la prueba de cargo que fue utilizada como fundamento de la condena estaba impedida de consideración, al derivar de forma inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida. STC 85/1994 F.J. 4º. Último párrafo.

²¹⁷ Al reconocer el alcance del art. 11.1 LOPJ como determinante al momento de la contaminación de los llamados “frutos del árbol envenenado”. F.J. 2º, párrafo segundo.

²¹⁸ Efecto reconocido en diversas sentencias. *Vid*: SSTS 210/1992, 2783/2009, 311/1994, 2054/1994, entre otras.

con la tutela de las garantías constitucionales, en tanto sean estas vulneradas de manera directa o indirecta²¹⁹.

Aún cuando la expresión de la regla de exclusión contenida en la redacción del art. 11.1 LOPJ parece clara al respecto, la alusión doctrinal y jurisprudencial, en especial después de la STC 81/1998, parece recoger la doctrina propuesta por FEZER²²⁰, al negar la extensión de los efectos de la prueba ilícita a aquellas que no se encuentran en conexión causal fáctica con la prueba ilícita original. De igual manera, la determinación jurisprudencial de la distinción entre la llamada prueba derivada²²¹ y la prueba refleja, hacen eco de las distancias que el TC ha recorrido a razón de privar de efectos a dicha teoría y, en consecuencia, vaciar parcialmente el contenido de la regla de exclusión.

Para ARMENTA DEU, el contenido y alcance del adverbio “indirectamente” puede colmarse de dos maneras distintas, dependientes de la concepción que se tenga sobre los efectos de la prueba prohibida²²². En un primer momento, si se parte de la idea del efecto directo, la prohibición de valoración circunscribe sus efectos al acto de prueba que causó la violación del derecho fundamental, más no afectará la condena del acusado; si por otro lado, se predica el llamado efecto reflejo, la prohibición se habrá de extender a todas las pruebas que se deriven de la obtenida ilícitamente. En esta última tesis, la autora identifica la importación de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado²²³.

Otro elemento que merece especial atención el adverbio “indirectamente”, pues asegura que fue elemento de cuantiosos estudios a efectos de aclarar su alcance, mismo que fue posteriormente delimitado por el propio TC, al explicar que su

²¹⁹ Esta posición puede también explicarse a partir de la posición de CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*. En: Temas de Derecho Procesal Penal. Depalma Editores. Buenos Aires. 1988, pp. 197 – 198.

²²⁰ FEZER, Gerhard. *Strafprozeßrecht*. Tomo II, Múnich. 1986, p. 144 y ss. Referencia en: ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 88.

²²¹ STC 85/1994 de 14 de marzo.

²²² ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Vol. IV.*, ed. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME, Marcel. Primera Edición. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 311 y ss.

²²³ La autora identifica esta segunda posición con la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

alcance consistía en adaptar (de manera resumida) la doctrina de los frutos del árbol envenenado²²⁴.

Por su parte, el análisis del concepto “violentando los derechos o libertades fundamentales” es introducido por FIDALGO GALLARDO, quien destaca la decisión del legislador por introducir en la redacción del 11.1 LOPJ la dicción literal de la STC 114/1984²²⁵. Partiendo de este señalamiento, destacan en importancia, a efectos de analizar la redacción del numeral en cuestión, dos elementos. En primer lugar la identificación de los llamados derechos o libertades fundamentales, contenidos en el texto constitucional y, de manera subsecuente, la discriminación de aquellos que son susceptibles de activar la garantía de protección que supone la regla de exclusión. A la vista de MIRANDA ESTRAMPES, el propio TC definió de manera restrictiva el término “derechos y libertades fundamentales”, otorgando tal clasificación únicamente a los previstos en los artículos 15 al 29 CE²²⁶.

En vista de los resultados del análisis y críticas ya expuestos, debemos suscribir la posición de MARTÍNEZ GARCÍA, para quien esta construcción ecléctica, aunada a la decisión de no plasmar la regla de exclusión probatoria en el texto constitucional y conducirla a la LOPJ permitió que el TC librara el “vínculo” rígido que dicha construcción le ocasionaría, permitiéndole “revitalizar” la doctrina conforme el paso del tiempo a efectos de evitar la “petrificación” del *ius puniendi* en detrimento del Estado²²⁷. Ante esta posición hace eco de la opinión que considera que la decisión de no plasmar la regla de exclusión en el texto constitucional ha servido a intereses del propio TC a efectos de controlar la evolución de la misma²²⁸, situación que poco tendría que ver con la previsión de “revitalización” de la doctrina y más con una aspiración de control de la misma a través de la labor

²²⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008, p. 153.

²²⁵ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios poéticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 37.

²²⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita. La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. En: Jueces para la democracia, Núm. 47. 2003, p. 55.

²²⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 83.

²²⁸ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La prueba ilícita*. Revista Persona y Derecho. Vol. 54. 2006, p. 370.

jurisdiccional, elemento que en realidad correspondería a una determinación de política criminal²²⁹.

2. El necesario complemento al art. 11.1 LOPJ, el artículo 287 LEC.

Parece por demás innegable la utilidad que el uso de la LEC como legislación subsidiaria supone en el tratamiento de la prueba ilícita. ARMENTA DEU identifica entre los beneficios de la aproximación a dicha normativa, la consideración de contar con la guía de *“la regulación positiva más reciente”* a la vez que la autora nos recuerda que la misma *“constituye, además norma de aplicación subsidiaria”*²³⁰. Y es que de la lectura del capítulo V de la LEC, resulta evidente la amplitud con que se encuentra regulado el tema de la prueba.

De particular relevancia en el tema de prueba ilícita, resulta el contenido del art. 287 de la LEC, mismo que es reconocido como una herramienta útil, a efectos de subsanar las omisiones en que incurre la redacción del art. 11.1 LOPJ, tales como la temporalidad y modo de denuncia de la ilicitud, así como la vía para su resolución²³¹. ALCAIDE GONZÁLEZ también destaca la importancia de tal disposición, poniendo de manifiesto la utilidad inherente en el tratamiento de la prueba ilícita en el sistema legal español:

*“La LEC española de 2000 estableció en su art. 287 una norma de gran trascendencia (...), por que fijó el modo de hacer valer inmediatamente en el proceso la vulneración de derechos fundamentales, tanto en la obtención como en el origen de alguna prueba admitida (...)”*²³².

Considerando el régimen de tratamiento propuesto por el contenido de la norma, parece claro que la misma facilita el trato de la prueba ilícita en el ámbito procesal ante las omisiones de la regla de exclusión plasmada en el art. 11.1 LOPJ. Esta

²²⁹ En palabras de DÍAZ CABIALE, *“no tiene sentido tratar de hablar de efectos disuasorios, que sí son opciones de política legislativa”*. Vid: DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 118.

²³⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 199.

²³¹ *Ídem*.

²³² ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE. UU. Y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Universitat Autònoma de Barcelona. 2012, p. 357.

vía de tratamiento coincide con la propuesta por MONTERO AROCA, para quien²³³:

“El momento adecuado para el debate entre las partes – con respecto a la ilicitud del medio de prueba – es el acto del juicio (en el proceso ordinario) o el comienzo de la vista (en el juicio verbal), antes de que de comienzo la práctica de la prueba (arts. 433.1 y 446 LEC) (...) La ilicitud puede cuestionarse también de oficio por el juez, en el mismo momento y con la misma tramitación”.

Llama la atención el hecho de que el numeral en análisis contemple la posibilidad de practicar “prueba sobre prueba” a efectos de sanear con claridad la calificación de ilicitud sobre el medio probatorio específico, tratamiento que, sin duda, facilitaría la aclaración de diversas situaciones que, hoy por hoy y, ante la inaplicación de este artículo, no se resuelven sino hasta el recurso de amparo.

2.1 Art. 238 LOPJ y el régimen de nulidad como vía de tratamiento para la prueba irregular.

La prueba, entendida como actividad dentro del proceso, se encuentra necesariamente regulada por cuanto hace a su obtención, presentación, práctica y valoración. Esta regulación es entendida por MONTERO AROCA, en el sentido que²³⁴:

“(…) Lo que importa en el proceso es, sí, que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley”.

Todo alejamiento de este camino supone la incursión en los posibles resultados. En primer lugar, la privación de efectos por la vía de eliminación del elemento probatorio, propuesta como resultado de la aplicación de la regla de exclusión por la satisfacción del supuesto hipotético que esta supone bajo la calificación de prueba ilícita, o bien, como segunda vía, el tratamiento por medio de la nulidad, como mecanismo de saneamiento aplicable a toda irregularidad ocurrida *intra*-procesalmente. Es patente la limitada utilidad de la declaración de ilicitud del elemento probatorio fuera de los supuestos de la obtención del mismo, por lo que

²³³ MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 299.

²³⁴ MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 284.

en el apartado que nos ocupa, pasaremos a analizar los conceptos de nulidad y su tratamiento, previsto y regulado en el artículo 238 LOPJ, a efectos de entender la capacidad que este guardan como lo que hemos denominado un “necesario complemento” al régimen de tratamiento de la prueba ilícitamente obtenida en el sistema legal español.

Como uno de los ejemplos de la importancia de este régimen de tratamiento auxiliar, podemos destacar el propuesto por MONTERO AROCA, quien considera como una de las causas de inadmisión de la prueba la llamada “ilegalidad”, entendida desde el punto de vista del apego a las normas procesales para el tratamiento de la prueba, es decir, el autor hace referencia a la irregularidad, dado que manifiesta²³⁵:

“El medio propuesto no se admitirá si se refiere a la actividad pretendidamente probatoria pero que no esté prevista por la ley. (...) Naturalmente cada uno de los medios de prueba tendrá que proponerse precisamente en la forma establecida por la ley, y no de cualquier otra.”

En este sentido, el autor propone la inadmisibilidad de una prueba testimonial que, debiéndose practicar frente al juez, es desahogada en presencia de un notario público y presentada en un acta notarial. En sentido estrictamente procesal, siendo que la ley no contempla el medio de práctica de la prueba, estaríamos ante una prueba irregular, a la que habría que aplicar la sanción de nulidad, más no se trataría de prueba ilícita, puesto que la ilicitud, en este caso atribuible al distanciamiento entre el contenido de la norma y la ejecución del acto procesal lo es en sentido formal, a lo que corresponde una sanción de carácter correctiva, ejecutada dentro del mismo proceso.

Da la razón ARMENTA DEU, quien considera que mientras que el 11.1 LOPJ está llamado a lidiar con la prueba ilícita, a la prueba irregular se debe aplicar el tratamiento relativo a la validez o nulidad de los actos procesales, establecido en el art. 238 del mismo ordenamiento²³⁶. Así, mientras que el art. 11.1 LOPJ se encarga de restar eficacia a las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales, el art. 238 trata de las pruebas obtenidas

²³⁵ *Ibidem*, pp. 291 – 292.

²³⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 52.

con violación de derechos o intereses de carácter no fundamental²³⁷. URBANO CASTRILLO identifica, en esta norma y, a efectos del tratamiento procesal de la prueba ilícita, los criterios siguientes²³⁸: a) La determinación (o, al caso, la falta de esta) con respecto de quien puede hacer el señalamiento de ilicitud; b) La implementación de un margen temporal para dicho señalamiento; c) La exigencia de respeto al derecho a la contradicción; d) El ceñimiento del debate al ámbito procesal y, por último; e) La posibilidad de recurrir la decisión sobre el asunto.

Esta vía de acceso al tratamiento de irregularidades de carácter procesal por la figura de la nulidad exige para su habilitación 2 elementos: En primer lugar que el acto impugnado haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o, en su caso, que el mismo se hubiera desarrollado con infracción a los principios esenciales del proceso²³⁹; en segundo lugar que la realización del acto suponga, de manera real y efectiva, la indefensión a la parte que pretenda la nulidad del acto²⁴⁰. Esto supone que la vía de la nulidad cumple una doble función. Primero como un mecanismo de control *intra*-procesal sobre la integridad del mismo y, segundo, como un mecanismo de protección de garantías o derechos fundamentales.

Cobra relevancia definir a la prueba irregular como “*aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales*”²⁴¹, y para la que propone el tratamiento por vía de nulidad, al admitir eventualmente su subsanación. Aún y cuando la vulneración entre derechos fundamentales y la nulidad de pleno derecho se encuentran estrechamente vinculados en el derecho español²⁴², debemos entender que la nulidad propuesta en la redacción de la STC

²³⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Vol. IV., ed. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME, Marcel. Primera Edición. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 310.

²³⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguél Ángel. *La Prueba Ilícita Penal*. *Estudio Jurisprudencial*., 4ta. Ed. Thomson - Aranzadi. 2007, p. 58.

²³⁹ Tales como los de contradicción, intermediación, asistencia jurídica y defensa.

²⁴⁰ MARTÍN GARCÍA, Pedro. *La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba*. La prueba en el proceso penal, MARTÍN GARCÍA, Pedro (Coord.). 2000, p. 23.

²⁴¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública. Mayo de 2010, p. 133.

²⁴² GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005.

114/1984 hace referencia a la privación de efectos, más no al régimen de nulidad *per se*, tal como se ha explicado en el análisis del contenido de tal sentencia, ya que la exclusión y la implícita prohibición de valoración que resulta de esta constituyen la *última ratio*.

A su vez, ubicamos los mecanismos para la denuncia de tales vulneraciones en el art. 240 de la LOPJ, los que permiten *ex officio* o mediante solicitud a instancia de parte, declarar la nulidad de actuaciones en el proceso. Esta solicitud de nulidad puede ocurrir por tres vías distintas, la ordinaria, la extraordinaria y la excepcional²⁴³. Así, debemos comprender la distinción que guarda la nulidad con respecto a la prohibición de valoración, resultado de la aplicación del remedio de exclusión propuesto por la regla de exclusión de la prueba ilícita. Esta confusión, abordada con los efectos propuestos para el tratamiento de la prueba ilícita por la STC 114/1984 parece ir cediendo paso a un procedimiento más homologado, en tanto la vía de la nulidad parece mantenerse reservada para las vulneraciones a formalidades procesales, sin que por otro lado disminuya la superposición de los conceptos en el manejo y distinción de la prueba ilícita y la prueba irregular, englobándoles en el concepto general de ilicitud.

²⁴³ MARTÍN GARCÍA, Pedro. *La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba*. La prueba en el proceso penal, MARTÍN GARCÍA, Pedro (Coord.). 2000, pp. 32-41.

V. El concepto, tratamiento y eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España entre 1984 y 1998 (previo a la STC 81/1998).

1. El concepto de prueba ilícita en el sistema legal español²⁴⁴.

El concepto de ilicitud, de común uso en el ámbito jurídico, trata de otorgar a una figura o acción un calificativo que le ubica en contraposición a la legalidad o, de plano, al derecho²⁴⁵. Esto equivale a una definición genérica del concepto ilicitud, la cual que, sin referencias ulteriores, carece de un sentido práctico, puesto que no determina, por si mismo, el sujeto que interesa en relación con el derecho. Así mismo, dicha relación destaca, de manera casi única, en función de la consecuencia que el propio derecho asigna a dicha afrenta.

Esta contingencia interesa desde diversas perspectivas, siendo la del orden procesal la que ocupa nuestra atención en este momento. La ilicitud en el terreno del proceso penal establece una serie de consideraciones específicas, que determinan la relación que deberá existir entre la condición de “ilícito” y el tratamiento que el proceso da al elemento sobre el cual recae dicha calificación. En tal sentido, la categoría de ilicitud en el campo procesal está reservada a una serie de elementos claramente determinados, siendo que únicamente pueden ser calificados de ilícitos, en el contexto procesal, los llamados actos procesales, en tanto los mismos imponen a las partes una serie de obligaciones o cargas, cuyo incumplimiento actualiza el nexo existente entre el acto y la determinación de ilicitud. En este sentido, CARNELUTTI califica de ilícito aquel acto en el que existe una pugna entre la finalidad práctica pretendida por el mismo y el efecto jurídico obtenido²⁴⁶. Una de estas obligaciones, claramente determinada en el campo del derecho procesal penal, es la denominada carga de la prueba de la acusación.

²⁴⁴ Cabe señalar, previo al análisis del tema en concreto, que la disparidad y falta de uniformidad en el tratamiento conceptual de la llamada “prueba ilícita” no es una característica endémica a la doctrina y jurisprudencia española, sino que dicha disparidad es propia de todos los sistemas jurídicos modernos que han adoptado, en mayor o menor medida, algún régimen de prohibiciones probatorias, ya sea en cuanto a la producción de la prueba o en referencia a su valoración. Este apunte es identificado por algunos autores, como: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000, p. 190.

²⁴⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 99.

²⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil I*. Trad. de ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. Buenos Aires. 1944, p. 73. Si bien la teoría *carneluttiana* aquí expuesta hoy en día ha sido prácticamente abandonada, (vid: DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica... p. 104*), estimamos conducente y útil la aproximación que el jurista italiano hace entre el ámbito procesal y la ilicitud, en específico con respecto al origen y consecuencias de la misma en dicho territorio.

Siguiendo el camino hasta aquí trazado, se llega a la conclusión de que existe un único supuesto de producción de ilicitud probatoria en el ámbito procesal, siendo este, la producción de pruebas falsas²⁴⁷, por el rompimiento que esto supone con la obligación de veracidad. En síntesis: “*Existe prueba ilícita cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba*”²⁴⁸. Para MONTERO AROCA, en referencia al tema probatorio:

“*La ilicitud se refiere al modo en que se han obtenido las fuentes de prueba, esto es, a cómo la parte ha llegado a tener conocimiento de la existencia de la fuente, y en su caso podrá declararse que la fuente no puede ser asumida en el proceso, porque en éste no se trata de lograr la verdad a cualquier precio*”²⁴⁹.

Habiendo establecido con claridad que, ante los que parecen conceptos similares o íntimamente relacionados existe una variedad de regímenes jurídicos divergentes²⁵⁰, parece poco probable que un elemento tan destacado y relevante dentro del proceso penal, como lo es el de prueba ilícita, carezca de una definición uniforme dentro del panorama normativo y doctrinal de un sistema jurídico en particular. Sin embargo, un breve análisis de la bibliografía, la jurisprudencia y diversos estudios realizados sobre el tema en el contexto del marco jurídico español, revela grandes divergencias en cuanto a la consideración de los elementos que son necesarios para dar a una prueba el calificativo de ilícita. Ha sido esta “configuración variable”²⁵¹ del concepto de prueba ilícita, así como una patente y reiterada confusión entre la correspondencia entre éste y de prueba

²⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. de ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. Buenos Aires. 1994, p. 626.

²⁴⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 39.

²⁴⁹ MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 296.

²⁵⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios poéticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 9.

²⁵¹ Tal como lo califica ARMENTA DEU. Vid: ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 15.

prohibida²⁵² las causas de un laxo tratamiento del concepto en la doctrina y, en ocasiones, jurisprudencia. Indudablemente, la falta de rigor conceptual identificada, surge en parte del propio tratamiento jurisprudencial del tema, donde encontramos no pocas veces y, desde el inicio del desarrollo de la figura, referencia al a prueba prohibida como aquella derivada de la infracción de derechos fundamentales²⁵³. Otros autores han optado, aún conscientes de la falta técnica en la utilización del mismo, por el uso del concepto de “prueba prohibida” al hacer referencia a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, en razón de la tradición y extensión que abarca el mismo²⁵⁴.

El tratamiento indiferenciado al que se hace referencia corresponde a lo que algunos autores han denominado “concepto amplio de prueba ilícita”²⁵⁵, el cual termina por derivar en dos categorías distintas, identificadas por MIRANDA ESTRAMPES²⁵⁶, quien ha organizado los conceptos doctrinales de la prueba ilícita en 2 rubros, a saber: concepciones amplias y restrictivas. Estas se distinguen

²⁵² Ejemplos de esta confusión son fácilmente identificables en multitud de estudios, por cuestiones de espacio reproducimos aquí el tratamiento de dichos conceptos que GIMENO SENDRA rescata. Para el citado autor, la prueba ilícita será aquella que infrinja cualquier ley, mientras que la prueba prohibida será el resultado de vulneración de derechos fundamentales. A su vez, pretende diferenciar las mismas por sus efectos. Atribuye a la prueba ilícita el resultado de la llamada nulidad de actuaciones – situación que más adelante abordaremos y que, con cuya conclusión, a manera de adelanto, podemos afirmar que se aprecia de una manera más clara la confusión que afecta al autor en comentario – Mientras que por otro lado atribuye a la prueba prohibida un resultado de prohibición de valoración.

²⁵³ ARMENTA DEU patentiza esta realidad, al señalar “*En una primera aproximación el TC parece acogerse a un concepto estricto de prueba ilícita que ciñe su aplicación a los derechos fundamentales*”. ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 181. Por otra parte, los vaivenes de dicha concepción doctrinal se manifiestan en cuanto más se adentra en el estudio de la materia, a efectos: *Vid*: STC 64/1986 de 21 de mayo. “*Prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales(...)*”. Tratamiento que se ha seguido replicando en diversas sentencias del TC: STC 111/2011 “*La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución*”. Por otro lado, el TS ha hecho, en ocasiones, el mismo uso poco crítico de los conceptos: Al señalar, por ejemplo que las pruebas obtenidas con violación de derechos o libertades fundamentales equivalen a una prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita. STS 974/1997 de 4 de julio. F.J. 2º.

²⁵⁴ PASTÓR BORGONÓN, Blanca. *La prueba ilegalmente obtenida*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 186.

²⁵⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 180.

²⁵⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2da. Edición. J.M. Bosch Editor. 2004, pp. 19 – 22.

entre si por considerar o no la violación a derechos fundamentales como condición objetiva determinante del calificativo de ilícita²⁵⁷.

En este primer rubro, correspondiente al de aquellas definiciones que consideran condición *sine cuan non* la violación de derechos fundamentales, encontramos a autores como RIVES SEVA, MIRANDA ESTRAMPES²⁵⁸, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES²⁵⁹, así como también a GONZÁLEZ MONTES²⁶⁰. Así mismo, cumple esta condición la definición aportada tanto por la Fiscalía General del Estado española²⁶¹ y la propuesta por la Sala 2a. del Tribunal Supremo²⁶².

Por otra parte, es también numerosa la cantidad de autores que no identifican este elemento como esencial a efectos de la clasificación, olvidando que el “mero incumplimiento de lo preceptuado en los textos procesales sobre la práctica de la prueba no genera de por sí un supuesto de ilicitud probatoria”²⁶³, más si acaso, una mera irregularidad. Entre ellos encontramos a MARTÍNEZ GARCÍA²⁶⁴, SILVA

²⁵⁷ Distinción también presente en: ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 180.

²⁵⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2da. Edición. J.M. Bosch Editor. 2004, p. 22: “Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales”. El propio autor sin embargo admite la limitación de esta definición, atribuyéndole un carácter restrictivo al elemento condicionante de la misma, asociado a la vulneración del derecho catalogado como fundamental.

²⁵⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001. Para quienes: “Existe prueba ilícita cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba”.

²⁶⁰ “Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso 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”. GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)*. Revista de Derecho Procesal, 1990. núm. 1, p. 31.

²⁶¹ “Por prueba ilícita se entiende aquélla en la que su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental”. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1996, p. 1343.

²⁶² “Prueba ilícita o prohibida es aquella en cuya obtención o práctica se han lesionado derechos fundamentales”. Auto Sala 2ª. TS de 18 de junio de 1992, R. Ar. 6102, Caso Naseiro. F.J. 4.

²⁶³ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 104.

²⁶⁴ “El término de prueba ilícita será aplicable a aquellas fuentes cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales”. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de Investigación e ilicitud de la prueba...*, p. 47. Resulta interesante analizar la posición de la autora, toda vez que hemos establecido de *supra* siguiendo a DE LA OLIVA, que la CE no exige la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

MELERO²⁶⁵, MONTÓN REDONDO²⁶⁶, DEVIS ECHANDÍA²⁶⁷ y el propio Tribunal Supremo²⁶⁸, en un momento distinto al señalado en el párrafo anterior.

Al respecto, destaca la posición de ARMENTA DEU, para quien la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales resulta en una prueba prohibida, más le asocia con la prueba ilícita²⁶⁹. Esta interpretación se basa en el concepto de que la prueba prohibida y la prueba ilícita no son mutuamente excluyentes, sino que reflejan la consecuencia de la garantía de inadmisibilidad. A su vez, desde el punto de vista de la autora, existen varios elementos de indispensable aclaración a la hora de aportar calificativos a los elementos de prueba, ya sea durante la adquisición de fuentes o durante la introducción de las mismas al proceso mediante su práctica.

A título personal, pareciera que la disparidad y holgura con que el concepto de prueba ilícita es tratado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dificulta de sobre manera la homologación del reconocimiento de los elementos que integran el concepto, situación que, sin lugar a dudas, se ha visto reflejada al momento de analizar las distintas posiciones doctrinales aquí resumidas. Por otro lado, la adición de elementos que son, claramente, ajenos a esta en la construcción y que encontramos en algunas de las definiciones (elementos condicionales, requisitos de exigibilidad de la antijuridicidad del hecho), entre otras

²⁶⁵ “Es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana”. SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal*. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 69.

²⁶⁶ “Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida en forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”. MONTÓN REDONDO, Alberto. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso (Con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas)*. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1977, p. 174.

²⁶⁷ “Aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 5a. Ed. Víctor P. de Zavalía, Editor. Buenos Aires, 1981, p. 539.

²⁶⁸ “Por prueba ilegítima o ilícita debe entenderse no sólo aquella en cuya obtención o práctica se han violentado derechos fundamentales, sino también aquella que ha sido obtenida con infracción de la legalidad procesal ordinaria”. STS 16 diciembre 1991 R. Ar. 9350.

²⁶⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México. 2005, p. 309. “La prueba ilícita existe cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba”.

circunstancias, nos inclina a considerar de mayor utilidad la concepción restrictiva del concepto, cuyo elemento definitivo consiste en que el hecho que corresponde a la obtención de la prueba ilícita haya importado una violación a derechos de carácter fundamental. Esta posición se ve reforzada con el análisis de los conceptos derivados de la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias tanto del TC como el TS. Las cuales son revisadas a profundidad en el apartado siguiente.

El propio MIRANDA ESTRAMPES reconoce que si bien uno de los mayores apoyos a la concepción restrictiva de la prueba ilícita parte de la STC 114/1984 de 29 de noviembre²⁷⁰ – por cuanto hace a su contenido como reflejo de la declarada prohibición de admisibilidad procesal de las pruebas obtenidas violando derechos fundamentales – , esta tampoco tiene ambición de agotar el tema o definición de lo que corresponde a una prueba ilícita, citando como sostén el F.J. 4º. Este apartado, sin embargo, parece no debilitar la concepción anclada en la circunscripción de la prueba ilícita a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales, así como tampoco amputa la conexión que dichas interpretaciones hacen con la sentencia citada, toda vez que estimamos, la falta de ánimo de exhaustividad plasmado en la misma, por cuanto hace a agotar la definición del término que nos ocupa, no implica la falta de trascendencia de la construcción aportada por el TC.

Por otro lado, es necesario afirmar que si bien, como ha quedado manifestado en líneas anteriores, consideramos prueba ilícita toda aquella obtenida con violación de derechos fundamentales, es importante destacar que no toda violación a derechos fundamentales en una actuación relacionada a la prueba importa la ilicitud del dato de prueba²⁷¹. La clave fundamental para determinar el calificativo de ilícita deriva de un nexo de causalidad entre el acto consistente en la vulneración del derecho fundamental y la obtención de la prueba. En otras palabras, tal y como afirman los autores: *“la obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental”*²⁷².

²⁷⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2da. Edición. J.M. Bosch Editor. 2004, p. 24.

²⁷¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 22.

²⁷² *Ídem*.

La disparidad en la utilización de un concepto específico para referirse a lo que hemos definido como prueba ilícita puede deberse a multitud de factores, entre los que destacan la falta de validez que un único concepto pudiera sostener en sistemas jurídicos diversos²⁷³. Así, la utilización del término “prueba prohibida” para hacer referencia a una circunstancia específica que condiciona la validez de un elemento probatorio, parece excesivo, ya que se hace alusión a toda la categoría de pruebas susceptibles de inadmisión²⁷⁴, así como también puede tratarse de una referencia a la restricción que pende sobre los métodos de obtención o una limitación acerca de lo que constituye el *thema probandi*.

2. Evolución doctrinal y jurisprudencial con respecto al concepto y tratamiento de la prueba ilícita en España.

La clave de interpretación y necesario punto de partida para el análisis del concepto y evolución del tratamiento de la prueba ilícita en España es, indudablemente, la STC 114/1984. En este sentido, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES atinan en señalar la trascendencia de dicha resolución, al razonar que la misma establece la imposibilidad de tomar en consideración las pruebas obtenidas vulnerando un derecho fundamental²⁷⁵ y el papel que dicha disposición ocupó, al concretarse el sentido del fallo a nivel de legalidad en el artículo 11.1 LOPJ, publicado posteriormente, en 1985²⁷⁶. Esta afirmación los lleva a establecer la vigencia de la garantía a nivel constitucional, así como también nos permite identificar el punto de partida para el desarrollo de un análisis, profundo y reflexivo, con respecto a la evolución del concepto y tratamiento de la figura de la prueba ilícita en España, a partir de una doble perspectiva: la jurisprudencia y la doctrina.

²⁷³ ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 75.

²⁷⁴ Vid: ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 75. Con referencia a ROXÍN, Claus. *Strafverfahrensrecht. (Derecho procesal penal)*. 20ª ed. Múnich. 1987, p. 288.

²⁷⁵ STC 114/1984, F.J. 2. “(...) lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos”.

²⁷⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 19.

Dicho análisis debe, desde nuestra perspectiva, abordarse en dos ejes definitorios que permitan abarcar los aspectos más relevantes del contenido del concepto en cuestión, en primer lugar por cuanto hace lo relativo al fundamento jurídico de la regla de exclusión en el contexto constitucional español y, en un segundo momento, con respecto a la determinación de la eficacia de la prueba ilícita en aplicación, o las eventuales excepciones, a dicha regla.

Dada la importancia del fundamento jurídico atribuido a la regla, el primer eje rescatará las condiciones identificadas por la jurisprudencia y la doctrina para la correcta aplicación y configuración de la misma, a efectos de su desarrollo forense y la integración que el mismo debe guardar con el proceso, en apego al principio de legalidad que rige a este, manteniendo la garantía de respeto para con el contenido constitucional. El segundo eje deberá encontrarse orientado a determinar la evolución de la denominada “eficacia” de la prueba ilícita abordará la evolución de la jurisprudencia y doctrina, orientada a calificar el grado de cumplimiento que la misma guarda para con la anunciada consecuencia de la aplicación de la regla de exclusión identificada, en el contexto legal español, con la prohibición de utilización de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

2.1. El fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España.

Pareciera sencillo el pensar que, tras recurrir a una lectura del texto constitucional de 1978, sería posible ubicar el fundamento jurídico de una de las figuras procesales más discutidas y analizadas por la doctrina en las últimas décadas, sin embargo, basta con leer el contenido de la norma constitucional para darse cuenta que, tal como apunta DE LA OLIVA:

“La CE de 1978 no exige, ni por su tenor literal ni por una interpretación jurídica certera de ninguna de sus normas (...) que las leyes procesales ordenen la inadmisibilidad y, en todo caso, la ineficacia de las fuentes de prueba obtenidas (...)”²⁷⁷.

En relación a la afirmación anterior, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES apuntan que: *“en España, la fundamentación constitucional de la exclusión de la*

²⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 195.

*prueba ilícita se encuentra en el valor supremo que la Constitución concede a los derechos fundamentales*²⁷⁸. Tal afirmación se ve reforzada al considerar que la prohibición de que una prueba ilícita surta efectos en el proceso es el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin último del proceso penal y que, además, acentúa el carácter acusatorio y garantista del proceso español, cimentando la última tesis en la idea de la prevalencia de los derechos fundamentales. Estas enunciaciones también son, de alguna manera, abordadas por DE LA OLIVA, para tal caso, debemos analizar puntualmente los argumentos esgrimidos en el párrafo anterior.

En primer lugar, se sostiene la existencia de una posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, cimentado en la condición de “inviolables” de los mismos. En segundo término, la condición de la prohibición de utilización como límite superior a la búsqueda de la *verdad* material en el proceso penal y, como consecuencia de este límite, la acentuación del carácter acusatorio y garantista del proceso²⁷⁹.

Por cuanto hace al primer punto, pareciera ser que: “*el adjetivo – inviolable – se utiliza retóricamente para expresar una singular importancia*”²⁸⁰, tal como se explica en el análisis del contenido de la STC 114/1984. Sin que la aplicación del mismo termine de ser exacta, dado el hecho de que impera, tanto en la realidad como en el propio texto constitucional, la condición contraria, es decir, la factibilidad de violación de derechos fundamentales. Esto es resultado de la posición preferente que distintas interpretaciones dogmáticas y contenidos legales otorgan a la finalidad del proceso sobre el respeto a ciertos derechos fundamentales. Esta afirmación, que nos liga con el segundo punto discutido, entiende que el carácter “acusatorio y garantista” del proceso español importa

²⁷⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión...*, p. 27.

²⁷⁹ Lo cierto es que en los países de tradición jurídica anglosajona, específicamente en Estados Unidos, la regla de exclusión no utiliza como fundamento la prevalencia de garantías o derechos, sino el llamado *deterrent effect*, por lo que atribuir el refuerzo del carácter acusatorio en este sentido carece de relevancia. Por otro lado, también podría encontrarse la afirmación como carente de trascendencia si se analiza en consonancia con la concepción latinoamericana de lo que constituye el denominado principio acusatorio, derivada de la interpretación continental que se ha dado a dicho principio y expuesto por Ferrajoli como el sistema jurídico en que: “*el juez se constituye como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación*”. Vid: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. 1995, p. 564.

²⁸⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 197.

poco a la hora de autorizar actuaciones que limitan derechos, a fin de permitir la obtención de pruebas, las cuales serán eventualmente utilizadas en el proceso.

Tales complejidades se encuentran presentes en toda la construcción jurisprudencial y doctrinal relativa a la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal español y ha generado una doctrina jurisprudencial en constante cambio y actualización, la cual busca establecer un criterio sólido sobre el cual cimentar la prohibición o autorización de utilización procesal de las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales. En esta evolución es posible identificar dos momentos distintos, el primero, previo a 1998 que se caracterizó por la tendencia expansionista, cuya finalidad era construir un modelo más garantista y el segundo, posterior a 1998, el cual se ha caracterizado por la política reduccionista en la materia²⁸¹.

2.1.1. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

En un primer momento, el fundamento para excluir la prueba ilícita del proceso encontró cabida en el denominado “derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”. Este derecho, considerado como un mecanismo de protección, al fomentar la actividad positiva de las partes²⁸², es entendido como un derecho de carácter instrumental en el ejercicio del derecho de defensa²⁸³ y, una vez aplicada la *ratio* de relevancia y legitimidad impuesta por la jurisprudencia (STC 185/1998²⁸⁴ *et al*), sólo restó encontrar el límite al derecho de probar. Dicha frontera se determinó, gracias a la interpretación de COUTURE, en el respeto a los derechos fundamentales²⁸⁵.

²⁸¹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188.

²⁸² DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 18.

²⁸³ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Constitución y proceso*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988, pp. 100-101. SSTC 51/85 y 131/1995 y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Universitat de Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, p.23.

²⁸⁴ MARTÍNEZ GARCÍA identifica, en esta resolución, el fundamento ubica a la exclusión de prueba en este apartado del artículo 24.2 CE. *Vid*: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 66.

²⁸⁵ COUTURE, Eduardo J. *Tutela constitucional del proceso*. En: *Fundamentos de Derecho Civil*. 3ra. Edición. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1958. 492 pp.

La relación entre la prohibición de utilización de los medios de prueba y el sistema de garantías fundamentales integrado en la CE es reconocido por el TC²⁸⁶, quien le atribuye, sin razón aparente, impertinencia a un medio de prueba obtenido mediante violación de derechos fundamentales²⁸⁷. Así, el TC reconoce la relación entre la prohibición del medio de prueba y el sistema de derechos y garantías fundamentales que se integra en la CE.

Para GONZÁLEZ GARCÍA, la relación existente entre la prueba ilícitamente obtenida y el derecho fundamental a los medios de prueba pertinente se antoja forzado²⁸⁸, la crítica se funda en la relación al concepto jurídico-procesal de “prueba pertinente”, en palabras del autor *“ni la licitud de la fuente predetermina la pertinencia de la prueba ni la ilicitud desvinculan al medio probatorio de los hechos fundamentales del proceso”*. Esta acertada observación hizo eco en el razonamiento del TC, quien tardó poco en abandonar esta línea interpretativa y optó por buscar una alternativa a esta.

2.1.2. La presunción de inocencia.

En un segundo momento, fue la presunción de inocencia (figura contenida en el artículo 24.2 CE), la que ocupó el escenario central al momento de determinar el fundamento constitucional de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. Si bien es innegable que la presunción de inocencia es un elemento determinante en la configuración del proceso penal de corte liberal y, reconociendo que se trata de un derecho fundamental de la más trascendental importancia, la polifacética configuración del derecho y las distintas vertientes de

²⁸⁶ STC 114/1984 de 29 de noviembre, FJ 5.

²⁸⁷ STC 114/1984 de 29 de noviembre: *“El concepto de medios de prueba pertinentes que aparece en el mismo artículo 24.2 de la CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido (es decir, por medios ilícitos)”*.

²⁸⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, p. 5.

aplicación del mismo generan una cadena de condiciones relevantes que relegan su aplicación a un plano distinto al de fundamento de la regla de exclusión²⁸⁹.

Autores como DÍAZ CABIALE, se han decantado por la posición de dar prevalencia a la presunción de inocencia como elemento determinante en la configuración de la prueba ilícita. Esta posición parte del asumir que la presunción de inocencia se ve vulnerada con la sola admisión de una prueba que hubiere sido obtenida con lesión de derechos fundamentales²⁹⁰, aunque el mismo autor, de manera posterior, admite que dicha ilicitud – en referencia a la vulneración de derechos fundamentales – no puede ser considerada en el momento propio de la admisión, y que habrá que esperar al momento de la valoración para que el juez pueda fundar la exclusión de la misma en el imperativo del principio de presunción de inocencia²⁹¹.

"Es evidente que la suficiencia de la prueba - a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia - requiere que su obtención se haya producido por medios lícitos, pues de otro modo, no podrá surtir efectos dentro del proceso".²⁹²

Esta reinterpretación del fundamento jurídico de la regla de exclusión fue resultado de una aclaración del propio TC, quien consideró que era necesario pasar:

*" De defender que la valoración de una prueba ilícita vulneraba el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías a entender, que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, siempre que se hubiera provocado indefensión y la valoración – de la prueba ilícita – determine la condena"*²⁹³.

²⁸⁹ GÓMEZ COLOMER supone, con sólido argumento, que el TC no fundó en la regla de exclusión en un primer momento en el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por que el hecho que motivó la STC 114/1984 era de la jurisdicción laboral. *Vid: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles. Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008, p. 152.*

²⁹⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal.* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 47.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 104.

²⁹² GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita...*

²⁹³ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español.* En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Vol. IV.*, ed. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME, Marcel. Primera Edición. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 310.

El límite de esta concepción se alcanzó con la construcción de la teoría de la desconexión de antijuridicidad, que trasladó el concepto de aplicación de la presunción de inocencia – en su vertiente de regla de juicio – a un plano de interpretación de validez de la sentencia. Restándole la posibilidad de presentarse como un límite a la validez del elemento probatorio *per se*. Así lo entiende ALCAIDE GONZÁLEZ, quien afirma²⁹⁴:

“Durante una primera etapa, el artículo 11.1 LOPJ se relaciona en toda la jurisprudencia con el principio de presunción de inocencia, nace para protegerla y ésta se convierte en el canon de ilicitud de esta prueba”.

Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA sostiene que el grado de certeza exigido a la prueba en función de la presunción de inocencia requiere – evidentemente – que la obtención de la prueba haya sido por medios lícitos, puesto que la sanción a la prueba obtenida de otra manera estará vedada de cobrar efectos en el proceso.

Tal afirmación se sostiene en la interpretación del TC, quien ha señalado en diversas sentencias la función de la presunción de inocencia como regla de juicio:

*“En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”*²⁹⁵.

Esta interpretación de la presunción de inocencia refleja la limitación que pesa sobre la jurisdicción constitucional y que le prohíbe llevar a cabo la tarea de valoración de la prueba en sustitución de los órganos jurisdiccionales ordinarios, circunscribiéndola a la inexistencia de actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida. Esta construcción de la regla impide una doble función, dejando de lado la posibilidad de utilizarla como *canon* de validez de las pruebas²⁹⁶.

“En este sentido ha entendido el Tribunal Constitucional español que la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de

²⁹⁴ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE. UU. Y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Universitat Autònoma de Barcelona. 2012, p. 320.

²⁹⁵ STC 81/1998 de 2 de abril de 1998, F. J. 3.

²⁹⁶ *Ídem*.

cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías".²⁹⁷

No obstante lo anterior, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES afirman que es en este espacio donde ha de ubicarse la garantía procesal de la inadmisión de la prueba ilícita. Construyendo la posición a partir del razonamiento que convierte a la presunción de inocencia en el derecho fundamental que abarca todo aspecto atinente a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado en el proceso penal²⁹⁸, aseverando incluso que:

"Precisamente la presunción de inocencia se convierte en el concepto que aspira a estructurar un modelo de proceso penal de naturaleza garantista y, más concretamente, a la forma en que el imputado debe ser tratado a lo largo del proceso(...) de ahí que el encaje natural de la garantía objetiva en que consiste la prohibición de admitir pruebas que lesionaron un derecho fundamental no pueda ser otro que la presunción de inocencia"²⁹⁹.

Es en este tenor que los autores citados otorgan, a la presunción de inocencia, una función de control, fundada en su vertiente probatoria. En este sentido, DÍAZ CABIALE estima que dicha capacidad es atribuible a efectos de impedir una condena indebida³⁰⁰. Dicha función, construida a partir de dos aspectos (cualitativo y cuantitativo), comporta las exigencias de la mínima actividad probatoria, así como la exigencia del apego a las garantías constitucionales en el ejercicio de

²⁹⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, pp. 187 – 211.

²⁹⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 29. La determinación de que se trate de un proceso penal (y siempre y cuando estemos en el campo de algún proceso donde no se haya expandido la aplicación del principio de presunción de inocencia – tal como el administrativo– es de suma importancia, ya que de no ser así, afirman los autores, el fundamento para la inadmisión de la prueba lícitamente obtenida deberá trasladarse al derecho al proceso con todas las garantías. Esta posición, sin embargo, puede refutarse en tanto se admite que el fundamento jurídico de la regla de exclusión probatoria tiene una construcción de carácter general y, dada la finalidad que cumple (la tutela de derechos fundamentales) es aplicable a todo tipo de procesos. Así lo afirma DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. *La regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho español: excepciones y eficacia*. Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 32.

³⁰⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 18.

dicha actividad y la prohibición de utilización de pruebas derivadas de vulneración de derechos fundamentales.

Es en este punto donde los autores señalan el contenido de la STC 49/1999, F. J. 12º, por cuanto a la interpretación artificiosa que hace respecto a la obtención de pruebas ilícitamente obtenidas y su utilización en el proceso como vulneración del derecho a un proceso justo, a la vez que aclara que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, resulta afectada con la proposición y admisión de la prueba, siempre y cuando esta sea utilizada como fundamento para la imposición de la condena, esta teoría sin embargo, encuentra un límite si consideramos que ya la mera admisión del elemento probatorio ilícito comporta una afectación al derecho fundamental del proceso con todas las garantías³⁰¹.

Resulta factible invertir la interpretación realizada por DÍAZ CABIALE, MARTÍNEZ MORALES y el propio TC en la sentencia que se apunta, dado que, si bien la CE no reconoce el derecho al proceso justo, si reconoce el derecho al proceso con todas las garantías – y es que no acaban de ser lo mismo –. Considerando esta posición, es de notar que, de constituirse la presunción de inocencia como un límite a la posibilidad de la imposición de una sanción de carácter penal por la comisión de un ilícito, cuando no se hubiesen presentado pruebas suficientes y, más aún, tomando en cuenta la condición de que estas deben ser constitucionalmente válidas, la capacidad de justificar la valoración de las pruebas dentro del proceso resulta factible de análisis a través de esta – la presunción de inocencia – más su obtención no, tanto que la vulneración del derecho fundamental sería, tal y como ha interpretado la doctrina norteamericana, una violación al derecho al proceso justo.

Más la discusión no acaba aquí, dado que los autores continúan afirmando que dada la configuración y amplia interpretación que el TC español ha dado a la figura de la presunción de inocencia, esta no se agota en el *onus probandi*, sino que se constituye como “filtro” a la cantidad y calidad de la actividad probatoria, agotando así los elementos cualitativos y cuantitativos de la dimensión probatoria. Al final, el TC ha optado por reconocer que, en adición al derecho al proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia también puede resultar como un elemento vulnerado a partir de la admisión de una prueba ilícita, más limita dicho alcance a

³⁰¹ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Universidad Complutense de Madrid. 2015, p. 20.

los supuestos en que la condena haya sido fundamentada, principalmente, en dicho elemento probatorio³⁰².

2.1.3. El derecho a la tutela judicial efectiva.

En una 3ra. etapa, se consideró trasladar el cimiento de la regla que nos ocupa al art. 24.1 CE. Específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva, sobre cuya interpretación GONZÁLEZ GARCÍA estima debe realizarse en conjunto con el derecho al proceso con todas las garantías, en concordancia con lo expuesto por el TEDH en la sentencia *Schenk contra Suiza*³⁰³.

En este sentido y, siendo que no existe realmente fundamento jurisprudencial que sustente esta posición más allá de la interpretación doctrinal de la relevancia del derecho a la tutela judicial efectiva, debemos establecer que este estadio de la evolución del fundamento jurídico no representa más que un complemento.

2.1.4. El derecho al proceso con todas las garantías.

El último escenario, correspondiente a la cuarta etapa, es donde se ha planteado el fundamento a la regla de exclusión es el derecho al proceso con todas las garantías, nuevamente ubicado en el art. 24.2 CE.

Si bien diversos autores han sostenido que este derecho se ha convertido en una suerte de “cajón de sastre”³⁰⁴, el propio TC se ha esmerado en dejar clara la relación que la prueba ilícita y el derecho a un proceso con todas las garantías entraña³⁰⁵, al recordarnos que “*la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la*

³⁰² SSTC 86/1995, 81/1998 Y 5/2000.

³⁰³ GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, pp. 5 - 6.

³⁰⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Universitat de Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, p. 27.

³⁰⁵ Entre otras, la propia STC 81/1998, refrendada por las SSTC 49/1999, 94/1999, 139/1999, 161/1999, 166/1999, 171/1999, 238/1999, 239/1999, 8/2000, 50/2000, 126/2000, 127/2000 y 299/2000.

*Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (...)*³⁰⁶.

Esta relación también resulta evidente al considerar a las garantías como *un conjunto de prevenciones institucionalizada bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal*³⁰⁷, más aún al recordar los antecedentes que ponen en marcha el modelo de restricciones a la actividad epistemológica del proceso.

Según DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES, la traslación del derecho a la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, que el TC ha realizado, desde el derecho a la presunción de inocencia y hacia el derecho al proceso con todas las garantías supone un cambio en la manera en que dichas afectaciones se valoran, así como sus consecuencias dentro del proceso³⁰⁸ e imputan la modificación de la naturaleza de la garantía constitucional a la construcción de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, entendiéndolo responsable a la misma de el cambio referido³⁰⁹.

Así, la existencia de pruebas de cargo válidas e independientes, en paralelo a aquellas declaradas como ilícitas, supondría que aún existiendo vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, no se actualizara violación alguna a la presunción de inocencia.

Los autores critican esta teoría por suponer que la redacción del art. 11.1 LOPJ no puede funcionar bajo tal parámetro y siendo, mientras afirman que es únicamente la presunción de inocencia la que constituye la herramienta ideal para armar dicha construcción legal. Por lo mismo, identifican dos elementos a considerar a efectos de resolver la cuestión aquí planteada. En primer lugar, la necesidad de justificar la posición del derecho al proceso con todas las garantías como fundamento del art.

³⁰⁶ STC 50/2000 de 28 de febrero.

³⁰⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 220.

³⁰⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 33.

³⁰⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 39.

11.1 LOPJ y en segundo, la consideración de la valoración de una prueba ilícita como un acto que, en si mismo, supone una lesión a tal derecho fundamental³¹⁰.

Una de las más fuertes críticas a esta posición se funda en la falta de identidad del derecho al proceso con todas las garantías, contenido en el art. 24.2 CE con el denominado *due process* del derecho anglosajón³¹¹ y tampoco a la interpretación que el TEDH ha sostenido sobre el concepto de proceso justo, aún y cuando este ha sostenido la idea de que la admisión de la prueba ilícita implica una afrenta a tal derecho³¹².

En el primer caso, los autores adelantan que el derecho a un proceso con todas las garantías no tiene un alcance parecido al *due process* en el derecho norteamericano³¹³, alegando que la enmienda decimocuarta da cobertura a través de ese derecho a cada uno de los Estados. Los autores omiten mencionar que la enmienda decimocuarta, parte del texto original del *Bill of Rights* (las primeras diez enmiendas), contiene, en la quinta enmienda, el derecho al *due process*, en un nivel equiparable al del derecho al proceso con todas las garantías – salvando las diferencias generales entre ambos –.

Otra afirmación sostenida por DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES radica en sustentar a la garantía de la exclusión de la prueba ilícita como una construcción transversal, contenida en el texto del art. 24.2 CE, a modo de utilizarla como un elemento de rehabilitación *ad hoc* para el derecho fundamental vulnerado en el caso concreto³¹⁴. Los autores sostienen esta teoría en función de la independencia que se manifiesta al momento de solicitar el amparo y el papel que la presunción de inocencia juega al momento de determinar la reparación de la violación que se manifestó con la afectación de derechos.

³¹⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 33.

³¹¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Universitat de Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, p. 28.

³¹² Caso Schenk contra Suiza, sentencia del 12 de julio de 1988, fundamento de derecho 1, A.

³¹³ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 34.

³¹⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, pp. 31-32.

Estimamos materialmente complejo dar el soporte adecuado a esta teoría, ya que, aún con las aclaraciones realizadas en párrafos anteriores con relación a la construcción del principio de presunción de inocencia, le consideramos incapaz de erigirse como un doble valor de comprobación del elemento probatorio y su validez, creemos que la explicación brindada implícitamente supone la existencia de la prohibición de admisión de la prueba ilícita en el texto constitucional, situación que, como han aclarado varios autores, no es cierta.³¹⁵

2.2 La eficacia de la prueba ilícita según la evolución jurisprudencial en la materia.

Parece ser que el vehículo útil para realizar el recorrido de la evolución jurisprudencial de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España resulta ser el efecto de la misma, es decir, la eficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales a efectos de fundar una condena en el proceso penal. Tanto que el fundamento jurídico, expuesto y desarrollado en el apartado anterior, da forma a la interpretación de las bases constitucionales que habilitan el sentido y aplicación de la regla, el efecto que la misma impone al proceso, por vía de la privación de eficacia del elemento probatorio obtenido en contravención de la misma nos ubica en el plano práctico o, si se prefiere, procesal de la figura, al permitirnos abordar los criterios de aplicación o excepción, así como determinar los efectos que la prohibición de valoración que acompaña al efecto tiene sobre los procesos en particular.

A efectos de realizar este ejercicio, es preciso ubicarse en la primera manifestación u origen de la regla de exclusión, que en el caso español coincide con la STC 114/1984, analizada en apartados anteriores y ampliamente discutida por la doctrina y jurisprudencia a lo largo de su vida y aplicación. Si acaso fuera necesario añadir algún comentario a lo ya expuesto, cabría señalar que, las condiciones iniciales planteadas por la STC 114/1984 a efectos de la interpretación, delimitación y alcances de la regla de exclusión a partir del texto constitucional, han sufrido una serie de cambios, descritos por la doctrina como el

³¹⁵ Entre las voces más autorizadas: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, pp. 91-108.

reflejo de un efecto “pendular”³¹⁶ que ha pasado de un periodo de expansionismo en cuanto a los alcances y aplicación de la regla, a la actual tendencia reduccionista, inaugurada con las primeras manifestaciones de excepciones a la aplicación y las interpretaciones restrictivas en materia de prueba refleja.

En general, existe consenso al interior del diálogo doctrinal al imputar la causa del movimiento ya descrito a la relación entre los 2 intereses identificados por GÖSSEL (interés en la efectividad del proceso penal en defensa del interés social vs los derechos fundamentales del individuo³¹⁷. Situación que, como se ha señalado y, de manera específica en el contexto del sistema jurídico español, genera el establecimiento de los límites de la capacidad estatal de la búsqueda de la verdad. Esta visión, plasmada en un primer momento en la STC 114/1984 y derivada de la interpretación constitucional del fundamento jurídico (hoy día ubicado en el derecho al proceso con todas las garantías – Art. 24.2 CE –), aunado al reconocimiento de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su condición de inviolables (Art. 10.1 CE) se mantiene vigente en una línea de interpretación jurisprudencial aún defendida, tanto por el TC como por el TS.

La distinción aportada por la STC 144/1984 en función de la disparidad entre la infracción a una norma infra constitucional y la vulneración a derechos fundamentales derivó en la primera manifestación de efecto ante el reconocimiento de dicha infracción, equiparándola, bajo el paradigma procesal vigente, a la nulidad³¹⁸. El baluarte recién creado por el TC se posicionó en el paradigma legal ibérico con la normativización de la regla de exclusión en la LOPJ, publicada como Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio. Es a partir de este hecho que

³¹⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. Revista *Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, p. 353, ARMENTA DEU, Teresa. *Exclusionary Rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América*. Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile. Nº. 11, 2009, p. 109. Y: PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p. 15.

³¹⁷ GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho*. Obras completas. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2007. 352 pp.

³¹⁸ STC 114/1984 de 29 de noviembre, F.J. 4º y CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 2015, pp. 34-35.

comienza lo que la doctrina ha llamado “efecto expansivo” de la regla de exclusión³¹⁹.

La influencia del art. 11.1 LOPJ en la jurisprudencia y el efecto expansivo de la regla de exclusión puede trazarse partiendo del contenido del mismo en 2 sentidos: Primero en el establecimiento de la doctrina del denominado “efecto reflejo” y, en segundo lugar, con lo relativo a la delimitación de un ámbito de aplicación de la regla de exclusión en el contexto procesal.

La creación del efecto reflejo, derivado de la interpretación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y traído a la vida jurídica en España, a partir de la interpretación de la sentencia *Silverthorne Lumber Co. v. United States*³²⁰, encuentra cabida en el texto del artículo en análisis bajo el concepto de la redacción del mismo, cuando se refiere a la prueba obtenida “*directa o indirectamente*”, tal como se ha abordado en el apartado correspondiente al análisis del mismo. Sin embargo, el reconocimiento jurisprudencial formal de la doctrina descrita no se daría sino hasta años más tarde, primero por parte del TS en la STS 814/1992 de 7 de abril³²¹, y posteriormente de manera inadvertida, por el TC, con la emisión de la STC 85/1994 de 14 de marzo³²². Reconocimiento posteriormente reforzado en varias sentencias.³²³

Resalta en este análisis jurisprudencial el razonamiento realizado por el TC en la STC 85/1994 por cuanto hace al estudio de los efectos que debe tener sobre el resto del material probatorio la ilicitud de la prueba principal, más se agradece la labor complementaria del TS, quien ha dotado de una justificación a la razón de la aplicación del efecto “dominó”, al encontrarlo como la única vía que garantiza la

³¹⁹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p 71.

³²⁰ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

³²¹ Al identificar, en el Fundamento de Derecho 2º, la nulidad e *inutilizabilidad* de las pruebas obtenidas ilícitamente en el marco del proceso, así como el efecto de ineficacia de las pruebas derivadas de una obtenida en estas condiciones, situación que hace a la luz de la exigencia de interpretación rigurosa de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

³²² Al declarar el impedimento a tomar en consideración prueba obtenida por derivación inmediata de la declarada inconstitucional por la insuficiente motivación de la autorización de intervención de comunicaciones.

³²³ SSTC 54/1996, 81/1998 y 49/1999, así como en el ATC 155/1999 de 14 de junio.

ineficacia de la prueba ilícita originaria en el proceso³²⁴, manteniendo vigente el contenido efectivo de la regla de exclusión y la correcta tutela procesal de las garantías constitucionales³²⁵.

Este hilo jurisprudencial, si bien no del todo abandonado, se ha visto fuertemente debilitado por el gradual establecimiento de diversas excepciones a la regla de la ineficacia refleja de la prueba ilícitamente adquirida³²⁶, así como por la artificial atribución del efecto disuasorio asociado a la misma³²⁷.

Por cuanto hace a la segunda vía, derivada de la labor de definición del campo de acción de la regla de exclusión y determinado en el contenido del artículo 11.1 LOPJ por el término “obtención”, estimamos posible considerar que la misma se ubica en la frontera entre el movimiento “expansionista” y la corriente que pugna por la limitación de la regla. Si bien algunos autores identifican esta acotación como una primera manifestación de “matización” del contenido de la STC 114/1984³²⁸, es al menos discutible compartir su opinión, dado que si bien la interpretada función limitadora no se orienta a la eliminación de supuestos para la aplicación, sino más bien como un ejercicio de identificación del campo de acción donde resulta aplicable la regla, el cual que deriva de la ingeniería legal aplicada a la construcción de la misma. Esta afirmación se encuentra presente en la redacción de la STC 64/1986 de 21 de mayo, oportunidad en la cual el TC atina en determinar la oportunidad de operación de la regla de exclusión, tal como lo explica MIRANDA ESTRAMPES³²⁹:

³²⁴ Vid por todas: STS 1491/2003 de 26 de noviembre, en específico el Fundamento de derecho décimo.

³²⁵ SSTs 448/1997; 472/192; 974/1997; 290/1999; 369/1999 y 1203/2002, entre otras.

³²⁶ A saber: la prueba jurídicamente independiente, el descubrimiento inevitable y el hallazgo casual mismas que serán abordadas *infra*.

³²⁷ Por ejemplo en STS 448/1997 de 4 de marzo, fundamento de derecho segundo: “*La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales de la investigación criminal (Deterrence effect) [sic]*”.

³²⁸ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p 49.

³²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia*, Núm. 47. 2003, p. 55.

El propio TC se ha pronunciado al respecto, en ocasión de la STC 64/1986, al determinar que la regla de exclusión debe entrar en función cuando la ilicitud se produzca al momento de la obtención de la prueba, identificando con este calificativo al proceso de búsqueda, identificación y recogida de las fuentes probatorias. Reconduciendo, en la medida de que las violaciones sucedan en el momento de la admisión o práctica de la prueba, a la regla de interdicción de la indefensión, sujetando dicha actuación a las reglas previstas para la nulidad (arts. 2388 y ss. LOPJ y 225 y ss. LEC).

Tal acotación, plasmada a nivel jurisprudencial, continúa siendo discutida hoy por la doctrina, principalmente por la confusión imperante en cuanto a la distinción entre prueba prohibida, prueba ilícita y prueba irregular. Esta discusión, que ha permeado el discurso en el ámbito jurídico español, al parecer ha derivado de una posición que pretende, más allá de la distinción e individualización de cada uno de estos conceptos, generar una teoría unitaria de interpretación del contenido de las prohibiciones probatorias y, a su vez, adivinar el tratamiento procesal al que deben estar sujetas. Sin embargo, el esfuerzo integrador poco ha hecho para permitir el desarrollo de las figuras más allá de perspectivas generales y, en el fondo poco estudiadas, basadas en interpretaciones apropiadas de figuras jurídicas extranjeras, las cuales derivan, eventualmente, en obstáculos para el desarrollo propio de la jurisprudencia, requiriendo constantes zurcidos y creación de criterios *ad hoc*, que permitan la resolución de casos relevantes con escasa consideración de los antecedentes, cuando los mismos no se presten al ánimo de la respuesta buscada.

Aún si estuviésemos en posición de atribuir a la STC 64/1986 la condición de pionera en el ámbito de restricción de la regla de exclusión de la prueba ilícita, debemos admitir que la verdadera inversión en el recorrido “expansionista” se da hasta la emisión de la STC 86/1995 de 6 de junio, con el establecimiento de la excepción de la prueba jurídicamente independiente, a la vez que inaugura el escenario ocupado por las 3 excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita (o, en concreto, a la eficacia refleja de la misma)³³⁰.

En este sentido, debemos rescatar el comentario de ALCAIDE GONZÁLEZ, quien señala: *“la mayor aportación norteamericana la encontramos en materia de prueba derivada, y(a) que nuestra jurisprudencia recoge prácticamente la totalidad de*

³³⁰ Una mención es al menos necesaria en el caso del llamado nexo causal atenuado, doctrina establecida en *Nardone v. U.S.* 308 U.S. 338 (1939) y que, en al menos un par de ocasiones, ha sido traída a colación por el TC en su STC 66/2009 de 9 de marzo.

*excepciones consolidadas en el derecho estadounidense*³³¹. Debemos establecer que, pese a la casi unánime aceptación, por parte de la doctrina, de la condición de excepciones que reúnen las figuras que desarrollaremos a continuación, existe una pequeña corriente que estima que las mismas no son más que “simples desarrollos de la lógica relacional de la regla de exclusión”³³², idea basada en la reiterada afirmación, contenida dentro de la jurisprudencia del propio TS de que doctrinas como el descubrimiento inevitable o la prueba independiente constituyen, en si mismas, efectos correctores de la doctrina del fruto del árbol envenenado³³³.

Tal “discrepancia” parece centrarse en la interpretación de la necesidad de limitar el ámbito de aplicación de la doctrina de la prueba refleja, tal como supuso el ejercicio de la STC 64/1986. Aún siendo este el caso, no debemos perder de vista que esta vía de interpretación, representada por la importación de las doctrinas que a continuación analizaremos, ha culminado con la instauración de una herramienta técnica propia, desarrollada por el TC a partir de las mismas y cuyo interés principal es despojar a la regla de exclusión de un contenido abstracto que de prioridad al tratamiento individual del caso, dando paso a un complejo mecanismo técnico-jurídico de ponderación y apreciación de elementos causales y su relación con las pruebas, a efectos de crear un instrumento general para la apreciación de la legalidad de la prueba ilícita derivada.

Esta doctrina, cuyo origen es la doctrina del “*independent source*”, elaborada a partir del caso *Wong Sun* de 1963³³⁴, encontró su camino en la jurisprudencia española bajo la consideración de la necesidad de continuar con el cerco a la regla de exclusión, bajo el concepto de que su reconocimiento no es más que una “*consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión*”³³⁵. Esta “consecuencia” parte de la premisa de la necesaria limitación al concepto de “prueba independiente”, cuya preeminencia en el escenario jurisprudencial había

³³¹ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE. UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Universitat Autònoma de Barcelona. 2012, p. 426.

³³² Tal como afirma: FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2003, p. 36.

³³³ STS 364/2013 de 25 de abril.

³³⁴ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

³³⁵ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p 86.

impulsado el efecto expansionista de la regla de exclusión, situación que se identifica como “*la primera gran grieta en el pilar que sostiene el edificio de la eficacia refleja de la prueba ilícita*”³³⁶.

La discusión central en la sentencia en análisis se funda en la función que puede cumplir la prueba derivada a efectos de vencer a la presunción de inocencia³³⁷, lo cual desplaza el análisis del TC al campo de la necesaria verificación de la actividad probatoria legítima (en términos de su apego al contenido constitucional) y suficiente³³⁸. Después de reiterar la jurisprudencia que exige la privación de efectos a todas aquellas pruebas derivadas de una obtenida con infracción de derechos fundamentales, el TC introduce, en el Fundamento Jurídico cuarto, la existencia de una prueba, consistente en la confesión del recurrente en el proceso, la cual considera *derivativa y no viciada por la ilegalidad original*, aún y cuando la confesión realizada previamente podría no considerarse válida en sede policial por la infracción de elementos legales relativos a la información de sus derechos y a la asistencia legal. En este sentido pareciera que el TC realiza una importante labor de interpretación, a efectos de ubicar las características del caso *Wong Sun V. United States* en el recurso de amparo que estudia, dicho esfuerzo deriva en la declaración de inexistencia de la vulneración constitucional, reconociendo la independencia, legalidad y suficiencia del elemento probatorio obtenido, consistente en la declaración, a efectos de sustentar la condena impuesta.

A partir de tal interpretación, es posible deducir la necesidad de existencia de una “*relación de causalidad entre la prueba directamente obtenida vulnerando derechos fundamentales y las que de ella se derivan*”³³⁹. La corriente de pensamiento aquí reflejada derivará, a la postre, en el establecimiento de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, como una regla llamada a guiar la interpretación de los supuestos donde la rehabilitación de la prueba derivada se estima posible en función de su relación con la original³⁴⁰.

³³⁶ *Ídem*.

³³⁷ STC 86/1995, F.J. 1º, párrafo 1.

³³⁸ *Ídem*.

³³⁹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p 87.

³⁴⁰ Tal como advierte GÓMEZ COLOMER, es palpable la relación técnica entre la prueba jurídicamente independiente y la llamada conexión de antijuridicidad. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188.

Por otro lado, la rápida confirmación de esta doctrina en sentencias posteriores³⁴¹ permite afirmar que la misma se ajusta a la visión que el TC tenía, en su momento, con respecto a la evolución de la jurisprudencia relacionada a la regla de exclusión, a la vez, resulta ilustrativo el esfuerzo que el TS realizó para dicha posición³⁴², lo que permite suponer que la paridad en materia de la interpretación corresponde a una visión desarrollada en conjunto, situación que, en la actualidad, no queda tan clara.

La segunda excepción, instaurada a efectos de prevenir la continuada expansión del efecto reflejo de la prueba ilícita, viene de la mano de la doctrina conocida como el descubrimiento inevitable. Fundada en el caso norteamericano de *Nix v. Williams*³⁴³ y trasplantado al derecho español mediante la STS 974/1997 de 4 de julio, esta doctrina busca proponer la utilización de la prueba ilícita derivada mediante el argumento de la posibilidad, llevada casi al grado de certeza, de que la misma hubiera sido obtenida mediante acciones no prohibidas e independientes de aquella que causó el vicio de ilicitud sobre el medio probatorio original. Falta decir que esta mera formulación la convierte en un paradigma sumamente frágil y plagada de críticas. Bajo esta óptica, la doctrina resulta especialmente útil cuando “*se tiene absoluta certeza de que ésta, sin necesidad de la anterior diligencia ilegítima, también se hubiera podido adquirir con base en el material de hecho preexistente (...)*”³⁴⁴. Bajo este antecedente, el contenido atribuido a la doctrina del descubrimiento inevitable en el texto de la STS 974/1997 parece reflejar el perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, situación que GÓMEZ COLOMER explica en los términos siguientes:

Es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria, obtenida de manera lícita, de que un hecho ha existido, aunque se haya conocido ese hecho por la prueba ilícita, o por prueba derivada que también es ilícita,

³⁴¹ Vid: SSTC 54/1996 de 26 de marzo, 238/1999 de 20 de diciembre y, de manera más reciente: 8/2000 de 67 de enero.

³⁴² SSTC 448/1997 de 4 de marzo, 1490/1998 de 26 de noviembre. Por las más recientes: SSTC 4 DE ABRIL DE 2002 RJ 2002, 5445 Y 24 DE ABRIL DE 2003 RJ 2003, 4231.

³⁴³ *Nix v. Williams* 467 U.S. 431 (1984).

³⁴⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVARES, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. COLEX, Madrid. 2001, pp. 97 – 98.

*siempre que la prueba sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada.*³⁴⁵

En este sentido, CAMPANER MUÑOZ atina al alzar la voz contra la artificialidad con la que la invocación y aplicación de dicho antecedente de excepción parece aplicar al análisis de la llamada conexión de antijuridicidad, al limitar la relación de causalidad entre la prueba original y la derivada, a la vez que también habilita que por vía de “investigaciones paralelas” la policía deje sin aplicación la regla de exclusión, argumentando la independencia de la actuación de distintos grupos³⁴⁶. Más allá de esta crítica, sustentada en la sustitución de un “remedio” por otro, el autor continúa con los señalamientos hacia la jurisprudencia española en la materia, considerando que el fallo más grave de la misma consiste en la sustitución del frágil criterio de la inevitabilidad³⁴⁷ por uno aún más débil, el de la probabilidad³⁴⁸, sustitución claramente contenida en el razonamiento de la STS 818/2011 de 21 de julio y que poco hace por reforzar la certeza de que la prueba derivada de una ilícita hubiese podido ser incorporada de manera independiente al proceso.

La tercera excepción y, también, la de más reciente cuño consiste en el denominado “hallazgo casual”, la misma ha cobrado relevancia en el sistema jurídico español a partir de la STS 1313/2000 de 21 de julio, aún y cuando no se trata de la primera sentencia que aborda los efectos jurídicos del hallazgo casual, más si es la primera en relacionarla de manera directa con la teoría de la prueba prohibida³⁴⁹. Fundamentalmente, el razonamiento detrás de esta doctrina estima que el hallazgo casual de una prueba es lícito y considerado apto para, a través de su valoración, enervar la presunción de inocencia, aún y cuando la prueba

³⁴⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188.

³⁴⁶ Para muestra, en referencia al primer supuesto: STS 116/2013 de 21 de febrero y, por cuanto hace a las “investigaciones en paralelo”: STS 556/2010 de 10 de junio. CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. España. 2015, p. 64.

³⁴⁷ Sustitución que no se explica, ya que el propio TS se ha manifestado con respecto a la “inevitabilidad”, al definirla como “Todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es resultado de esa condición”. *Vid*: STS de 4 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 9713).

³⁴⁸ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. España. 2015, p. 69.

³⁴⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación...*

originaria sea ilícita. El cálido recibimiento de esta doctrina en la jurisprudencia española es notable, ya que la enumeración de la misma como posible supuesto de desconexión causal entre la prueba originaria y la derivada es reiterada y constante³⁵⁰.

Derivado del análisis de las sentencias en la materia, parece imposible obviar la relación que se ha creado entre la doctrina del descubrimiento inevitable y la figura de flagrancia, llegando a considerar esta última como un presupuesto habilitante para la aplicación de la excepción³⁵¹. Esta dependencia ha orientado la construcción de jurisprudencia orientada a distinguir el supuesto en que el hallazgo es realizado, dividiendo los mismos en 2 rubros: lícitos e ilícitos³⁵² y estableciendo un presupuesto de validación en relación con la conexidad o inconexidad de los eventuales delitos descritos a partir de dichos hallazgos³⁵³.

La más reciente preocupación en relación con los llamados hallazgos casuales deriva de la experiencia norteamericana con la figura conocida como “*fishing expeditions*”. Este concepto hace referencia a las investigaciones realizadas con “ánimos prospectivos” y generales³⁵⁴. En este sentido, la corriente presentada por la STS 48/2013 de 23 de enero parece especialmente problemática, pues aún y cuando establece criterios ciertos para las exigencias que penden sobre los funcionarios al realizar tareas de investigación, compartimos la posición de CAMPANER MUÑOZ, al criticar la inexistencia de elementos que regulen la prohibición o limitación a la que debiera estar sujeta la búsqueda de elementos inconexos o relacionados de forma remota con la investigación principal o, en el peor de los casos, de las llamadas investigaciones en paralelo³⁵⁵. En estos últimos

³⁵⁰ Entre los ejemplos más recientes: SSTS 320/2011 de 22 de abril y 988/2011 de 30 de septiembre.

³⁵¹ SSTS 885/2004 de 5 de julio, 1990/2002 de 29 de noviembre y 1004/1999 de 18 de junio.

³⁵² Por interpretación del art. 11.1 LOPJ, haciendo extensiva la ilicitud de la prueba originaria a la derivada en tal supuesto.

³⁵³ STS 291/2013 de 14 de marzo.

³⁵⁴ Preocupación plasmada en las recientes reformas de 2015 a la LECrim, desarrolladas en apartados próximos de este trabajo.

³⁵⁵ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 2015, pp. 79 - 80.

supuestos, nos acercamos peligrosamente a la llamada “excepción de buena fe”³⁵⁶.

3. Tratamiento procesal de la prueba ilícita.

En este apartado nos dedicaremos a tratar de determinar distintas situaciones que rodean al tratamiento procesal de la prueba ilícita. En primer momento, abordaremos lo relativo a los supuestos de obtención de prueba ilícita en el contexto del proceso penal español, determinando los derechos fundamentales que están en riesgo de sufrir vulneración, así como los elementos que componen dicha infracción.

En un segundo momento, buscaremos el momento en que ocurre la ilicitud, así como las consecuencias que dicha incidencia acarrea al proceso y, por último, daremos cuenta del tratamiento procesal de la prueba ilícita, es decir, el momento en que el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la ilicitud de la prueba, la manera en que debe hacerlo y, desde luego, las consecuencias que deberán emanar a partir de dicho pronunciamiento. Todo esto, en el contexto que marca la evolución jurisprudencial y doctrinal elaborada entre 1984 y 1998.

3.1. Supuestos de obtención de prueba ilícita en el proceso penal español.

Si bien son muchos los derechos fundamentales son susceptibles de ser lesionados y, en consecuencia, provocar la aplicación de la garantía constitucional de inadmisibilidad de la prueba ilícita, los que mayor “peligro” presentan son las garantías contenidas en los artículos 15, 17 y 18 CE³⁵⁷.

Cabe afirmar, sin embargo, que no sólo son estos derechos “extraprocesales” los que se encuentran en riesgo, ya que es factible identificar actuaciones procesales que pueden ser vulnerados con la actuación de la autoridad, como por ejemplo, el derecho a no declarar contra si mismo o el derecho a la defensa, en la vertiente de no declarar si no se cuenta con la presencia de su abogado.

³⁵⁶ Situación ya palpable en diversas sentencias, *vid*: STS 811/2012 de 30 de octubre y STC 22/2003 de 10 de febrero, para una idea general.

³⁵⁷ Integridad física, libertad personal e intimidad, propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y autodeterminación informativa, respectivamente. DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 25.

Dentro de este rubro de posibles violaciones a derechos fundamentales en etapa procesal, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES piden se preste especial atención a la llamada detención ilegal. Esto en función de la actual aplicación de la llamada teoría de “unidad del acto” (o principio de concentración) y las posibles consecuencias de dicha detención (declaración en dependencias policiales, reconocimientos, etc.).

3.2. Momento en que ocurre la ilicitud probatoria.

A efectos de determinar los momentos en que es más común que ocurran vicios que deriven en la eventual declaración de ilicitud de un elemento probatorio, debemos situarnos en el contexto del desarrollo del sistema procesal penal español. Este sistema, identificable como uno acusatorio formal o mixto, reserva la investigación y la persecución de los delitos a la autoridad, por considerarles una función pública, incapaz de ser abandonada a las partes³⁵⁸.

Es esencialmente durante esta fase de investigación, tanto no judicializada (también llamada investigación pre-procesal y realizada por la policía) o en la fase de instrucción (ordenada y controlada por el Juez de Instrucción) que se cometen la mayor parte de las violaciones a derechos fundamentales en relación con la figura de la prueba ilícita³⁵⁹ ya que es en estas etapas en las que se realiza la obtención de los elementos probatorios que, eventualmente fundarán la acción penal y darán sustento al proceso.

Cabe aclarar que, aún y cuando sobre el Ministerio Fiscal pende la obligación de no ordenar diligencias de investigación que impliquen la aplicación de medidas cautelares o limitativas de derechos fuera de la fase de instrucción y la supervisión del juez³⁶⁰ y, por tanto, sin autorización del juez, en la práctica, la policía suele infringir derechos fundamentales, de manera consciente o no.

³⁵⁸ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho penal. 10ª. Edición, Ed. Marcial Pons. Madrid. 2017, p. 31.

³⁵⁹ Así lo identifican también: DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 39.

³⁶⁰ Art. 5.2 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ley 50/1981, de 30 de diciembre. Consideración aplicada a partir de la modificación publicada el 29 de diciembre de 2000 a dicha ley.

Siendo que el contenido del texto del art. 11.1 LOPJ no hace referencia expresa al alcance del concepto de “obtención”, la doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de debatir el alcance del mismo ampliamente, tal y como se ha hecho patente al momento de realizar el análisis de dicho apartado.

Dicha imprecisión ha dado lugar a diversas posiciones con respecto de la posibilidad de que se actualicen vulneraciones a derechos fundamentales más allá de la obtención del elemento probatorio. La relevancia en la determinación del momento en el que sucede la ilicitud atiende al llamado criterio temporal, mismo que corresponde a un juicio delimitador entre fuente y medio de prueba, el cual habilita, según el caso, al tratamiento procesal o extraprocesal de la irregularidad relacionada al elemento probatorio.

Al respecto, ARMENTA DEU recuerda que, al no referirse el resultado de la sanción de la norma contenida en la regla de exclusión española – es decir la falta de causa de efectos – (art. 11.1 LOPJ), a un resultado concreto, desde la perspectiva constitucional es factible ubicar distintos espacios de vulneración en dos momentos distintos, aún y cuando "*la práctica pone de manifiesto que la mayoría de nulidades por ilicitud de prueba surgen durante la instrucción*"³⁶¹. El primero en la obtención de la prueba y, el segundo, en la práctica³⁶². Estos supuestos deben ser tratados mediante la regulación de las causas de nulidad ofrecida en la LOPJ (arts. 238 a 243) y la LEC (arts. 224 a 231)³⁶³.

Ahora bien, algunos autores entienden que la ilicitud probatoria puede también ocurrir a raíz de la lesión a garantías procesales³⁶⁴. Así lo sostiene también ARMENTA DEU, para quien los derechos susceptibles de vulneración en la práctica de prueba se corresponden con aquellos derechos de carácter procesal, tales como la inmediación o la contradicción³⁶⁵. Esta posición refleja el contenido de la STC 64/1986, en tanto la misma considera que la limitación de los medios de

³⁶¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México. 2005, pp. 293 - 348.

³⁶² STC 64/1986.

³⁶³ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 24.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 28.

³⁶⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 189.

defensa, producidos en juicio por la indebida actuación de los órganos jurisdiccionales es motivo de amparo. A esta posición se adhieren DÍAZ CABIALE Y MARTÍNEZ MORALES, al afirmar que:

“Todos esos supuestos en los que la lesión del derecho fundamental no es la causa de la obtención de la prueba son casos en los que se lesionan los principios que rigen la actividad probatoria – inmediatez, contradicción, defensa –”³⁶⁶.

Por cuanto hace al análisis del momento en que ocurre la ilicitud, mantenemos la postura de que, la ilicitud de la prueba ocurre en dos categorías y momentos distintos. Esta distinción resulta de trascendencia por diversos motivos, que exponemos a continuación. Considerando la determinación de la ilicitud de la prueba con el carácter de relevante, siempre y cuando el Órgano jurisdiccional la ha calificado como tal, afirmamos que cualquier manifestación previa al respecto, realizada por las partes no tendrá efectos procesales. Si bien dicha manifestación puede tener como objeto la solicitud para el análisis del elemento probatorio en cuestión para determinar su posterior ilicitud, no trasciende más allá en tanto no ocurra el resultado ya señalado. Esta primera categoría, con su ubicación procesal correspondiente (previo a la determinación jurisdiccional y, a como afirmamos en secciones anteriores, susceptible de ser realizada en cualquier momento del proceso), equivale a lo que podríamos determinar como prueba ilícita imperfecta. En contraste, la prueba ilícita perfecta será aquella que haya sido determinada como tal por un órgano jurisdiccional competente en el transcurso de un proceso, por haberse determinado que la obtención de la misma es producto de la violación a uno de los derechos fundamentales tutelados por el texto constitucional.

Ahora bien, esta clasificación da pauta a abordar el tercer elemento de este análisis, resultante en el momento en que se pueda decretar tal carácter, es decir, el momento procesal oportuno para el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la ilicitud de un elemento de prueba determinado, sobre el que se puede mencionar, dadas las condiciones actuales que:

“no es posible fijar una fase concreta procesal (sic) para que los órganos judiciales se deban pronunciar, bien de oficio o a instancia de parte, respecto de la supuesta ilicitud de medios probatorios (...)”³⁶⁷.

³⁶⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión...*, p. 23. Al hacer mención del contenido de la STC 64/1986.

³⁶⁷ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *Revista del Poder Judicial*. Editores. Consejo General del Poder Judicial.

Sin embargo, se presentan diversas opciones, muchas de ellas ya previstas en el régimen legal actual, para dar pauta a la determinación definitiva de la materia. Llama la atención la relevancia que, en últimos años, ha otorgado la doctrina al contenido del art. 287 de la LEC.

ARMENTA DEU aporta cinco alternativas viables a la determinación del trato procesal de la prueba ilícita³⁶⁸: a) Tratamiento a través de apreciación judicial *ex officio*; b) En la fase de instrucción; c) Como cuestión previa al abrir la fase de enjuiciamiento; d) Resolución en sentencia y; e) En fase de recurso.

Siendo que, en más de un caso, la decisión no afecta por exclusión a las otras, estimamos compatible el tratamiento por varias vías, asegurando siempre que el diseño que permita el recurrir a las mismas sea por demás amplio y de fácil acceso para las partes.

3.3. Efectos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

En el marco de la interpretación de la regla de exclusión, contenida en el art. 11.1 LOPJ, y considerada como una garantía del orden constitucional, es posible afirmar que el órgano jurisdiccional estará llamado a privar de eficacia a los elementos probatorios sobre los cuales penda la calificación de ilícitos, mediante la prohibición de admisión, práctica y valoración de los mismos³⁶⁹, como resultado de la vulneración a derechos fundamentales actualizada en su obtención. Sin embargo, la utilización del concepto “no surtirán efectos” ha dividido a la doctrina, estableciendo dos frentes donde es factible aplicar tal prohibición. Ambos frentes parten de la premisa de que “*la teoría de la prueba prohibida comporta la proscripción de que el juez, a la hora de valorar la prueba, forme su convicción sobre los hechos en virtud de pruebas ilícitamente obtenidas*”³⁷⁰, más sin embargo, ambas posturas dan tratamiento distinto a dichas pruebas, buscando obtener el mismo resultado.

³⁶⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, pp. 200 - 202.

³⁶⁹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p. 48.

³⁷⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Vol. IV.*, ed. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME, Marcel. Primera Edición. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 310.

Los intereses contrapuestos en estas distintas doctrinas buscan evitar, por una parte los prejuicios derivados del conocimiento de la prueba ilícita, al pugnar por su exclusión temprana (inadmisión) y por permitir al órgano jurisdiccional acceder al conocimiento completo de los elementos relevantes del caso, a efectos de preservar la garantía jurisdiccional y el derecho de defensa³⁷¹.

El primer frente se orienta sobre la premisa de que, de permitir la admisión de la prueba ilícita al proceso, la misma ocasionará un efecto de carácter psicológico sobre el juzgador³⁷², impidiéndole construir, de manera imparcial, la sentencia relativa al asunto, en la medida en que, aún y cuando se haya privado de efectos o capacidad de utilización a la prueba ilícita, la misma habrá extendido sobre su mente, en razón de ese efecto psicológico. Este efecto, considerado como una “contaminación”, resulta de imposible prevención y, por tanto, esta corriente doctrinal opta por la radical inadmisión del elemento probatorio viciado de ilicitud. También cabe considerar la dificultad que plantea la admisión y posterior exclusión de una prueba declarada ilícita en el caso de los juicios ante jurado, donde los miembros del mismo estarían especialmente expuestos a los llamados “efectos contaminantes”³⁷³ de dicha prueba, tal como sucede en EE. UU.

Dicha actividad debe entenderse, según dos puntos de vista distintos³⁷⁴. En primer lugar, la extensión de los efectos de la inadmisibilidad a la actividad relativa a la búsqueda y consecución de las fuentes de prueba; en un segundo momento, debe operarse en razón de la imposibilidad de incorporar dichos elementos al proceso.

³⁷¹ ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. *Revista Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, p. 367.

³⁷² Si partimos de la premisa de que el convencimiento psicológico del juzgador, con respecto a la afirmación de hecho realizada por las partes, es considerado como la finalidad de la prueba, tiene sentido impedir que dicho convencimiento sea asequible, de manera indirecta y, de manera específica, a través de un elemento de prueba sobre el cual son oponibles criterios de irregularidad o informalidad con respecto a las normas procesales y legales que rigen el sistema.

³⁷³ Algunos autores, como LÓPEZ BARJA, incluso llegan a proponer que, en caso que una condena sea fundada en una prueba ilícita, deba llamarse a un nuevo juez, quien deberá dictar una nueva sentencia, sin tener a su disposición la prueba ilícita sobre la cual se fundó la primera decisión.

³⁷⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Vol. IV., ed. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME, Marcel. Primera Edición. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005, p. 310.

Por otro lado, otro sector doctrinal orienta la prohibición no sobre la admisibilidad, sino sobre la utilización en concreto, desdeñando los riesgos propuestos por la corriente de la inadmisibilidad, con respecto al factor psicológico, por considerar que el Juez debe contar con la capacidad necesaria para no sucumbir ante tal vicio. También existen voces que apoyan este método, en tanto afirman, es imposible (en ocasiones) determinar la ilicitud de la prueba antes de que esta sea conocida por el órgano jurisdiccional, por lo que la misma deberá ser privada de efecto al momento en que este valore las pruebas a efectos de emitir la sentencia.

Debemos recordar en este punto, la clasificación del aspecto subjetivo del derecho a la prueba³⁷⁵. La distinción elaborada por el autor, dividiendo el mismo en lo relativo a admisión, práctica y valoración de la prueba brinda un importante escenario sobre el cual ponderar el tema que nos ocupa, siendo este el tratamiento procesal de la prueba ilícita. La referencia a la doctrina expuesta se hará en cada una de las etapas descritas, mientras se contrasta con otras posiciones doctrinales y elementos normativos de relevancia.

Por cuanto hace a la admisión puede considerarse que, el derecho a la prueba, obliga a realizar dicha recepción en todos los casos en que la prueba sea presentada en el momento procesal oportuno, sea pertinente, útil y lícita. Como tal, la calificación de ilicitud de la prueba puede realizarse en la labor de admisión de la prueba misma, en la que el juzgador está obligado a pronunciarse, si bien no con respecto a la calificación del medio probatorio, si a la admisión de la misma. En este sentido, la determinación de la ilicitud del medio probatorio se representa como parte de los límites intrínsecos al derecho a la prueba y, eventualmente, a su admisión³⁷⁶. La clasificación, sin embargo, no aporta elementos para determinar si la cuestión relativa a la calificación de la licitud de la prueba debe surgir a instancia de una de las partes o el propio juzgador está obligado a realizarla en un análisis *ex officio*.

³⁷⁵ PICÓ i JUNOY, Joan. *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LA REA, Arturo, Coordinadores. UNAM, México. 2000, Tomo X, p. 536 y ss.

³⁷⁶ Recordemos que el propio TC ha considerado que el derecho a la prueba no tiene un carácter ilimitado o absoluto, por lo que la operatividad de límites al mismo en función de una aspiración procesal de conservación de derechos de mismo rango o superior puede ser admitida. *Vid*: SSTC 11/1981, 2/1982, 165/2001 y 19/2001.

En este sentido, DÍAZ CABIALE recuerda el punto de partida de la declaración de ilicitud probatoria, el cual parte de la demostración del carácter sustantivo de la misma³⁷⁷ y determina la calidad del pronunciamiento judicial que otorga tal característica al elemento probatorio, situación que ocurre al margen del proceso penal, pero con incidencia en este. La calificación de esta resolución como una orientada a la obtención de un resultado extra-procesal parece adecuada por parte del autor, en razón de la aportación de elementos orientados a permitir a las partes para llevar a la atención del juzgador la misma, sin que esta desplace el proceso penal principal. Sin embargo, la ausencia de normas de carácter procesal tendiente a la regulación del tratamiento de la prueba ilícita deja abierta la puerta a la interpretación con respecto al momento y método idóneos para la solicitud de resolución por parte del juzgador. Cabe destacar en este punto que, de manera subsidiaria, la legislación española en materia procesal civil contempla normas aplicables al tratamiento de la prueba ilícita. Así por ejemplo, encontramos en el art. 207.1 LEC la disposición relativa al momento en que se puede alegar, por las partes, la ilicitud de un elemento probatorio, instante que se debe, únicamente, al momento en que las partes adviertan la factibilidad de la lesión de derechos fundamentales³⁷⁸.

En relación al derecho a la práctica de la prueba, podemos afirmar que en el contexto jurídico español, toda la prueba admitida debe desahogarse, puesto que de lo contrario se tendría como resultado una “objetiva inadmisión” de la misma³⁷⁹, lo cual representa una violación al derecho a la prueba. Esta “función de clausura” asociada a la pretensión de la efectividad de la prueba admitida, encuentra fundamento en la aspiración de proveer al órgano jurisdiccional de todos los medios necesarios para satisfacer la labor de resolución asociada a la sentencia³⁸⁰. En este sentido, la necesidad de poner en relevancia la ilicitud de un medio de prueba al momento de su desahogo aspiraría, en un sentido práctico, a

³⁷⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 177.

³⁷⁸ Art. 207.1 LEC: “*Ilícitud de las pruebas. Cuando alguna de las partes entendiere que en la obtención de una prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes*”.

³⁷⁹ STC 183/1999 F.J. 4º. “*La falta de práctica de una prueba admitida equivale a su inadmisión inmotivada*”. STC 147/1987 F.J. 3º “*El efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa*”. Esta doctrina es reconocida por PICÓ i JUNOY también en el ámbito de las SSTC 37/2000, 26/2000, 217/1998 y 50/1998.

³⁸⁰ Según doctrina del TC, al estimar que “*el derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas*”. SSTC 236/2002, 73/2001, 246/1994, 59/1991, entre otras.

impedir que el órgano jurisdiccional conociera tal medio de prueba, a efectos de evitar tomar en cuenta al mismo al momento de realizar la valoración del conjunto probatorio.

Por último, debemos considerar la particular relevancia que guarda el derecho a la valoración de la prueba por ser, de manera efectiva, la última instancia en que puede ser puesta en relevancia la calidad de ilícita de una prueba. Considerando la finalidad de la actividad probatoria como aquella orientada a la provisión de elementos al órgano jurisdiccional, a efectos de que este emita una resolución, la regla general impone al juzgador la obligación de valorar todos aquellos elementos probatorios que, en su momento, hubieren sido admitidos y practicados³⁸¹, puesto que la no valoración de los mismos implica el desplazamiento del derecho a la prueba, convirtiéndolo en una *garantía ilusoria*³⁸². Dicha obligación también se desprende del mandato contenido en el art. 120.3 de la CE, integrado por el TC al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Habiendo determinado el momento en que la prueba ilícita puede ser declarada como tal por parte del órgano jurisdiccional, corresponde ahora abordar el tratamiento que este debe dar a la misma una vez realizada tal calificación.

Parece lógico determinar que, dado que el órgano jurisdiccional es el llamado a realizar la calificación sobre la licitud del elemento probatorio, sea el mismo quien determine el cause procesal que seguirá a la determinación de ilicitud que pudiera, eventualmente, seguirse al respecto. En este sentido, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse al margen de la STC 33/2000, siendo que en la misma, se ha impuesto al órgano jurisdiccional dos obligaciones en materia de la valoración de la prueba, en primer lugar, el deber de la calificación de la validez y licitud de cada una de las pruebas practicadas y, a continuación de dicha tarea, la ponderación de la eficacia o fuerza convincente del conjunto. En relación a la valoración de la ilicitud probatoria en recurso, la STS 686/2013 ha establecido los límites de la actuación del TS en la materia, al limitar los mismos a la verificación de la existencia y desahogo de la prueba de cargo, así como al análisis de legalidad en materia de su ofrecimiento y práctica³⁸³.

³⁸¹ STC 91/2000 F.J. 3º.

³⁸² TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. Vol. 1. 1984, p. 106.

³⁸³ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Universidad Complutense de Madrid. 2015, p. 21.

VI. La STC 81/1998 de 2 de abril y la teoría de la conexión de antijuridicidad.

Esta doctrina, creada por el TC Español y considerada por parte de la doctrina como una regla de exclusión de origen nacional³⁸⁴, constituye, según RIVES SEVA: "*El principal correctivo del efecto expansivo de la prueba ilícita*"³⁸⁵ y se funda, de manera básica, en la premisa de que el aprovechamiento indirecto de la prueba declarada ilícita, por vía de las pruebas independientes (entendidas como aquellas que no guardan relación causal con la prueba ilícita originaria) es tolerado por la redacción del art. 11.1 LOPJ³⁸⁶.

Así lo considera también AGUILERA MORALES, quien la identifica con la primera restricción al criterio expansionista que marcó los primeros años del desarrollo de la regla de exclusión, tras la STC 114/1984 y la redacción del art. 11.1 LOPJ³⁸⁷, situación que "*ha alterado radicalmente el panorama de la garantía de inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*"³⁸⁸.

ARMENTA DEU observa, en la creación de esta doctrina dos elementos de carácter distinto. Por un lado, la autora identifica que la formación de la tesis de la conexión de antijuridicidad corresponde al efecto pendular derivado de la interpretación amplia y expansionista que el TC realizara en un primer momento y con respecto a la prueba ilícita derivada³⁸⁹. Por otro lado, considera a la doctrina como una restricción a la capacidad jurisdiccional de análisis a la prueba ilícita

³⁸⁴ STS 113/2012 F.J. 10º.

³⁸⁵ RIVES SEVA, Antonio Pablo. *Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*. 2010. Consultado el 10 de marzo de 2015 y disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>

³⁸⁶ SSTS de 18 y 23 de abril (RJ 1997, 3611 y 3259).

³⁸⁷ AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Ante una común y preocupante tendencia*. Revista General de Derecho Público Comparado Número 3. 2008, p. 12. Sobre este comentario cabe considerar la afirmación sostenida por el Magistrado RAMOS GANCEDO, quien afirma que: "*Por las razones expuestas, es claro que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del art. 11.1 LOPJ*". Voto particular del Magistrado D. Diego RAMOS GANCEDO en la STS 768/2010 de 15 de septiembre.

³⁸⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 39.

³⁸⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 189.

(derivada). Restricción que impone a la apreciación de la prueba ilícita, no el requisito de obtención con violación de derechos fundamentales, sino a la apreciación de la conexión de antijuridicidad como efecto habilitante³⁹⁰.

Así, la autora identifica en el contenido de la llamada conexión de antijuridicidad, varias premisas, las cuales vale la pena rescatar: a) el recordatorio en cuanto a que los derechos fundamentales no son absolutos; b) la admisión de la legitimidad intrínseca de las pruebas reflejas y; c) el condicionamiento de la ineficacia de las pruebas derivadas a los casos en que sea factible apreciar la llamada “conexión de antijuridicidad”³⁹¹.

La importancia de la aplicación de esta construcción jurisdiccional se manifiesta en la dedicación con que la doctrina y la propia jurisprudencia le ha abordado, principalmente en razón del replanteamiento que la teoría de la conexión de antijuridicidad formula, en relación al derecho al proceso con todas las garantías y para con las ideas básicas en materia probatoria a nivel procesal, tal a como lo explica MARTÍNEZ GARCÍA³⁹².

Para MIRANDA ESTRAMPES la doctrina en análisis constituye una herramienta que permite al órgano judicial la oportunidad de pronunciarse sobre la valoración de las pruebas ilícitas, originarias y derivadas, con criterios guía en la toma de la decisión³⁹³. Al mismo tiempo el autor admite que esta doctrina actúa a nivel justificativo, al posibilitar la aplicación de excepciones a la llamada eficacia refleja o, más específicamente, a la prohibición de valoración en función de la misma.

³⁹⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2da. Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 123.

³⁹¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, p. 193.

³⁹² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 82.

³⁹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita. La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública. 2010, p. 149. Posición también señalada por DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. *La regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho español: excepciones y eficacia*. Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013.

Por su parte, PASTOR BORGOÑÓN³⁹⁴, llama a guardar la semejanza entre el tratamiento propuesto para la figura de la conexión de antijuridicidad y la relación con la denominada “eficacia refleja”, identificada como la prueba que resulta de la fuente de prueba anterior, la cual en su adquisición, fue obtenida mediante violación de derechos fundamentales, donde el acto de obtención de la prueba derivada, debe ser consecuencia, directa, del anterior. Esta tesis supone que la STC 81/1998 “*ya supone un anticipo con creces de lo que pueden ser criterios más restrictivos y contradictorios (...)*”³⁹⁵. Advertencia que no debe pasar desapercibida, en tanto el propio TS afirmó, en la STS 1005/2010 que la fórmula doctrinal de la conexión de antijuridicidad se erige como “*una categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el TC ha extrapolado al derecho procesal penal a efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el art. 11.1 LOPJ*”, acción a la que se ha calificado como la de “lanzarle un dardo envenenado”³⁹⁶ al contenido de dicho numeral, el cual hemos identificado como la regla de exclusión probatoria en el paradigma legal español.

Dicho lo anterior, atribuimos a la STC 81/1998, específicamente al contenido del Fundamento Jurídico sexto, el establecimiento de la llamada doctrina de la “conexión de antijuridicidad”³⁹⁷. En resumidas cuentas, la conexión de antijuridicidad trata de un mecanismo de evaluación de la relación entre la prueba declarada ilícita y la prueba de ella derivada, plasmado en la regla general de que “*a la segunda prueba (prueba refleja) ha de extenderse la inconstitucionalidad de la primera con la consecuencia de no poder valorarse como medio de prueba, siempre que exista una conexión natural o relación de causalidad entre ambas*”³⁹⁸.

³⁹⁴ PASTOR BORGOÑÓN, Blanca. *La prueba ilegalmente obtenida*. La restricción de los Derechos Fundamentales de la persona en el proceso penal. CGPJ, 1993.

³⁹⁵ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. 2012, p. 231, en referencia al texto del mismo autor: “*Guía Práctica de la Prueba Penal*” *Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad*. Ed. Dijusa, Madrid, 2005, p. 49.

³⁹⁶ GARRIDO LORENZO, María Ángeles. *Valoración en el juicio oral de la prueba y conexión de antijuridicidad*. Diario La Ley, No. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011.

³⁹⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 39

³⁹⁸ STS 9/2004 de 19 de enero. F.J. 5º.

Esta valoración encuentra fundamento en una construcción teórica, cuya función es habilitar al órgano jurisdiccional para dejar de aplicar la regla de exclusión en casos concretos³⁹⁹. La creación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad y su posterior arraigo en el sistema jurídico español, a través de su reiterada aplicación por parte del TC, acarrea como consecuencia que, no toda la prueba que se derive de una fuente declarada ilícita se vea afectada por la “irradiación” de dicha ilicitud⁴⁰⁰. La posibilidad de desconectar la prueba derivada supone, de manera efectiva, un límite a la aplicación de la regla de exclusión y, en palabras de ARMENTA DEU: *la práctica erradicación de la eficacia refleja*⁴⁰¹.

El análisis de la doctrina de la conexión de antijuridicidad y, de manera específica, de su impacto en el estudio y concepción de la figura de la prueba ilícita y la exclusión de esta en España, debe abordarse desde una doble perspectiva. En primer lugar, cabe plantearse el contenido de la propia doctrina de la conexión de antijuridicidad, lo que hace fundamental el desarrollo de su construcción, así como los efectos que acarrea su aplicación. De especial interés en este ejercicio, resulta lo que la aludida construcción teórica ha representado dentro del contexto legal español y, en específico, con la inherente restricción que el establecimiento de la fórmula supone para el llamado “efecto expansivo” de la prueba ilícita, por no mencionar el arranque de la marcha atrás en la aplicación de los casos en que la prueba ilícita derivada era excluida. Con este cuestionamiento, es factible determinar como es que la introducción de la nueva regla afecta el plano previamente existente, así como el impacto resultante de la introducción de excepciones que habilitan la apreciación y utilización de la prueba derivada. Por último, es necesario pasar revista al cambio de soporte que supone, por cuanto hace al derecho fundamental que funda la regla de exclusión a nivel constitucional,

³⁹⁹ AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias...*, p. 12. De ahí que la doctrina y la propia jurisprudencia se refieran, en reiteradas ocasiones, a la existencia de la conexión de antijuridicidad como una prohibición de valoración, extendida a la prueba derivada, *vid*: SSTs 197/2009, 320/2011 y 747/2015.

⁴⁰⁰ Al respecto cabe señalar la obligación de aplicación que supone para los demás Órganos Jurisdiccionales el contenido de las resoluciones emitidas por el TC, en función del art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*.

⁴⁰¹ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita...*, p. 123. Esto es palpable si se profundiza en la redacción de la STS 511/2015, la cual afirma la implantación, a partir de la STC 81/1998, de un criterio más flexible para la aplicación de la doctrina en análisis, la cual: *atenúa el efecto anulador derivado de la infracción de la norma constitucional*.

cimiento trasladado de la presunción de inocencia al plano del derecho al proceso con todas las garantías. Todos estos puntos, tal como hemos visto en los apartados anteriores y, que continuaremos viendo en el presente, afectan el resultado final, siendo este, la configuración de la regla de exclusión de la prueba ilícita (con todo y sus excepciones y elementos complementarios) en el paradigma legal español.

1. Construcción y efectos de la teoría.

La figura de la conexión de antijuridicidad es tomada por algunos autores como una depurada evolución técnica de la teoría de la prueba jurídicamente independiente⁴⁰², esta hipótesis supone que, la exclusión de la prueba ilícita no debe ser absoluta y, con fundamento en el valor constitucional de la búsqueda de la verdad⁴⁰³, se deben permitir excepciones⁴⁰⁴. Por tanto, no basta con la relación natural entre la prueba declarada inconstitucional (prueba ilícita original u

⁴⁰² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188. Desde luego el autor hace referencia a la llamada *independent source doctrine*, desarrollada en Estados Unidos con el caso *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963).

⁴⁰³ ARMENTA DEU recuerda que: “*En definitiva, la ilicitud probatoria plantea, si para obtener una sentencia más justa, vale todo o, si por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aún al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el derecho penal*”. ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja. Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*. Revista *Ius et Praxis*, año 13, n°. 2. 2007, p. 348. Recordando la idea planteada en: BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahraeiforschung in Strafprozess*. 1903.

⁴⁰⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México. 2005, p. 312.

Al respecto cabe rescatar los atinados señalamientos críticos realizados por DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES, quienes, entre otras cosas, afirman que: “*Cuando no existen razones jurídicas de peso para formular restricciones a un derecho fundamental, reaparecen indefectiblemente viejos conocidos: la seguridad ciudadana, la búsqueda de la verdad(...) valores (...) que no tienen intensidad suficiente para convertirse (...) en genéricos criterios restrictivos de los derechos fundamentales*”. DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: Revista *Jueces para la Democracia*. No. 43, 2002, p. 44.

Cobra también importancia la manifestación de GÖSSEL, quien señala que en un Estado de derecho, el interés legítimo a un proceso penal plenamente eficaz encuentra su límite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. GÖSSEL, Karl-Heinz. *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. México, Ed. Porrúa. 2002, p. 77.

originaria) y la prueba de esta derivada, sino que es necesario que entre ellas exista una "conexión de antijuridicidad"⁴⁰⁵.

Considerada como la excepción más importante a la regla de la eficacia refleja⁴⁰⁶, MARTINEZ GARCÍA afirma que es a partir de esta sentencia que se “*supone el replanteamiento integral de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado*”⁴⁰⁷. El propio TC justifica la utilidad de la regla al afirmar que:

*“En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos. Pues bien, parece claro que esa necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental (...) que cuando se trata de pruebas lícitas en sí mismas, aunque derivadas del conocimiento adquirido de otra ilícita (...)”*⁴⁰⁸.

En función de la relevancia que presenta la incorporación de la presente doctrina al sistema jurídico español, es posible identificar dos momentos en la interpretación del TS, por cuanto hace a la aplicación de la regla de exclusión a pruebas derivadas de una obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Un primer momento, identificable con la corriente expansionista y desarrollado entre 1984 y 1998⁴⁰⁹, se vio marcado por la tendencia de acentuar la necesidad de

⁴⁰⁵ La propia STC 81/1998, en su FJ 4º, párrafo 6º, señala: “*Para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas (las pruebas derivadas), habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas*”. Sin embargo pareciera que el propio TS ha fomentado la intersección de ambas figuras (conexión de antijuridicidad y prohibición de valoración) que, aunque resultan accesorias, no son permutables entre sí, por referirse a cuestiones de fondo distintas. Así por ejemplo, reiteradamente se utiliza la expresión: “*La conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración*”. Vid: SSTS 556/2010, 320/2011, 988/2011, 811/2012, 912/2013, 511/2015 y 747/2015, entre otras.

⁴⁰⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188.

⁴⁰⁷ Regla interpretada y adoptada a partir de la STC 114/1984. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 80.

⁴⁰⁸ STC 49/1999. F.J. 12º, párrafos 2 y 3.

⁴⁰⁹ Periodo en el cual, según DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES, la exclusión de las pruebas ilícitas fue absoluta. Vid: DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 39.

exclusión de la prueba (originaria o derivada) obtenida con infracción de la norma constitucional⁴¹⁰, con la pretensión de otorgar el máximo grado de protección a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna. Tendencia posiblemente auspiciada a partir de la concepción de la condición de “inviolabilidad” que acompañaba a los derechos de esta índole, misma que gozó de reconocimiento y amplia difusión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. El aludido esfuerzo comenzó su declive con la STC 81/1998, producto de la creencia, por parte del TC, que la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita de manera ilimitada (o, más bien, por cuanto hace a la extensión del efecto de prohibición de valoración a la prueba derivada), podría acarrear consecuencias negativas a la función judicial. Este límite es encontrado a partir de la aplicación excepcional de factores de corrección⁴¹¹, fundados en las doctrinas vigentes en el Derecho Comparado⁴¹².

El segundo momento, ocurrido a partir de la publicación de la sentencia referida supuso el fin a la corriente expansionista y la utilización de una fórmula que permitiera, en palabras del TC, la “flexibilización” de los criterios para la admisión y valoración de la prueba derivada. La determinación de seguir este camino supuso, en la práctica, la atenuación del efecto anulatorio y el desplazando del fundamento de la aplicación de la sanción a la infracción constitucional a la existencia de una conexión de naturaleza jurídica. La aplicación práctica de esta doctrina requiere, desde luego, un examen por parte del órgano jurisdiccional⁴¹³, mismo que el TC asume a efectos de establecer la denominada conexión de antijuridicidad y, con ella, asumir la permisibilidad o la prohibición de la valoración del elemento probatorio en concreto.

Dicho lo anterior, el TC ha creado una herramienta de carácter valorativo, que en la práctica le permite verificar si era posible llevar a cabo, por parte del órgano

⁴¹⁰ DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES afirman que, durante este periodo, la exclusión de la prueba ilícita tenía el carácter de absoluta en España, en aplicación del reconocimiento de dicha garantía en la STC 114/1984 y, posteriormente, en el Art. 11.1 LOPJ. DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: Revista Jueces para la Democracia. No. 43, 2002, pp. 39-49.

⁴¹¹ *Ídem*. (STS 113/2010 F.J. 10º).

⁴¹² SSTS 811/2012, 301/2013 Y 113/2012.

⁴¹³ STC 68/2010 al afirmar que: “... no le corresponde revisar (al propio TC) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 de la CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta(...)”. SSTS 320/2011, 988/2011, 811/2012, 511/2015 y 747/2015.

jurisdiccional que contó con competencia originaria, la valoración de pruebas que pudieran estar conectadas con otras, que hubiesen sido obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales. Este método asume, *prima facie*, que dicha relación o, conexión, es susceptible de análisis en 2 niveles⁴¹⁴. En primer lugar debe llevarse a cabo el estudio de la existencia de conexión causal entre la prueba originaria (obtenida con vulneración de derechos fundamentales) y la derivada. Será la determinación de la existencia de esta relación la clave que habilite al TC para proceder, en un segundo momento, al análisis sobre la existencia de la denominada conexión de antijuridicidad. Este examen se fundamenta en la presunción de que, de no existir la conexión a nivel causal, no es posible hablar de la prueba derivada como tal, dado que guardaría un grado de independencia que invalidaría la facultad del Tribunal para abordar el estudio relativo a la doctrina de la conexión de antijuridicidad, lo que implica, de manera adicional, la incapacidad de ajustar a dicha prueba, restricción alguna para su valoración⁴¹⁵.

Este análisis consiste, como ha señalado en reiteradas ocasiones el propio TC⁴¹⁶, en un juicio de experiencia. Dicho juicio corresponde, en primer lugar a los Tribunales ordinarios, limitándose el TC al análisis de la razonabilidad del mismo⁴¹⁷. Así, en la STC 81/1998 F.J. 5º, se atiende al razonamiento realizado por el TS en la instancia precedente con respecto a la afirmación de que, dadas las circunstancias del caso, el resultado de la prueba derivada hubiera sido igualmente obtenido sin que mediare la vulneración del derecho fundamental que afectaba a la prueba original.

Es claro que en este caso, tal como lo plantea el TC, es imposible asignar el carácter de hecho a este supuesto, dado que el mismo no se materializó de tal manera, sin embargo, el llamado “juicio de experiencia” faculta a elevar dicha hipótesis a grado de razonamiento jurídico habilitante con respecto a la determinación de la conexión de causalidad. Razonamiento que, en el ámbito de competencia del TC, sólo puede ser valorado, como ya se ha establecido, a nivel

⁴¹⁴ STC 66/2009. F.J. 4º, párrafo 5.

⁴¹⁵ Pareciera, sin embargo, que el TC no agota el análisis aún ante este supuesto, y pasa al segundo apartado, no obstante ya cuenta con elementos que le permiten deslindar las pruebas originaria y derivada y, por ende, proceder a la habilitación de la valoración de la segunda sin restricciones.

⁴¹⁶ SSTC 81/1998 F.J. 5º, 49/1999, 66/2099, entre otras.

⁴¹⁷ STC 81/1998.

de razonabilidad⁴¹⁸. Será en la existencia de esta conexión donde “*reside la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran [derechos fundamentales]*”⁴¹⁹.

A efectos de establecer la existencia de la conexión de antijuridicidad, siguiendo a ARMENTA DEU y el análisis de la línea jurisprudencial plasmada por el TC en las resoluciones que abordan la materia, la autora plantea un triple test para determinar la gravedad de la ilicitud y decidir sobre la admisión de la prueba derivada⁴²⁰. Este test se encontraría compuesto de los elementos siguientes⁴²¹:

- a) Índole y características de la vulneración originaria.
- b) Resultado de tal violación.
- c) Necesidad esencial de la tutela del derecho fundamental afectado (originalmente).

Esta interpretación resulta relevante a raíz de la lectura del F.J. 4º en la propia STC 81/1998, donde en su último párrafo se establece el procedimiento a seguir, a efectos de determinar la existencia de la conexión de antijuridicidad. Dicho procedimiento describe el análisis de dos elementos que se clasifican como interno y externo, respectivamente.

El elemento interno, consiste en la índole y características de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, así como su resultado, son identificados por ARMENTA DEU como la orientación de determinar la relevancia, desde el punto de vista de la causalidad, de la vulneración del derecho fundamental y sus efectos⁴²², lo que permitirá dilucidar el grado de transmisión del efecto invalidante entre ambos elementos de prueba. Por cuanto hace al elemento externo, es decir, la necesidad esencial de tutela del derecho vulnerado, este es descrito por la misma autora como el reconocimiento que la excepción a la regla no significa

⁴¹⁸ Razonamiento planteado en el marco de la propia STC 81/1998, con fundamento en: ATC 46/1983 F.J. 6º, SSTC 51/1985, F.J. 9º, 174/1985 F.J. 2º, 61/1993 F.J. 5º y 244/1994 F.J. 2º.

⁴¹⁹ STS 511/2015, F.J. 7º.

⁴²⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2da. Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 124.

⁴²¹ Posición soportada también por la propia jurisprudencia del TC (SSTC 81/1998, 49/1999 y, más recientemente, 197/2009) y otros autores, como MARTÍNEZ GARCÍA, quien plantea la misma clasificación, utilizando otros términos para los elementos. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 81.

⁴²² ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita...*, p. 124.

incentivar la reiterada vulneración al derecho fundamental⁴²³. La existencia conjunta del acto lesivo del derecho fundamental y su resultado, enfocado desde esta doble perspectiva (consideradas por el TC como elementos complementarios⁴²⁴) permite la determinación de la existencia de la llamada conexión de antijuridicidad (o la ausencia de la misma).

La autora rescata y desarrolla el compendio que, en 3 postulados, hace el TS con respecto a los contenidos esenciales de la fórmula de la conexión de antijuridicidad. Del examen de tal análisis, es factible recomponer las razones por las cuales los efectos inhabilitantes de la prueba originaria pueden ser trasladados, mediante la conexión de antijuridicidad, a la prueba derivada⁴²⁵:

- a) La necesidad de partir de una fuente probatoria obtenida con violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido⁴²⁶.

⁴²³ Cabe señalar que existe un parámetro relativo a la evaluación de la intensidad de la necesidad de tutela del derecho vulnerado. Dicho criterio, consiste en la asignación *a priori* de mayor relevancia a la protección de derechos fundamentales específicos, los cuales, por consecuencia, acarrear la descripción de actos considerados como de mayor lesividad, por ejemplo: la tortura o la intervención de comunicaciones sin ningún tipo de autorización judicial. En estos supuestos, la doctrina aceptada por el TS establece el cese de la valoración en la perspectiva externa, por agotarse un elemento insalvable para la aplicación de la regla de excepción (STS 113/2012). Nótese que los casos en que la intervención se realiza al amparo de una autorización judicial que carece de los requisitos necesarios, o aquellas cuyo fundamento es insuficiente o defectuoso, la necesidad de tutela se desplaza en función de la aplicación del efecto corrector de la conexión de antijuridicidad y se procede al estudio del elemento interno.

⁴²⁴ SSTS 320/2011, 988/2011, 811/2012, 511/2015 y 747/2015.

⁴²⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita...*, p. 125, con referencia a la STS 1151/2002, la cual a su vez refiere a la STS 2210/2001, en la que se fundamenta la apreciación de la prueba derivada en los razonamientos vertidos en la STC 161/1999, donde la determinación de la inexistencia de la conexión de antijuridicidad parte de la apreciación de que la prueba derivada, en este caso concreto, la declaración del detenido, no guardaba relación causal con el registro y aseguramiento que se habían realizado en el domicilio, prueba declarada ilícita. Este grado de independencia, habilitante de la valoración, también se rescata por el TC, como puede notarse en las SSTC 86/1995, 166/1999, 171/1999 y 8/2000, de forma previa y posterior a la emisión de la doctrina de conexión de antijuridicidad.

⁴²⁶ Esto ante la determinación, establecida en el la STC 81/1998, que señala: “*En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos. Pues bien, parece claro que esa necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental (...) que cuando se trata de pruebas ilícitas en si mismas, aunque derivadas del conocimiento adquirido de otra ilícita*”.

- b) La nulidad constitucional de una prueba no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba⁴²⁷.
- c) No basta con que el material probatorio derivado se encuentre vinculado en conexión causal puesto que se requiere, de manera adicional la existencia de la denominada “conexión de antijuridicidad”.

Esta clasificación es consistente con la propuesta de GÓNZALEZ CUSSAC⁴²⁸, otros autores⁴²⁹ e, inclusive, del propio TS⁴³⁰, quienes asocian la teoría de la conexión de antijuridicidad con la teoría de la imputación objetiva, propia del derecho penal, en aras de librar la concepción de la causalidad⁴³¹. Esta posición, como se ha señalado, parte del análisis que el TS realiza de la conexión de antijuridicidad desde la perspectiva material, realizado en la STS 28/2003.

La asociación previamente expuesta se funda en la necesidad de encontrar, no sólo la conexión causal entre la prueba originaria, declarada ilícita, y la derivada, sino un elemento que les relacione de manera unívoca en función de un componente jurídico habilitante, el cual serviría como “canal” o “vía” de transmisión del vicio antijurídico. Así nos encontramos en posición de afirmar que, para que los efectos de ilicitud de la primera irradien a la segunda, es necesaria una conexión de naturaleza jurídica, ya no natural (como lo sería una de naturaleza causal), misma que dependerá de las características de la vulneración al derecho

⁴²⁷ Resulta operante la operación que la STC 81/1998 realiza, a efectos de desplazar el contenido que da vigencia a la vulneración de derechos fundamentales propio de la prueba ilícita, al contenido del derecho al proceso con todas las garantías. Esta determinación aleja, de manera efectiva, a la presunción de inocencia de la responsabilidad de constituirse como canon de validez de las pruebas, librando la facultad del Órgano Jurisdiccional de sustentar la condena en la prueba derivada, si estima existente la desconexión necesaria.

⁴²⁸ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. En: Prueba y proceso penal. (Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis) Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 332.

⁴²⁹ Entre estos VIVES ANTÓN, Tomás. *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los “Frutos del árbol emponzoñado”*. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Núm. 4. 2002, pp. 5 – 20; así como: CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 2015, pp. 319.

⁴³⁰ Propuesta planteada en la STS 28/2003, F.J. 4º, párrafo 12º y retomada en la STS 58/2003, al señalar: “(...) Parece que el modelo con que opera la doctrina de la conexión de antijuridicidad tiene un antecedente teórico en la teoría penalista de la imputación objetiva. Esta responde al interés de limitar las consecuencias del planteamiento causalista de la concepción del delito, que asocia de forma casi mecánica la antijuridicidad de la acción a la constancia de la lesión del bien jurídico penalmente protegido”.

⁴³¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación...*, p. 81.

fundamental en la primera instancia, así como del resultado (prueba derivada) y la necesidad de tutela que el derecho fundamental guarda para con esta⁴³². Es la consideración de que esta conexión entre las pruebas se deriva del juicio de experiencia exigido al tribunal, lo que eventualmente permitirá, o no, su valoración. En este sentido, la conexión de antijuridicidad puede considerarse como un mecanismo de control⁴³³, implementado por el Órgano Jurisdiccional a efectos de “validar” la autorización con la que contaba el Tribunal de origen a efectos de valorar prueba derivada de otra ilícita en un caso concreto.

En relación con la teoría de la imputación objetiva, MARTÍNEZ GARCÍA señala posibles reparos⁴³⁴, por considerar que los conceptos de “acción” y “resultado” utilizados en la doctrina penal carecen de validez en el marco del derecho procesal, visto desde la perspectiva del contenido del derecho al proceso con todas las garantías. Alega la autora dicha afirmación desde la perspectiva de la asignación de la carga probatoria y lo vincula a la obligación que tiene el Juez de motivar los resultados que deriven del “juicio de experiencia” realizado por el Órgano Jurisdiccional, a efectos de considerar la validez de la actuación y resultados de quien investiga, separándolos efectivamente del campo de acción, enteramente procesal, donde cobra relevancia la prueba ilícita y sus resultados. En este sentido, la autora parece comprometerse con la construcción fundamental de la llamada “imputación objetiva”, que busca confirmar la causalidad jurídica entre la “acción” (acto de la autoridad que investiga) y el “resultado” (prueba obtenida). Bajo tal concepción, el resultado será “imputable” cuando la “acción” que le da vida sea jurídicamente desaprobada, dada la lesión a la norma (que el acto haya sido cometido en perjuicio de un derecho fundamental reconocido a nivel constitucional).

Lo cierto es que, mientras que en materia penal se utiliza la imputación objetiva a efectos de restringir la aplicación del tipo penal, en materia procesal, con la aplicación de la conexión de antijuridicidad, se genera el efecto contrario, dando

⁴³² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188. Haciendo eco del apartado c), expuesto en líneas anteriores por el resumen que ARMENTA DEU presenta, con atención a la STS 1151/2002.

⁴³³ STS 912/2013.

⁴³⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación...*, p. 87.

ancho margen a la aplicación del criterio del juzgador⁴³⁵. Esta circunstancia tampoco ha escapado al TS, quien se ha manifestado al respecto en la STS 1005/2010, señalando como en ocasiones la figura se utiliza para sanear diligencias de obtención de pruebas viciadas por infracción de derechos fundamentales, generando una interpretación de la norma en perjuicio del reo.

Considerando lo anterior y, siguiendo la propia jurisprudencia del TS, es factible identificar como criterios idóneos para desechar la existencia de la conexión de antijuridicidad las excepciones siguientes: Hallazgo casual, fuente independiente, ponderación de intereses y autoincriminación del imputado en el plenario⁴³⁶. Estos criterios merecen ser analizados de manera independiente, a efectos de aclarar el efecto que acarrear en el contexto de la conexión de antijuridicidad.

Como uno de los principales mecanismos que provoca la desconexión entre la prueba originaria y la derivada, encontramos la doctrina denominada “fuente independiente”⁴³⁷. Este mecanismo, especialmente utilizado para permitir la valoración de la confesión⁴³⁸ de inculcados, relacionados a pruebas adquiridas mediante violación a derechos fundamentales, se encuentra presente en infinidad de procedimientos en el ámbito español. Esta tendencia, identificada por ARMENTA DEU, importa un retorno al escenario causalista y que busca: “*salvar la ineficacia en virtud de los efectos reflejos y erradicar comportamientos ilícitos*”⁴³⁹.

Parte del supuesto que la STC 8/2000 rescata como “independencia jurídica de la prueba” y que consiste en el cúmulo de garantías que rodean a la práctica de

⁴³⁵ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 2015, pp. 319. Al afirmar el citado autor que: “*en materia de ilicitud probatoria (la teoría de la imputación objetiva) constituye poco menos que una patente de corso al servicio del juzgador, en cuanto que puede éste dotar de eficacia a diligencias probatorias cuya valoración está radicalmente prohibida*”.

⁴³⁶ SSTS 320/2011, 811/2012, 912/2013, 963/2013, 1273/2014, 511/2015 y 747/2015. Si bien la propia jurisprudencia señala estos supuestos como excepciones, consideramos que algunos son subsumibles en otros, por lo que los abordaremos a partir de una categorización general, salvando las particularidades necesarias para cada supuesto.

⁴³⁷ En este sentido, la doctrina de la Conexión de antijuridicidad ha cumplido con un efecto integrador, dado que la aplicación de la figura de la fuente independiente en la eventual exclusión o admisión de prueba ilícita ya había sido concebida y utilizada dentro del paradigma legal español en años anteriores a la publicación de la STC 81/1998 de 2 de abril.

⁴³⁸ Al respecto *vid*: STS 654/2012, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, punto 5º. Tratado más adelante en este texto.

⁴³⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita...*, p. 127.

determinada prueba, en el caso concreto: la confesión del imputado⁴⁴⁰. En este sentido, tanto el TC⁴⁴¹ como el propio TS⁴⁴² han señalado:

“Sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarlo viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configura el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

A efectos del párrafo anterior, la jurisprudencia del TC⁴⁴³ y el TS⁴⁴⁴ enumera las consideraciones que han de sortearse a fin de que la declaración del inculpado pueda valorarse como prueba autónoma e independiente⁴⁴⁵. Esencialmente, estos consisten en que al sujeto se le haya informado de sus derechos, que durante la práctica de la diligencia se haya encontrado asistido por su letrado y que se trate de una declaración voluntaria. Estos elementos, estima el TS, constituyen medios eficaces de protección de la norma ante cualquier elemento que importe coacción en el acusado, permitiendo en última instancia la independiente valoración de la

⁴⁴⁰ Garantías como el derecho a no declarar contra uno mismo, el derecho a guardar silencio o a contar con asistencia letrada durante la práctica de la diligencia.

⁴⁴¹ SSTC 49/1999 y 161/1999.

⁴⁴² SSTS 676/2001 y 1451/2003.

⁴⁴³ En concreto la STC 8/2000, al hacer la manifestación siguiente: *“La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica – derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y asistencia letrada – constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto a esas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito(...)”.*

⁴⁴⁴ Partiendo de la recapitulación de los requisitos que habría de reunir la confesión para quedar desconectada de la antijuridicidad y no vulnerar el derecho a no inculparse., contenidos en la STS 1432/2011 del 16 de diciembre, pasando por las referencias otorgadas, *a priori*, en STS 484/2005, y con especial énfasis en el tema de aplicación de la desconexión de antijuridicidad en supuestos de reconocimiento de hechos: SSTS 406/2010, 529/2010, 617/1010, 1092/2010, 91/2011, 245/2011, entre otras. Por cuanto hace a la autonomía jurídica y legitimidad constitucional de la prueba de confesión: SSTS 664/2005, 416/2005, 436/2005, 129/2005, 273/2007 y 136/2007.

⁴⁴⁵ Destaca, en referencia al ámbito de independencia, el contenido de la STS 408/2003, según la cual: *“La prueba de confesión no puede considerarse absolutamente independiente del resto del material probatorio, sino que para determinarse la conexión de antijuridicidad, deben tenerse en cuenta: a) Los factores que dimanen de su dependencia psicológica (...); b) los elementos que derivan de una impropia dependencia procesal (...)”.*

declaración (confesión)⁴⁴⁶. El paralelismo con el caso *Wong Sun* en Estados Unidos⁴⁴⁷ es evidente, tanto el mismo resuelve sobre la “conexión atenuada” existente entre la prueba obtenida de manera ilícita y la posterior confesión del inculpado⁴⁴⁸. En síntesis, la prueba independiente se considera habilitada para su valoración si carece de conexión causal en el contexto de los razonamientos anteriormente expuestos⁴⁴⁹.

En los casos en que, de manera anterior a la declaración del acusado se hubiera pronunciado la inconstitucionalidad de la prueba ilícita, TS ha determinado debe admitirse la ruptura de la conexión de antijuridicidad entre ambas pruebas, pues la condición esencial de la falta de aprovechamiento de la vulneración constitucional se cumple⁴⁵⁰. En contraposición a esta regla, siempre que la declaración auto inculpatoria del acusado se haya realizado en el contexto de una causa declarada como secreta⁴⁵¹, existirá el vínculo de antijuridicidad, en razón de la imposibilidad de conocimiento del sujeto de anticipar la invalidez de la prueba y la carga que esta situación genera en el mismo, con efectos a forzar la confesión⁴⁵².

ARMENTA DEU rescata la consideración donde el supuesto que habilita la desconexión es resultado de un acto voluntario⁴⁵³. Es decir, el sujeto a quien eventualmente hubiera podido beneficiar la aplicación de la regla de exclusión, realiza, mediante acto consciente y renunciando *de facto* a las garantías jurídicas

⁴⁴⁶ STC 184/2003, F.J. 2º. Al afirmar que: “*Con independencia de ulteriores precisiones, hemos de recordar además que este Tribunal ha declarado la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida*”. Vid: STC 161/1999.

⁴⁴⁷ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963). El propio TS reconoce como antecedente de incorporación de la excepción dicho caso en la STS 1451/2003, F.J. 16vo.

⁴⁴⁸ THAMAN, Stephen C. *Exclusionary rules in comparative law. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 20*. Ed. Springer. Estados Unidos. 2003, p. 17.

⁴⁴⁹ SSTS 501/1997, 538/1997 y 811/2012, entre otras.

⁴⁵⁰ STS 1451/2003, F.J. 16vo.

⁴⁵¹ Arts. 302, 506, 527 y 588 ter i LECrim.

⁴⁵² STS 594/2012, F.J. 7º.

⁴⁵³ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita...*, p. 130.

que le protegen una declaración, la cual opera, desde el punto de vista legal, habilita una prueba jurídicamente independiente.

Como se ha mencionado anteriormente, la conexión de antijuridicidad ha asumido, mediante la jurisprudencia y bajo la mirada pasiva de la doctrina, el rol de puerta de entrada a la adopción de las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita derivada o refleja en el sistema legal español. Al respecto y partiendo de la clasificación anterior en razón de los elementos a valorar al aplicar la regla, es posible identificar las excepciones que se tienen por introducidas en función de a cual de las dos perspectivas expuestas utilizan como fundamento. Es decir, si partimos de la perspectiva interna, la también llamada “*transmisión de la inconstitucionalidad a la prueba refleja*”⁴⁵⁴, hace posible identificar los elementos que componen lo que la doctrina norteamericana ha llamado “descubrimiento inevitable”⁴⁵⁵ y “excepción de buena fe”⁴⁵⁶.

Ahora bien, por cuanto hace a la perspectiva externa, identificamos dos elementos a considerar como posibles excepciones, orientadas a determinar la necesidad (o falta de la misma) de tutela del propio derecho fundamental⁴⁵⁷. En un primer momento tratamos con la regla de excepción conocida como “buena fe”, la cual anula la necesidad de tutela del bien jurídico, dadas las características relativas a la motivación que impulsó la actuación de los agentes. Si bien esta excepción es de tratamiento difícil en el paradigma español, dado que la existencia de la regla de exclusión no se funda en el denominado *deterrent effect*, existe jurisprudencia que avala su aplicación, considerando el efecto disuasorio como un elemento relacionado estrechamente al fundamento jurídico de la misma o, de plano,

⁴⁵⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2003, p. 176.

⁴⁵⁵ Ya palpable en sentencias del TS: SSTS 210/1992, 2783/1993, 298/1994, 311/1994, 2054/21994 y 725/1995. Donde se aborda la desconexión causal entre pruebas que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas en los casos que la jurisprudencia norteamericana conoce como “hallazgo inevitable”.

⁴⁵⁶ ARMENTA DEU reconoce la tendencia, al afirmar que: “*en varias resoluciones se ha entendido que no resulta aplicable la doctrina de los frutos del árbol envenenado si los agentes públicos actuaron de buena fe, o lo que es lo mismo, en la convicción de respetar la legalidad y los derechos del imputado. Se rechaza asimismo la eficacia refleja de la ilicitud cuando resulta de aplicación la llamada teoría de la fuente independiente*”. ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 126.

⁴⁵⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita...*, p. 124.

confundiéndolo como un mecanismo de habilitación⁴⁵⁸. De aceptarse la efectiva aplicación de esta figura, parecería que el TC establece niveles de afectación al llamado *deterrent effect*⁴⁵⁹. Lo que es más, será el efecto disuasorio el que funde la excepción⁴⁶⁰, lo cual supone, de manera efectiva, un cambio de orientación de la posición que representa la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España, misma que a su vez acarrea una mayor aproximación al modelo norteamericano⁴⁶¹.

Si atendemos al contenido expuesto en diversas sentencias tanto del TS como el TC, cabe afirmar, de manera adicional, la aplicación y extensión del contenido de la doctrina de la conexión de antijuridicidad a la llamada excepción de “fuente independiente”⁴⁶², aunque la justificación en el caso español gira en torno a que el derecho fundamental vulnerado cuenta con autonomía jurídica⁴⁶³ y, por tanto, resulta constitucionalmente legítima su valoración (en cumplimiento, por ejemplo, de los requisitos expuestos en la STS 484/2005), alejándose de esta manera de la perspectiva angloamericana de la pérdida de relevancia del efecto disuasorio de la regla de exclusión.

Corresponderían a estos niveles la eventual admisión o no de la existencia de la conexión de antijuridicidad e identificándose, con el nivel más grave, la actuación

⁴⁵⁸ STC 22/2003, de 10 de febrero. Donde la posible inconstitucionalidad de una entrada y registro, y la resultante incautación de un arma de fuego, resultan de la interpretación del ordenamiento constitucional ejecutada por los órganos investigadores y la creencia fundada de los mismos de actuar de manera correcta y apegada al orden constitucional, dada la autorización de un residente de la casa habitación en cuestión. Así también lo plantea la STS 811/2012 en el F.J. 5to., al recordar las afirmaciones vertidas en las SSTS 501/1997, 538/1997, 1203/2002 y 113/2012 las cuales afirman: “(Que) La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto refleja pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal”.

⁴⁵⁹ Así lo aprecia también MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2003, p. 181.

⁴⁶⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188.

⁴⁶¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública. 2010, pp. 136-138.

⁴⁶² Entre otras: SSTS 974/1997, 484/2005, 768/2010, 2/2011 y SSTC 161/ 1999, 8/2000.

⁴⁶³ En específico en los supuestos de valoración de la declaración del acusado cuando la misma se encuentra relacionada a una prueba ilícita derivada, a tales efectos el razonamiento del TC se encuentra expuesto en la STC 184/2003 de 23 de octubre de 2003, F.J. 2do., tal como se menciona en párrafos anteriores.

dolosa por parte de la autoridad, lo cual actualizaría la existencia de la conexión y, por tanto, la imposibilidad de exceptuar la exclusión de la valoración de la prueba ilícita derivada. Caso contrario ocurriría ante la determinación de la existencia de alguna causal que valide la actuación por apreciación de inexistencia de un elemento y, en el justo medio, el TC se encomendaría al análisis del caso concreto a efectos de determinar lo conducente⁴⁶⁴.

A *priori*, pareciera que este triple test guarda similitud con la llamada prueba de proporcionalidad y sus tres sub principios: Idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, lo que vuelve necesario realizar un mínimo análisis de cada uno de ellos:

- Idoneidad. Consiste en una relación de causalidad. Entre el medio adoptado y el fin propuesto.
- Necesidad. Se trata de determinar si era posible llegar al resultado bajo el empleo de un medio que resulte menos lesivo para el derecho.
- Ponderación o proporcionalidad. Trata de una comparación entre el grado de realización del fin constitucional (tutela del derecho fundamental) y el grado de afectación del derecho.

MARTÍNEZ GARCÍA confirma esta postura, al afirmar que la construcción reduccionista, contenido en el análisis a la doctrina de la conexión de antijuridicidad, guarda identidad con el *balancing test* aplicado por la jurisprudencia norteamericana, más con cierta objetivización de sus premisas⁴⁶⁵.

La opción del TC de optar por este esquema parece razonable desde un punto de vista práctico, dado que la doctrina española comúnmente asocia este esquema de decisión a un mecanismo que produce resultados útiles para cada caso, a la vez que garantiza la reiteración de la decisión, eventualmente restrictiva de derechos, sólo en la medida en que las circunstancias que motivaron la misma se reiteren en el nuevo supuesto⁴⁶⁶. Por otro lado, este tipo de análisis salvaguarda la potestad exclusiva del legislativo, con lo que su ámbito de aplicación continúa

⁴⁶⁴ A tales efectos, ilustran el ejemplo planteado las SSTC 171/1999 y 136/2000, entre otras.

⁴⁶⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 86.

⁴⁶⁶ AHUMADA RUÍZ, Ma. Ángeles; ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma, Octubre 2013, p. 3.

siendo el marco jurisdiccional que corresponde a los procesos seguidos ante el órgano constitucional o el Tribunal de alzada.

En la práctica sin embargo, ocurre lo contrario, dado que la propia configuración de la llamada doctrina de la conexión de antijuridicidad tiene como efecto precisamente la creación de un elemento de carácter normativo (si bien interno), el cual rige la toma de decisiones con respecto al análisis de la ilicitud de la prueba derivada de otra que, a su vez, reúne la característica de “ilícita”, en función de que ha sido obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, a la luz de lo señalado en el artículo 11.1 LOPJ. Tal vez aquí cabría recordar al TC la advertencia hecha por MARTÍN-RETORTILLO y DE OTTO, al afirmar que “*la limitación de las libertades a partir de los valores sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura pueda mantenerse*”⁴⁶⁷.

2. La transición del fundamento constitucional de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.

Para ARMENTA DEU, es a partir de la creación de la tesis de la conexión de antijuridicidad que se ha singularizado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que el derecho al proceso con todas las garantías se ha convertido en el canon interpretador de la ilicitud de la prueba y su consecuente inadmisión⁴⁶⁸. La misma autora señala que, en aplicación de esta doctrina, el propio concepto de prueba ilícita (derivada) se ve restringido, imponiendo como medida adicional a la vulneración del derecho fundamental en la obtención del elemento de prueba, la apreciación por parte del Tribunal de que dicha violación coexista con la llamada conexión de antijuridicidad⁴⁶⁹. En este sentido, la STC 81/1998 “*altera la naturaleza de la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita (cuando) también pretende modificar su tradicional anclaje constitucional*”⁴⁷⁰. A la vez que se distingue este “tradicional anclaje constitucional”

⁴⁶⁷ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y De OTTO PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Ed. Civitas. Madrid. 1988, p. 117.

⁴⁶⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2da. Edición. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2011, p. 123.

⁴⁶⁹ *Ídem*.

⁴⁷⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: Revista Jueces para la Democracia. No. 43, 2002, pp. 39-49.

en dos supuestos: a) Dentro del derecho fundamental a la presunción de inocencia y b) Dentro del derecho fundamental al proceso con todas las garantías⁴⁷¹.

Son estos mismos autores quienes afirman que el esquema propuesto por la STC 81/1998 es redundante y carente de trascendencia⁴⁷². Esta aseveración se cimienta en la observación de la doble vulneración de derechos fundamentales producto de la valoración de una prueba obtenida ilícitamente dentro de un proceso. La lesión procedente de la utilización de un medio de prueba ilícito como fundamento para la condena y, bajo la construcción de la STC 81/1998, el menoscabo al derecho al proceso con todas las garantías, producto de la utilización de dicha prueba y, como derivado, la vulneración a la presunción de inocencia por la utilización del medio de prueba.

Para los autores, la forzada redundancia que impera en la jurisprudencia del TC, no hace más que demostrar el afán de utilizar la superposición de derechos fundamentales de carácter procesal para sustentar la vulneración y relevancia del derecho al proceso con todas las garantías como base para la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita.

Consideran, además, que el esquema en exceso garantista propuesto por la sentencia en análisis echa en falta la posibilidad de aplicación real, en tanto la línea argumental propuesta en el texto no ha sido seguida por las sentencias que le han seguido. En palabras de los autores:

“En efecto, si el proceso con todas las garantías se ha lesionado por tomar en consideración una prueba ilícita, cada vez que esto hubiera tenido lugar el TC tendría que haber declarado la lesión y acceder al amparo (...). El TC nunca ha obrado así.”⁴⁷³

3. Críticas a la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

Por otro lado, cabe analizar las posiciones contrarias o, que al menos, cuestionan a la doctrina que nos ocupa. Las críticas dirigidas contra la figura de la conexión de antijuridicidad son amplias y reiteradas, estructuradas en torno a la

⁴⁷¹ En los supuestos de que la parte acusadora fuera distinta al Ministerio Fiscal o el proceso se tramitara fuera del ámbito jurisdiccional penal.

⁴⁷² DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 34.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 39.

interpretación realizada por el TC de la regla de exclusión (plasmada en el art. 11.1 LOPJ) y sus alcances. ARMENTA DEU rescata los señalamientos más comunes⁴⁷⁴, clasificándolos en los rubros siguientes:

- 1) La práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional.
- 2) La insuficiencia del argumento que afirma que los derechos fundamentales no son absolutos, argumento que facilita la aplicación de la excepción a la garantía de exclusión.
- 3) La dudosa independencia del medio de prueba respecto a la lesión del derecho fundamental.
- 4) La insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de derechos fundamentales.
- 5) La indeseable restricción del ámbito enjuiciador del TC sobre derechos fundamentales en relación a la presunción de inocencia, la inadmisión de prueba ilícita y los posibles efectos de invasión de competencias a nivel división de poderes por la vía de interpretación.

Analicemos, de manera individual, cada uno de los apartados descritos anteriormente.

3.1. La insuficiencia del argumento que afirma que los derechos fundamentales no son absolutos, argumento que facilita la aplicación de la excepción a la garantía de exclusión.

“Llegamos a la conclusión de que sólo es posible la aplicación de esta teoría de la desconexión de antijuridicidad de forma respetuosa con los derechos fundamental al proceso celebrado con todas las garantías, en aquellos casos en los que, estando causalmente conectadas ambas pruebas – originaria y derivada – jurídicamente quedan desconectadas – no porque lo diga un juez –, sino porque hay un acto voluntario del sujeto que tenía a su favor la posible aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y consciente de tal derecho (...)”⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 124.

⁴⁷⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 90.

Esta posición es contrastada por ARMENTA DEU, para quien:

*“La tutela de los derechos fundamentales y la limitación de cualquiera de ellos (...) debe efectuarse salvaguardando un conjunto de garantías, que en el caso de los respectivos derechos fundamentales, precisamente por carecer de la condición de derechos absolutos, puede legitimar o no la prevalencia sobre otros fines como la investigación penal y la sanción de los delitos”*⁴⁷⁶.

Sin embargo, cabe entender que el propio TC sitúa, como sostén de su razonamiento, la afirmación de que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto⁴⁷⁷ y es que, en efecto, los derechos fundamentales de naturaleza sustantiva no cuentan con la categoría de absolutos⁴⁷⁸, mas, cuando hablamos de derechos fundamentales de carácter procesal⁴⁷⁹, como serían la presunción de inocencia o el derecho a un juez imparcial, no deben admitirse atenuaciones. En este sentido debemos abundar en cuanto a la llamada “limitabilidad” de los derechos fundamentales.

Como hemos establecido en la parte preliminar, los derechos fundamentales plasmados en el texto de la CE se erigen como límite a la pretensión Estatal de búsqueda de la verdad y como tales otorgan una respuesta al conflicto entre intereses plasmado en la fórmula de GÖSSEL. Sin embargo, dicha solución es de carácter provisional e instrumental, puesto que de lo contrario, los derechos fundamentales se erigirían como una barrera infranqueable que rendiría inútil el proceso penal⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *Exclusionary Rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América*. Revista de Estudios de la Justicia N°. 11, 2009 , p. 90.

⁴⁷⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Falacias en la Jurisprudencia Penal*. En: *Contornos y pliegues del derecho: Homenaje a Roberto Bergalli*. RIVERA, Iñaki (Coord.) Ed. Anthropos, Barcelona 2006, p. 315.

⁴⁷⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Ed. Civitas. Madrid, 2001, p. 95.

⁴⁷⁹ Compartimos la definición de NATARÉN NANDAYAPA con respecto a los derechos fundamentales de carácter procesal, considerándolos como aquellos “*derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales*”. En: NATARÉN NANDAYAPA, Carlos. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, Primera Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 10.

⁴⁸⁰ ASECIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989, p. 91.

A efectos de evitar la construcción de este muro, el propio sistema constitucional prevé la posibilidad de limitar derechos fundamentales a una serie de presupuestos habilitantes, los cuales deben interpretarse, siempre, de manera restrictiva. Estos requisitos para la limitación de derechos fundamentales han sido definidos por la jurisprudencia y la doctrina en las siguientes categorías: a) Fin constitucionalmente legítimo de la medida; b) Previsión normativa (principio de legalidad); c) Jurisdiccionalidad; d) Sujeción al principio de proporcionalidad y; e) garantías en la ejecución de la vulneración o sometimiento de la misma a un control judicial⁴⁸¹.

Todos estos elementos, cuyo desarrollo ha sido ampliamente cubierto por la doctrina y la jurisprudencia, escapan al alcance de este trabajo, más sin embargo, cobran especial relevancia en el marco de la prueba ilícita, por cuanto el incumplimiento de cualquiera de los mismos habilitará la calificación de ilicitud sobre el elemento probatorio específico, lo cual, en atención a la regla de exclusión plasmada en el artículo 11.1 LOPJ, impedirá su utilización en un proceso a efectos de fundar la sentencia.

3.2. La dudosa independencia del medio de prueba y la lesión del derecho fundamental.

Este punto, propuesto como uno de los fundamentos de la doctrina en análisis, es identificado como el núcleo duro de la misma⁴⁸², por lo que es objeto de fuertes críticas, en específico ligadas a la adopción⁴⁸³ y aplicación de la fórmula del descubrimiento inevitable⁴⁸⁴, lo cual genera un importante escenario para poner en tela de juicio la construcción de la figura de la conexión de antijuridicidad. Con respecto a este tema, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES afirman que: “*el criterio de independencia jurídica de las pruebas indirectas (del TC) es una*

⁴⁸¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Los derechos fundamentales y su limitación. Garantías y consecuencias de su vulneración*. Conferencia, Bogotá, Colombia, 2013, p. 4. Consultado el 3 de abril de 2017 y disponible en: https://www.researchgate.net/publication/292152401_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_Y_SU_LIMITACION_GARANTIAS_Y_CONSECUENCIAS_DE_SU_VULNERACION

⁴⁸² DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, p. 43.

⁴⁸³ Se utiliza el término adopción y no creación por que, dados los antecedentes de la teoría del llamado “*inevitable discovery*” en la doctrina norteamericana, no puede estimarse la misma como creación del TC.

⁴⁸⁴ También llamada doctrina de los “cursos hipotéticos de investigación”.

*quimera*⁴⁸⁵. El argumento que soporta esta crítica se antoja, al menos, difuso. Por lo que cobra trascendental importancia analizarlo a detalle.

Se parte de la premisa de que el TC busca, mediante el criterio de independencia jurídica entre las pruebas originaria y derivada, la desconexión de los elementos probatorios en función de la lesión del bien derecho fundamental. Esto es correcto puesto que la principal función de la teoría de la conexión de antijuridicidad es, efectivamente, impedir la valoración, en juicio, de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales⁴⁸⁶.

La visión expuesta por los autores y, atribuida al TC, parte de la siguiente suposición: con la admisión/valoración de la prueba derivada no se afecte al derecho fundamental ya perturbado por la adquisición de la prueba originaria. Aquí, el argumento de los autores vuelve sobre si mismo al afirmar que “*la fuente y el medio de prueba utilizados en el proceso ya no lesionan el derecho fundamental que se menoscabó para obtenerlos*”⁴⁸⁷, posición también patente en la jurisprudencia. La conclusión de los autores, sin embargo, parece desplazarse de estas premisas.

El problema real de la independencia de la prueba derivada se debe analizar desde la perspectiva de la teoría de la prueba independiente, no desde la perpetuación de la lesión (resultado a todas luces evidente y, hasta cierto punto, admitido por los autores). Partiendo de esta consideración, la teoría aplicada por el TC consiste en la aplicación del *test* relativo a la perspectiva interna, a la luz de la doctrina del descubrimiento inevitable. En este sentido, y a modo de ejemplo, la utilización de la declaración del inculpado, a raíz de la ilegal entrada y registro o interceptación de las comunicaciones, cobra nuevamente relevancia. En estos casos, la aplicación del llamado “nexo causal atenuado” y la consideración de que,

⁴⁸⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: Revista Jueces para la Democracia. No. 43, 2002, p. 45

⁴⁸⁶ Resulta curioso realizar esta afirmación, dado que, aunque la finalidad de la teoría de la conexión de antijuridicidad es compatible con la misma, en la realidad, la función asignada al *test* que la misma representa es, de manera efectiva, cumplir con un cometido contrario, es decir: Determinar, a través de la desconexión – nótese la connotación negativa con respecto al planteamiento inicial – permitir la excepción de la regla de exclusión y realizar la valoración.

⁴⁸⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: Revista Jueces para la Democracia. No. 43, 2002, p. 45.

al encontrarse el propio acto (confesión) provisto de garantías, se libra la conexión de antijuridicidad resulta hiriente para los autores⁴⁸⁸.

Cabe recordar que, a pesar de que el argumento guarda cierto grado de razón, la tendencia de valoración de este tipo de “confesiones” ha tomado una ruta más garantista, con la creación de mayores exigencias por parte del Tribunal al momento de analizar, en específico, el grado de independencia que estas guardan con la prueba ilícita originaria⁴⁸⁹. Atendiendo a esta reflexión pareciera que desde el punto de vista personal, la aplicación de la doctrina jurisdiccional se estima correcta y congruente con la decisión de adoptar una perspectiva de asignación de la utilidad del elemento de prueba derivada, en función de una operación de ponderación, representada por la figura de la conexión de antijuridicidad. Esta acción por sí misma parece mitigar la posición crítica de los autores citados, quienes omiten manifestar, de forma clara, un punto de vista personal, más allá de una simple posición contraria a los efectos del seguimiento de la doctrina ya establecida⁴⁹⁰.

Parece ser que olvidan, conscientemente o no, que la declaración de independencia que anticipa el *test* de la conexión de antijuridicidad cuenta con un mecanismo lógico y técnico de aplicación. Que los resultados del mismo sean o no aplicados de manera compatible con la regla de exclusión o, como en la práctica, la substituyan por una excepción, carece de relevancia a efectos de manifestar su solidez como concepto a través de la vía argumentativa. La aceptación del hecho

⁴⁸⁸ Así lo manifiestan al afirmar que, en análisis de distintas sentencias (SSTC 161/1999, 239/1999, 8/2000), la confesión del imputado con respecto a la posesión de la droga dependía en absoluto de la prueba obtenida mediante lesión del derecho fundamental. *Ibidem*, p. 46.

⁴⁸⁹ No sólo considerando que, en atención a las garantías que tutelan los derechos del inculpado en la propia diligencia de la declaración (confesión para el caso de admisión de los hechos), tales como el derecho a no auto incriminarse, a contar con asistencia letrada, entre otros. Sino también al considerar si el hecho de que la prueba originaria ha sido declarada como ilícita está al alcance del conocimiento del propio imputado o su representante legal, mediante la determinación o no del secreto del sumario (o el llamado “descubrimiento probatorio”). En este sentido y desde la perspectiva admitida por la generalidad de las sentencias emitidas por el TS y el TC resultaría, al menos exagerado, considerar que todas las confesiones vertidas por imputados, realizadas tras la determinación de la existencia de una prueba ilícita, deban ser inadmitidas, independientemente de la condición de derivada o no que dicha prueba pudiera reunir. Este argumento, llevado al extremo a efectos de preservar la utilidad de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, parece admitir que su antípoda sólo puede servir como fundamento para negar la efectividad de los elementos protectores de los derechos del imputado en la práctica de la declaración y no, como se pretende, restar la facultad de valoración al órgano jurisdiccional.

⁴⁹⁰ Sin embargo, no con esto podemos manifestar la absoluta aceptación, ya no de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, sino la aplicación que de la misma se ha realizado a base de interpretación en sede judicial, elemento con respecto del cual nos mantenemos críticos y reservados y que, sin embargo, abordaremos en oportunidades subsiguientes dentro de este texto.

delictivo por parte del imputado, de manera voluntaria e independiente de la influencia de la prueba ilícita originaria cuenta con un grado de relevancia que, en definitiva, no puede ser omitido por el órgano jurisdiccional al momento de emitir la sentencia. Considerando lo anterior, parece oportuno recordar que dicha confesión no puede servir como única prueba de cargo a efectos de superar el límite establecido por la presunción de inocencia a efectos de la determinación de culpabilidad, que exige la existencia de prueba de cargo adicional e independiente, a todas luces, de la prueba declarada como ilícita y, por tanto, exenta de valoración – y para efectos utilidad – en función de la prohibición constitucional de tal acción.

A efectos de encontrar fundamentos para plantear el problema de la confesión obtenida a partir de prueba ilícita, cabe considerar el voto particular del Magistrado RAMOS GANCEDO en la STS 768/2010, quien, en una línea argumentativa similar a las planteadas por el Magistrado IBÁÑEZ en las SSTS 1/2006 y 654/2012, construye una fundada oposición a la tendencia de admitir dicha prueba, con fundamento en lo establecido en el art. 24.2 CE y el 11.1 LOPJ. El Magistrado afirma en su voto, que la motivación detrás de la opción del legislador, al momento de establecer una prohibición de valoración rígida en el art. 11.1 LOPJ es fácilmente comprensible por la vía de la legitimidad y que, por tanto:

“Cualquier actuación del ius puniendi llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima. Tan rigurosamente ilegítima como lo proclama el inequívoco enunciado legislativo que es objeto de análisis, que excluye el posible aprovechamiento de sus efectos (...)”⁴⁹¹.

Esta línea de pensamiento culmina en la formulación de tres razones que, según la exposición del Magistrado, demuestran la falacia argumental de la doctrina que admite la confesión, precedida de prueba ilícita, como una confesión auto inculpatória útil y valorable en juicio⁴⁹². En resumen, las reflexiones planteadas por el Magistrado encuentran fundamento en el efecto actual de las exigencias de tutela del declarante al momento en que este emite su declaración⁴⁹³; la indisponibilidad de disponer de un efecto legitimador que actúe sobre la prueba

⁴⁹¹ STS 768/2010 de 15 de septiembre. Voto particular del Magistrado RAMOS GANCEDO.

⁴⁹² *Ídem*.

⁴⁹³ En referencia a la falta de capacidad de la actuación (declaración) de actuar sobre los antecedentes de la misma, es decir, la incapacidad de alterar la ilicitud ya ocurrida.

originaria⁴⁹⁴ y, por último, la consideración – o si se quiere – suposición, de que la actuación del declarante se vio guiada por la ignorancia⁴⁹⁵.

3.3. La insuficiencia de criterios extra-jurídicos como elementos restrictivos de derechos fundamentales.

Uno de los primeros autores en apuntar a la aplicación de criterios extrajurídicos como elementos restrictivos de derechos fue Friedrich HAYEK, al escribir: “*Las emergencias han sido siempre el pretexto bajo el cual se han erosionado las salvaguardas de la libertad individual*”⁴⁹⁶. Esta tendencia, identificada como uno de los problemas jurídicos más delicados de nuestra era en relación a los derechos fundamentales⁴⁹⁷, plantea diversos obstáculos a efectos de establecer límites coherentes y, sobre todo, legales a los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal.

Si bien la adopción del criterio de restricción bajo un caso de “emergencia” se antoja exagerado como fundamento de restricción de derechos fundamentales en el marco de una investigación, la reciente tendencia de inflación con respecto al *ius puniendi* en el marco de los procesos contra delitos de terrorismo no nos permite desviar mucho la mirada del supuesto. Un poco alejados de esta percepción, aunque con clara anticipación del riesgo que supone, DÍAZ CABIALE y MARTÍNEZ MORALES identifican, como un elemento extrajurídico de restricción a derechos fundamentales “viejos conocidos”, como la seguridad ciudadana y la búsqueda de la verdad. Los autores estiman que el valor de la búsqueda de la verdad como elemento restrictivo a derechos fundamentales de carácter procesal es nulo⁴⁹⁸, dado que consideran que la utilización de el mismo con tal finalidad es una incorrecta interpretación del esquema que propone la verdad material como

⁴⁹⁴ Este punto hace objetivo concreto a la incapacidad, tanto del declarante, como del Órgano Jurisdiccional, de subsanar la ilicitud del acto.

⁴⁹⁵ En clara referencia a un elemento de carácter subjetivo de difícil apreciación y claramente controvertible en función de las garantías que tutelan al imputado al momento de rendir su declaración, tal como lo es la de estar acompañado (y asesorado) de un letrado. Punto que sostiene las críticas hechas a este punto de vista en párrafos anteriores.

⁴⁹⁶ HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. II: The Mirage of Social Justice. University of Chicago Press. 1977, 210 pp.

⁴⁹⁷ POOLE, Thomas. *The Law of Emergency and Reason of State*. LSE Law, Society and Economy Working papers. London School of Economics and Political Science. 2016, p. 2.

⁴⁹⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: Revista Jueces para la Democracia. No. 43, 2002, p. 44.

contraparte al respeto a los derechos fundamentales en el marco de un proceso tutelado por garantías, como lo sería el proceso penal español.

Esta probable elaboración de criterios restrictivos *ad hoc* y de naturaleza extra-jurídica parece no fundarse en otra realidad que la representada por la falta de cohesión entre los ideales que dan sustento a un sistema legal garantista, fundado en criterios de prevalencia de derechos y apartado de un esquema inquisitivo que encuentra privilegio en la búsqueda de la verdad. Afortunadamente, la tendencia jurisprudencial permite tranquilidad, al ubicarse más en función de una serie de criterios ya establecidos, interpretados a partir de elementos coincidentes que, aunque en ocasiones se antojen forzados, guardan cierta proximidad con restricciones previstas en la norma y que, en muchos casos, gozan al menos de apego a los criterios de legalidad exigidos por la interpretación y la ponderación que para determinar su operatividad se desarrolla.

3.4. La indeseable restricción del ámbito enjuiciador del TC sobre derechos fundamentales en relación a la presunción de inocencia, la inadmisión de prueba ilícita y los posibles efectos de invasión de competencias a nivel división de poderes por la vía de interpretación.

Tal como explica NATARÉN NANDAYAPA, el ámbito formal de los derechos fundamentales supone la existencia de dos elementos: la existencia de una tutela judicial y la vinculación del legislador a su contenido⁴⁹⁹. La crítica señalada en este apartado, correspondiente con la capacidad del TC de ejercer su labor jurisdiccional en relación a los derechos fundamentales y la presunción de inocencia parece regresarnos al debate sobre el contenido relativo al establecimiento de la misma como el fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita y, en ese sentido, es necesario aclarar varios elementos.

Pareciera que la dificultad surge de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en este caso, ante el TC. Este mecanismo, reconocido como el idóneo para solventar las pretensiones y tutela en torno a la consideración de lesión de los mismos en un orden constitucional está construido a efectos de

⁴⁹⁹ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, Primera Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 4.

garantizar la protección de los mismos⁵⁰⁰. En el sistema legal español, la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional está a cargo del recurso de amparo, del cual conocerá el TC. Esta atribución cumple la función de control en el ámbito constitucional, al asegurarse que la actuación de los órganos del Estado se adecúan al texto de la CE⁵⁰¹.

En este rubro, es rescatable la posición de MARTÍNEZ GARCÍA, quien asegura que dicha tesis acarrea consecuencias perniciosas sobre el derecho al proceso celebrado con todas las garantías⁵⁰²: *“El peligro que esta postura conlleva es el de dar soluciones distintas ante violaciones idénticas(sic), bajo el pretexto del resultado”*⁵⁰³. Tal crítica se apoya, sin lugar a dudas, en la falibilidad del método lógico de valoración que supone la aplicación de la ponderación.

A manera de conclusión con respecto al apartado que nos ocupa, cabe señalar que el propio TS se ha encargado de restar mérito a algunas de estas críticas, al anunciar que: *“Son erróneas las interpretaciones de la doctrina de la conexión de antijuridicidad que la interpretan como en el sentido de convertir la excepción en regla. La regla general, en los supuestos de pruebas derivadas de una infracción constitucional, sigue siendo la prohibición de valoración”*⁵⁰⁴.

Esta posición se estima, desde el punto de vista doctrinal y, habiendo repasado las críticas anteriormente expuestas, prácticamente indefendible. Dada la práctica aplicación de la regla de conexión de antijuridicidad como un mecanismo de habilitación de reglas de excepción que han, de manera efectiva, desplazado a la exclusión de la prueba ilícita derivada, al grado de convertir la regla en excepción, al margen de la disposición legal contenida en el art. 11.1 LOPJ.

⁵⁰⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Los derechos fundamentales en la Constitución Española*. Revista de Estudios Políticos, Nº. 105, 1999, pp. 9-28.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁰² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010, p. 61.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁰⁴ STS 1451/2003.

3.5. La práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional.

Esta crítica, ya señalada en apartados anteriores, funda su argumento en el desplazamiento que significa, la aplicación de la regla de conexión de antijuridicidad, con respecto a la doctrina de los llamados *frutos del árbol envenenado*, que representa, en el caso Español, la construcción de la regla de exclusión de prueba ilícita derivada. A ambos lados del argumento, se sitúan diversas posiciones que corroboran o niegan este efecto, por lo que cabe hacer algunas precisiones.

Entre quienes niegan tal situación, encontramos a AGUILERA MORALES, para quien la realidad representa más una excepción que una modificación a la regla.

“La conexión de antijuridicidad no constituye ninguna excepción a la regla de exclusión, sino una habilitación para no aplicar esta regla. Se trata, más claramente, de una construcción teórica, acuñada por el Tribunal Constitucional, que sirve de marco habilitante para que nuestros Jueces y Tribunales nieguen efectos extensivos a la prueba ilícita a la vista de las circunstancias del caso concreto y de su juicio de experiencia”⁵⁰⁵.

Sin embargo, en la otra cara de la moneda, son manifiestos y reiterados los señalamientos que indican la ruptura que significa la adopción de la nueva doctrina, al respecto ARMENTA DEU⁵⁰⁶ indica: *“No han faltado críticas doctrinales hacia la (conexión de antijuridicidad), que denuncian la práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y desde esta perspectiva: la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional (...)”*.

Bajo este rubro, resulta de trascendental importancia la crítica hecha por el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez desde su posición dentro del Tribunal Supremo. El Magistrado ha señalado, en más de una ocasión la inconsistencia que, desde su particular e informado punto de vista, resulta de la aplicación de una doctrina “sintética” a la realidad jurídica y la afrenta que la misma actualiza frente

⁵⁰⁵ AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Ante una común y preocupante tendencia*. Revista General de Derecho Público Comparado Número 3. 2008, p. 12.

⁵⁰⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. Revista *Ius et Praxis*. Año 13. No. 2, pág. 365.

al orden constitucional. Votos que también alzan la voz contra la más reciente tendencia jurisprudencial, inaugurada por el TC en la STC 86/1995 de 6 de junio y que supone la adopción de la llamada “valoración de la confesión voluntaria del imputado”.

Por cuánto hace a la pérdida de la visión de la naturaleza procesal garantía, es factible ubicar parte de esta crítica en el otro punto que nos ocupa con respecto al futuro de la regla de exclusión, es decir, la tendencial aproximación al llamado “efecto disuasorio”. Esta directriz parte de la corriente inaugurada desde el texto de la propia STC 114/1984 quien, en su afán de apoyarse en doctrina extranjera, importó, tal vez de manera inconsciente, el fundamento de aplicación de la regla de exclusión en esta figura, por considerarla de particular utilidad pragmática, situación que supone la existencia de un remedio a la actuación extraprocesal de la autoridad investigadora. Ambos puntos se abordarán de manera específica en el apartado siguiente.

VII. Tendencias jurisprudenciales del TC y el TS en materia de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones.

1. La excepción de la confesión voluntaria del inculcado.

Desde la STC 86/1995 de 6 de junio y cada vez con mayor frecuencia en sentencias más recientes⁵⁰⁷, se ha abordado la existencia de una “nueva” excepción a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, la llamada confesión voluntaria del imputado. Esta excepción parte del supuesto que la confesión del imputado, debidamente informado de sus derechos, siempre y cuando sea realizada de manera voluntaria y alejada de toda coacción, es útil a efectos de romper la relación entre la prueba ilícita y la de esta derivada. Esta doctrina, desarrollada en paralelo, o tal vez bajo inspiración de la doctrina establecida por la Suprema Corte norteamericana en *Oregon vs Elstad*⁵⁰⁸, ha encontrado cobijo en el ámbito español bajo la amplia cobertura de la conexión de antijuridicidad, al extremo en que ha sido objeto de diversas críticas por miembros del TS, a través de estudiados y convincentes discursos vertidos en votos particulares a sentencias que tratan del tema.

Esta doctrina, en el contexto norteamericano, parte del caso en que un sospechoso realizó una confesión inculpatoria tras ser detenido, una vez informado de sus derechos *Miranda*, este los dio por renunciados y procedió a redactar una confesión por escrito. En el juicio, la defensa solicitó que se excluyese la confesión, bajo el argumento de que no había comprendido el alcance de sus derechos, sin embargo la Corte, en apelación, reconoció que la manera en que se había procedido era suficiente para inhabilitar la cláusula de no autoincriminación contenida en la quinta enmienda a efectos de debilitar el nexo entre la confesión original, previa al conocimiento de los derechos *Miranda* y la confesión por escrito hecha posteriormente. Resulta evidente como el supuesto que inspiró la excepción a la regla de exclusión que nos ocupa, nace de la distinción entre los contenidos de la cuarta y quinta enmiendas norteamericanas, dado que, mientras la cuarta enmienda supone la necesidad de la aplicación extensiva de la doctrina de los frutos del árbol envenenado tras la obtención ilícita

⁵⁰⁷ Se citan a modo de ejemplo: SSTC 14/1999 de 22 de febrero; 139/1999 de 22 de julio; 161/1999 de 27 de septiembre.

⁵⁰⁸ Tal como lo identifica COSTA TORNÉ, Ma. Cinta. *La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones*. Revista de Derecho UNED, núm. 11. 2012, p. 149; Referencia a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Oregon V. Elstad*, 470 US (1985).

de un elemento probatorio, la quinta enmienda prohíbe la utilización del testimonio de un imputado únicamente en los casos en que este haya sido obtenido bajo coerción o algún otro elemento intimidatorio. Así, mientras que la regla de exclusión que se desprende del contenido de la quinta enmienda y el derecho a no auto incriminarse exige que el testimonio realizado sin conocimiento de los derechos *Miranda* sea excluido, poco puede hacer para impedir la utilización de confesiones o manifestaciones voluntarias por parte del imputado sólo por el hecho de que este renuncia o desconoce sus derechos. Esto constituiría, desde el punto de vista del tribunal, en un ineficiente ejercicio del privilegio de no auto incriminarse⁵⁰⁹.

En el ámbito español, la sentencia que dio a conocer esta excepción partió del supuesto que la declaración del imputado, quien había sido detenido gracias a una escucha ilícita, y en la que había confesado los hechos era útil y no se encontraba viciada por la prueba ilícitamente obtenida, aún cuando se reconoció la relación entre ambos elementos probatorios. El TC funda su razonamiento en un elemento de carácter psicológico (la espontaneidad de la confesión) y señala que *“la valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito”*⁵¹⁰. Así, el TS también se ha planteado la posibilidad de utilizar la confesión del imputado (es decir, la admisión de los hechos) como una excepción a la regla de exclusión⁵¹¹.

Recientemente, la tendencia a la justificación de la apreciación de la confesión voluntaria del imputado como un elemento probatorio válido ha apuntado a la independencia que guarda la facultad de emitir una declaración, aún cuando esta sea inculpatoria y en renuncia (o pobre ejercicio como señala la doctrina norteamericana) del derecho a la no autoincriminación, y al derecho fundamental vulnerado (p. e. inviolabilidad de las comunicaciones)⁵¹². Esta posición, aún y cuando se aproxima de manera más fiel a la emitida por la Suprema Corte

⁵⁰⁹ Oregon v. Elstad, 470 U.S. 299 (1985).

⁵¹⁰ STC 86/1994 de 6 de junio.

⁵¹¹ STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9491).

⁵¹² STC 161/1999 de 27 de septiembre F.J. 4: *“La declaración del acusado por la que reconocía ser propietario de la droga y demás efectos encontrados en el registro, no resulta, en sí misma, contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ni, por ello, al derecho a un proceso con todas las garantías (...)”*; STC 8/2000 de 17 de enero.

norteamericana, dista aún de contar con un fundamento sólido arraigado en el concepto de la regla de exclusión y su alcance con respecto al derecho a la no autoincriminación, contenido de manera efectiva en el texto de la CE. Esto pone en evidencia la falta de desarrollo y atribución de contenido de las cuales adolece dicho derecho en el contexto español.

COSTA TORNÉ expone el tratamiento que el TS realiza con respecto a esta excepción, señalando que el mismo admite la utilización de la confesión voluntaria del imputado como única prueba para fundar la sentencia condenatoria ante la ilicitud de las restantes⁵¹³. De esta manera es posible entender que la confesión voluntaria del imputado, *“al ser prueba válida (...) incorpora al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos de manera contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta manera el acto originario ilícito”*⁵¹⁴.

La última tendencia respecto a la valoración de la confesión voluntaria del imputado se ocupa únicamente de verificar, a efectos de considerarla como válida, que la misma haya sido realizada libremente, sin compulsión o coerción alguna y que este haya contado con asistencia jurídica⁵¹⁵. Sin embargo esta tendencia a la utilización de la confesión con perspectiva habilitante de la prueba ilícita ha comenzado a encontrar posiciones en contra al interior del propio TS. El más claro ejemplo de esta perspectiva “disidente”, proviene es el voto particular emitido en la STS 1/2006 de 9 de enero (plasmado nuevamente en el voto particular contenido en la STS 654/2012) por el Magistrado PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ. En este, el autor endereza sendas críticas hacia la figura de la conexión de antijuridicidad y, de manera más específica, a la aplicación de la doctrina en la validación de prueba ilícita indirecta, como resultaría la confesión de un imputado, un caso que se repite con extraordinaria frecuencia en la jurisprudencia española.

Afirma el Magistrado, que la conexión de antijuridicidad supone una efectiva reformulación del Art. 11.1 LOPJ, convirtiendo *“la regla legal (en) excepción jurisprudencia”*⁵¹⁶. Continúa el autor del voto particular, señalando la finalidad de

⁵¹³ COSTA TORNÉ, Ma. Cinta. *La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones*. Revista de Derecho UNED, núm. 11. 2012, p. 151. Haciendo referencia a la STS de 1 de diciembre de 1995, RJ 8986/1995.

⁵¹⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La evolución de las teorías...* en *Prueba y proceso penal.* , p. 139.

⁵¹⁵ STS 18.07.2002, 20002/1997 F.J. 7º y STC 161/1999 de 27 de septiembre F.J. 3º.

⁵¹⁶ STS 654/2012, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, punto 5º.

la conexión de antijuridicidad dentro del contexto legal, otorgándole la función de mecanismo de incorporación de excepciones no previstas en el ámbito de la regla constitucional de exclusión. Concluye en este sentido afirmando que la aceptación de la conexión de antijuridicidad y, para efectos, su aplicación en el contexto procesal, genera una lesión al orden constitucional⁵¹⁷:

“(...) cuando se excluye su aplicación (regla de exclusión art. 11.1 LOPJ) mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a las actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen”.

Ante tal afirmación, únicamente resta manifestar el desacuerdo particular, por cuanto hace a la eventual “*regularidad constitucional*” que pudiera otorgarse a la actuación de la autoridad y es que, aún con la venia del órgano intérprete del texto constitucional, la actuación que contraviene la aplicación de una regla contenida a nivel *Magna Carta*, no adquiere legitimidad objetiva, sino únicamente en el marco de tal interpretación y de manera temporal, en tanto la misma se sostenga, en razón de que la función de interpretación, sujeta a las reglas de la lógica, es falibles y factiblemente puede suponer una interpretación errónea o *ad hoc*, como es el caso de la interpretación que se hace en función de la aplicación de la conexión de antijuridicidad, con la finalidad de paliar el posible efecto de percepción de impunidad, así como la consecuente pérdida de percepción de la efectividad de la justicia, que puede generar la aplicación irrestricta de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Entre las principales críticas a la aplicación, se señala la necesidad de mantener la legitimidad de la actuación estatal en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, señalando al respecto que, la obtención de “*cualquier dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser ilegítimo*”⁵¹⁸.

A continuación, el autor enumera razones por las cuales se desestima la idea de que la confesión, considerada como prueba derivada de una ilícita, pueda

⁵¹⁷ *Ibidem*, punto 6°.

⁵¹⁸ STS 654/2012, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, punto 3°.

estimarse como prueba habilitada para su valoración⁵¹⁹. Vale la pena rescatar la consideración de que, aún y cuando la confesión se hubiera producido con los elementos requeridos legalmente para otorgarle “validez”, la falta de intervención del defensor a efectos de señalar la probable ilicitud de la diligencia es considerada, desde el punto de vista del autor, como un “*déficit objetivo de defensa*”⁵²⁰.

Por otro lado, se considera que dicha traslación de criterios, puede acarrear una modificación en el paradigma procesal, la cual importaría resultados negativos en materia de protección de derechos. En este sentido, pareciera ser que algunas de las críticas más severas provienen del propio TS, cuando menciona⁵²¹:

“En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad” utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional y acogida en ocasiones por esta Sala, pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11 de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985.”

Esta observación parte de la probable utilización de la conexión de antijuridicidad a efectos de recortar, de manera discrecional, la eficacia invalidante de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

2. La tendencial aproximación al efecto disuasorio.

Tal como lo expresaba SCHÖNKE, “*la decisión de admitir o no el material probatorio viciado (...) no supone más que elegir entre los derechos del ciudadano o los intereses de la sociedad*”⁵²². Esta decisión parte, necesariamente, de la asignación de un fundamento legal otorgado a la regla de exclusión, siendo que

⁵¹⁹ *Ibidem*, punto 4º.

⁵²⁰ Si bien en el voto particular se hace referencia a un hecho propio del proceso en análisis, es factible generalizar la mala actuación del defensor al suponer la ocurrencia del supuesto en casos similares.

⁵²¹ STS 1203/2002, F.J. 3ro. y reiterado en la STS 1451/2003 F.J. 11vo.

⁵²² SCHÖNKE, Adolf. *Límites de la prueba en el Derecho Procesal*. Revista de Derecho Procesal, Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. Año XI, Núm. 3. Julio – agosto – septiembre 1955, pp. 373 -378.

esta será, en el caso específico, la regla de carácter legal que faculte la acción de inadmisión del elemento probatorio en particular, así salvando la posible ilicitud que acompañaría a una exclusión arbitraria de la prueba.

Dicho fundamento, anclado hoy día en el llamado “derecho al proceso con todas las garantías” (al menos en su última interpretación en el contexto español), se encuentra en riesgo de ser desplazado dada la última interpretación jurisprudencial, elaborada a partir de la creación y establecimiento del a llamada conexión de antijuridicidad. Aún y cuando es factible encontrar aproximaciones a la fundamentación jurídica de la aplicación de la regla de exclusión con miras al llamado efecto disuasorio desde la primera manifestación de esta, es decir, desde la STC 114/1984.

Esta posición es señalada por DE LA OLIVA, quien reconoce en el contenido de la STC 114/1984 una cierta aspiración tendiente a reconocer la eficacia del proclamado efecto de disuasión de la mala conducta por parte de los agentes encargados de la investigación, elemento que opera como elemento de anclaje a la *exclusionary rule* norteamericana, establecido de un modo axiomático que resulta, cuando menos, debatible y por ende de discutida legitimidad y aceptación⁵²³. En el plano de esta afirmación, GONZÁLEZ GARCÍA identifica la garantía plasmada en la construcción doctrinal de la sentencia, no así un derecho fundamental de carácter autónomo. El autor equipara esta particularidad con la construcción de la doctrina norteamericana, por lo que considera que el sistema constitucional español establece no un derecho a que la prueba sea obtenida por medios lícitos, sino un deber, a la autoridad, de que las pruebas sean adquiridas de tal manera, lo anterior como garantía de no vulneración de derechos fundamentales del gobernado⁵²⁴, a lo que DE LA OLIVA equipara con la “necesidad institucional” de apegarse al derecho fundamental de “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”⁵²⁵.

⁵²³ El autor reconoce dicha pretensión en el llamado 4to. pilar de la sentencia que nos ocupa. *Vid:* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 197.

⁵²⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, N°. 2. 2005, pp. 187-211.

⁵²⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 197.

El efecto de desplazamiento, palpable en diferentes sentencias emitidas por el TC y el TS⁵²⁶, busca anclar en el llamado “efecto disuasorio” el fundamento jurídico de la regla de exclusión, esto como reflejo de la denominada “norteamericanización” de la regla de exclusión de prueba ilícita y la patente intención de limitar la efectividad de la misma, mediante el establecimiento de excepciones que permiten la valoración de prueba derivada. Esta tendencia, explicada en parte a raíz de la incorporación de exclusiones derivadas de la interpretación de la doctrina norteamericana, traslada el foco de atención del contenido del art. 24 CE (derechos fundamentales) y lo ubica sobre la vulneración concreta producida en el derecho sustantivo⁵²⁷.

CAMPANER MUÑOZ considera que esta aproximación al idealizado sistema norteamericano, obedece a la admiración que los Tribunales españoles han tenido con la eficacia represiva de los Estados Unidos⁵²⁸, mas creemos que se debe, de manera adicional, a la facilidad que aporta recorrer un camino que ha sido ya previamente andado y explorado, aún y cuando el destino varíe ligeramente.

Siendo que algunos autores consideran la factibilidad de utilizar diversos fundamentos jurídicos para dar soporte a la regla de exclusión en el sistema español⁵²⁹, la confusión con respecto a la naturaleza jurídica de la misma y los alcances que esta proyecta sobre la tutela de garantías en el orden procesal se

⁵²⁶ STS 471/2017 de 23 de febrero y F.J. 7º: “Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego”; STS de 22 de enero de 2013 RJ 2013, 1288 y STS de 26 de noviembre de 2003 RJ 2003, 9491. También SSTS 290/1999 Y 1203/2002; SSTS 501/1997 y 538/1997 en idéntico sentido, al establecer que “La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales de los agentes encargados de la investigación criminal”; STS 974/1997 “La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor(sic) de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal”. F.J. 2do.

⁵²⁷ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p. 44.

⁵²⁸ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *Pruebas obtenidas por particulares de modo delictivo. De la lista Falciani a las agendas de Nadine Heredia*. Diciembre de 2017, p. 9.

⁵²⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. Jueces para la democracia No. 52. 2005, p. 64. Al afirmar que: “Puede sostenerse también que la regla de exclusión de la prueba ilícita no tiene su fundamento constitucional en un concreto derecho, ni viene implícita y directamente exigida por la Constitución como la única salvaguarda efectiva de los derechos constitucionales (...)”.

amplifica. Más aún cuando se predica, a partir del reconocimiento de la trascendencia de la regla de exclusión, el doble efecto garantista y disuasorio de la misma⁵³⁰.

La tendencia inicial de aplicación de la doctrina del efecto disuasorio como fundamento jurídico de la regla de exclusión, adivinada por DE LA OLIVA en el texto de la misma STC 114/1984 y de notable presencia en la jurisprudencia del TS y el TC a finales de la década de los noventa se vuelve a encontrar nuevamente en primera fila, al destacar la aplicación que la misma ha tenido para desvincular la utilización de pruebas obtenidas mediante vulneración de derechos por “errores” policiales en la doctrina norteamericana, la cual ha revirado en últimos años la tendencia de excluir este tipo de pruebas, especialmente, tras la decisión de *Herring v. United States* en 2009⁵³¹.

Esta “desnaturalización” de la regla de exclusión de la prueba ilícita, adoptada por la jurisprudencia española y normativizada posteriormente en un sistema jurídico que dista, por mucho, del *common law* obedece, más que a una necesidad de actualización de la misma, al interés, desproporcionado e irracional, de privar de eficacia a dicha regla, dado que la adopción de un criterio de restricción de la aplicación de la regla a los casos donde el fundamento jurídico de disuasión es actualizado sustituye, en todos los casos, la garantía de tutela de los derechos vulnerados por la acción de obtención de la prueba, tal como lo demuestra el revés al remedio de la regla de exclusión en el caso *Herring*.

Adoptado originalmente como una razón adicional al propósito de excluir evidencia obtenida en contravención a la 4ª. Enmienda en *Mapp v. Ohio*⁵³², el propósito del efecto disuasorio, orientado a prevenir la reiteración de conductas ilícitas por parte de la policía, era evitar futuras violaciones a las garantías de los ciudadanos. Este fundamento de integridad pronto sucumbió, sin mucho éxito, al puramente pragmático instinto de evitar la futura reiteración de estas conductas.

⁵³⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles*. Anuario de Derecho Penal. 2008, pp. 149.

⁵³¹ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

⁵³² *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

Este desplazamiento ha sido la carta de invitación a que el Tribunal especule con respecto al comportamiento e intenciones de la policía y las decisiones derivadas han apoyado, en pocas ocasiones, que la policía modifique su conducta⁵³³.

La total asunción de esta doctrina como fundamento jurídico de la regla de exclusión en España, acabaría por desvirtuar la prevención de tutela de garantías contenida en la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, que a la postre utilizaría como elemento de ponderación, no la gravedad de la violación a la entidad tutelada a nivel constitucional, si no la idoneidad que la privación de efectos de la prueba, como resultado de la sanción de exclusión, alcanzaría con respecto a la injerencia en el comportamiento policial para evitar, a futuro, la reiteración de dicha conducta.

3. El caso “Falciani” y la obtención de pruebas por terceros.

El caso en análisis, conocido como el caso “Falciani” por el nombre de quien obtuviera datos bancarios privados, trata de la aprobación del Tribunal Supremo, con respecto al uso de la llamada “lista Falciani”, como prueba válida para fundar la condena de un ciudadano español acusado por delitos de naturaleza fiscal, resolución originalmente emitida por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid.

La “lista Falciani” consiste en una serie de archivos electrónicos obtenidos por Hervé Falciani, ex empleado del banco HSBC quien, haciendo uso de sus conocimientos informáticos y sin autorización obtuvo, en abuso de las facultades que le confería su empleador, una lista de datos con información de clientes de la entidad financiera, a quienes se habría catalogado como probables evasores fiscales en sus distintos países de residencia. Dada la naturaleza privada de la información consistente en las cuentas y datos bancarios almacenados en la institución bancaria donde Hervé Falciani laboraba, tras notar la adquisición de dichos datos por parte del sujeto, se inició una búsqueda para su captura, la cual eventualmente terminaría con su detención, así como el otorgamiento de la llamada lista a las autoridades francesas, quienes a su vez hicieron entrega de la misma a representantes del fisco español, siendo esta información de cuestiones financieras de los clientes de la institución de esta nacionalidad lo que permitió el inicio del procedimiento en España, posterior a la entrega de la misma, durante

⁵³³ BANDES, Susan A. *The Robert’s Court and the Future of the Exclusionary Rule*. American Constitution Society for Law and Policy. 2009, p. 3.

una reunión privada entre funcionarios, en un archivo de soporte en medio DVD. Uno de estos clientes terminó por ser acusado, tras una inspección de la Agencia Tributaria Española.

La defensa del imputado durante el proceso ante la Audiencia provincial se concentró, mayormente, en impugnar la validez de la lista y su contenido. Entre los varios argumentos esgrimidos por la defensa, sobresale el señalamiento de que la lista estaba integrada por “datos robados” y que, al haber sido obtenida a consecuencia de un acto ilícito, la misma debía ser declarada ilícita. La condición de particular del sujeto que obtuvo la lista también se destacó, a la par de la declaración de ilicitud que pesaba sobre la misma, lo que le impidió ser utilizada como prueba en tribunales extranjeros en procesos que, de alguna manera, eran reflejo del que se seguía al imputado.

La argumentación del TS se centró, desde luego en las alegaciones de la defensa, más se agrupó en diversos puntos, entre los que son dignos de señalar:

Con respecto a la validez de la lista y su contenido, el TS comienza por recordar la determinación del alcance del artículo 11.1 LOPJ, así como el desarrollo jurisprudencial del mismo, a la vez que afirma que estos conducen a la conclusión de que la aplicación de la regla de exclusión únicamente adquiere sentido frente a los excesos del Estado en la investigación de un delito y como un elemento de prevención. Posición que ya adelanta tanto, la orientación del discurso a la ubicación del fundamento de la regla de exclusión en el llamado efecto disuasorio⁵³⁴, como la apreciación de que la regla únicamente cobra sentido cuando el acto de obtención es ejecutado por un agente del Estado. Estas conclusiones sin embargo, son trazadas a lo largo de un mayor razonamiento, que aborda, de manera necesaria los otros elementos a considerar en la sentencia que nos ocupa.

Al abordar el tema de la obtención de la lista por un particular en contravención al orden legal vigente en el sitio donde fue adquirida, el TS recuerda el caso KB Lux⁵³⁵, resuelto por el Tribunal Supremo Belga, donde la prueba, consistente en documentos sustraídos por un grupo de particulares fue privada de efectos

⁵³⁴ Discurso que el TS viene desarrollando desde hace ya algunos años con las SSTS 501/1997, 538/1997, 290/1999, 1203/2002, STS de 26 de noviembre de 2003 RJ 2003, 9491 y la STS de 22 de enero de 2013 RJ 2013, 1288 y más recientemente la STS 471/2017 de 23 de febrero

⁵³⁵ Abreviación de *Kredietbank Luxembourg*.

probatorios como resultado de un *balancing test* entre el derecho al proceso justo y el *principio de buena gobernanza*⁵³⁶, más también señala que la privación de efectos se fundó fuertemente en las dudas sobre la autenticidad de los documentos en cuestión⁵³⁷.

Por otro lado, el TS parece dar particular importancia al hecho de que, en el caso específico, el particular actuó al margen de cualquier intención de que la lista obtenida fuera utilizada directamente como prueba en juicio, así como el hecho de que no operaba con la intención de coadyuvar a ninguna autoridad en una investigación en curso. A esto, añade una breve pero reveladora perspectiva sobre el alcance de la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a los que atribuye relevancia únicamente cuando la acción de vulneración es ejecutada por quien actúa al amparo del *ius puniendi*⁵³⁸.

Refuerza su posición con la doctrina extranjera, al señalar el antecedente norteamericano de *Burdeau Vs. McDowell*⁵³⁹ por el papel que ha servido históricamente a la regla de exclusión como inaplicable a pruebas obtenidas por particulares, de la misma manera en que explica, con un ánimo igualmente expositivo, la previsión contenida en el proyecto del Código Procesal Penal de 2013, que avalaba la utilización de pruebas que hubiesen sido obtenidas con violación de derechos fundamentales por particulares cuando estas hubieran sido obtenidas “por accidente”.⁵⁴⁰

Así, la conclusión a la que llega el TS es que el propio contenido del art. 11.1 LOPJ, así como su origen histórico y desarrollo jurisprudencial orientan a la

⁵³⁶ Curiosamente el TS olvida la segunda de las razones que el TS Belga consideró para la exclusión de la prueba ilícita, siendo esta la situación de riesgo para el derecho a un juicio justo del imputado.

⁵³⁷ Los paralelismos entre el caso KB Lux y los casos derivados de la lista Falciani son evidentes, para más información al respecto *Vid*: MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso. *El uso de información ilícitamente obtenida en materia tributaria*. Estudios y notas. Crónica tributaria 159-2006, pp. 80 - 84.

⁵³⁸ TS Recurso de casación 1281/2016, Fundamento Jurídico Sexto. Sobre el particular destaca el análisis que el propio TS realiza, al final del Fundamento Jurídico citado, donde aborda las decisiones en que la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales por particulares ha sido tachada de ilícita y los casos donde la misma ha sido habilitada para su valoración dentro del proceso, siempre y cuando se estime que la finalidad del sujeto no era la de obtener pruebas para ser utilizadas en un proceso.

⁵³⁹ *Burdeau vs McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

⁵⁴⁰ TS Recurso de casación 1281/2016, Fundamento Jurídico Sexto.

respuesta de que “la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”, lo que nos remite, inevitablemente, a la consideración del efecto disuasorio como fundamento jurídico de la regla de exclusión. Si bien esta aproximación no resulta del todo novedosa, si lo es la interpretación que de la misma parte, al asumir el TS que dicha orientación permite la “restricción del automatismo” de aplicación de la regla de exclusión, lo que permite mantener a la misma cercana a su verdadero fundamento⁵⁴¹.

Ahora bien, el propio TS adelanta a manera de prevención, que el razonamiento contenido y expuesto mayormente en el fundamento jurídico sexto no tiene como finalidad formular una regla con pretensión de validez general⁵⁴², mas anticipan su aplicación cuando sea necesario *“atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio”*⁵⁴³. Esta precisión no obedece a otra razón que el reconocimiento del efecto disuasorio como la naturaleza jurídica de la regla de exclusión, desplazando el contenido del debido proceso como origen de la misma y dando un paso en dirección de la normalización del empleo de excepciones por incompatibilidad de apreciación de la existencia de razón para su aplicación en función de la novel naturaleza jurídica reconocida a la regla⁵⁴⁴.

Esta posición del TS puede implicar lo que CAMPANER MUÑOZ equipara al otorgamiento de una “patente de corso”, a efectos de habilitar la recolección de pruebas por particulares de manera activa, situación que, de momento, parece escapar a una regulación, más allá de los supuestos en que esta actividad, en si misma, constituya un delito⁵⁴⁵.

Por cuanto hace a la impugnación con respecto a la declaración de ilicitud de la prueba en otros sistemas legales, el TS rescata lo acontecido en Francia e Italia

⁵⁴¹ *Ídem*.

⁵⁴² TS Recurso de casación 1281/2016, Fundamento Jurídico Séptimo.

⁵⁴³ *Ídem*.

⁵⁴⁴ *“Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego”*. TS Recurso de casación 1281/2016, Fundamento Jurídico Séptimo.

⁵⁴⁵ CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *Pruebas obtenidas por particulares de modo delictivo. De la lista Falciani a las agendas de Nadine Heredia*. Diciembre de 2017, p. 10.

en casos relacionados a la lista Falciani. En el caso de Francia el TS reconoce 2 pronunciamientos con respecto a la licitud de la prueba en relación a dicha lista, siendo en un caso negada la licitud y en otro (de fecha más reciente) reconocida y declarada la utilizabilidad de dichos documentos.

En el caso italiano, la Corte de Casación de este país ha considerado que el documento como prueba no es sino la consecuencia de un mecanismo de cooperación judicial internacional, por lo que, al derivarse directamente del registro realizado en el domicilio de Hervé Falciani, le atribuye pleno valor probatorio.

A efectos de enriquecer el debate y la formulación de su resolución, el TS introduce como antecedente la causa estadounidense de *US vs Verdugo Urquidez*⁵⁴⁶, en la que la regla de exclusión resultó inoperante ante la actuación de la policía de otro país (México) en la obtención de pruebas que, de haber sido obtenidas en EEUU, hubieran sido privadas de efecto por la aplicación de la misma. Por último se hace el recuento sobre los casos en que prueba obtenida en el extranjero ha sido objeto de análisis bajo la regla de exclusión.

Así, con la necesidad de resolver la controversia planteada por la defensa, el TS se expresa al final, determinando que la capacidad de determinar la licitud o ilicitud de un elemento probatorio concreto y, con ello la sanción impuesta por la regla de exclusión, corresponde única y exclusivamente al Tribunal nacional, por lo que a pesar de que los antecedentes reseñados enriquecen las alegaciones de la defensa, carecen de peso por si mismas para orientar la determinación de aplicación de la regla en el caso concreto, dado que la “doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática”⁵⁴⁷.

Esta cuestión, debatida previamente en otras sentencias, donde se establecía que no corresponde a la autoridad española la determinación de la legalidad de dichas pruebas en tanto al cumplimiento legal de las exigencias de cada sistema jurídico y, mucho menos, a las del Estado español⁵⁴⁸, quedaría resuelta por la aplicación del “principio de no indagación”, más el propio TS admite que este no puede ser la única herramienta a utilizar cuando se trata de resolver dudas con respecto a la

⁵⁴⁶ US VS Verdugo Urquidez, 494 US 259 (1990).

⁵⁴⁷ TS Recurso de casación 1281/2016, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁵⁴⁸ SSTs 340/2000, 947/2001 y 556/2006.

licitud de un dato probatorio obtenido con vulneración a un derecho fundamental⁵⁴⁹.

Llama también la atención en la sentencia que nos ocupa, el manejo que hace el TS con respecto del llamado “principio de no indagación”. Este principio, que opera a nivel internacional en casos de cooperación judicial, consiste en que el Estado receptor de una prueba no revisa las circunstancias en las cuales la prueba fue obtenida en el Estado emisor. España por ejemplo, ha establecido desde 2003 la negativa de los Tribunales españoles a llevar a cabo indagatorias con respecto a la obtención de prueba recibida de otros Estados miembros de la UE⁵⁵⁰.

Este principio, cuya invocación opera sobre la práctica de actos de investigación en un espacio jurisdiccional distinto a aquel donde se tramita la causa, exige flexibilidad con respecto al entendimiento de las funciones de un proceso distinto, cuya estructura, por más similar que parezca, puede variar sustancialmente en cuanto a exigencias en materia de actuación. BACHMAIER identifica las 3 razones que, tradicionalmente, han dotado de fundamento a la aplicación del principio de no indagación⁵⁵¹:

- El argumento clásico del respeto a la soberanía del Estado cooperador.
- La imposibilidad de verificar si la rogatoria ha sido ejecutada de conformidad a la ley del Estado solicitante.
- El principio de confianza mutua que existe o, debiera existir, entre los Estados que comparten sistemas y principios legales similares.

La autora también destaca, como contra argumento a las cláusulas expuestas anteriormente, tres elementos que vale la pena considerar a efectos de replantear el manejo del principio de no indagación cuando el Estado cooperador haga entrega de elementos probatorios obtenidos por las autoridades del mismo. En primer lugar, considera la falta de alusión al respeto a los DDHH, así como la falta de apego a los principios contenidos en la CEDH⁵⁵², en especial con respecto a la validez de la prueba, al garantizar su obtención por vía legal y, con esto, la

⁵⁴⁹ TS Recurso de casación 1281/2016, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁵⁵⁰ SSTS de 10 de enero de 2003 (RAJ 2007/588) y de 27 de diciembre de 2006 (RAJ 2007/588).

⁵⁵¹ BACHMAIER WINTER, Lorena. *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*. Utrecht Law Review. Vol. 9, Issue 4. Septiembre 2013, p. 139.

⁵⁵² *Ídem*.

protección al derecho al proceso debido, elementos que considera, debieran poder anteponerse a la idea de respeto a la soberanía, primordialmente en una alusión tan clásica y “anticuada” del concepto.

En segundo término, pone en duda el argumento que considera de imposible cumplimiento la verificación de la rogatoria en términos de su ejecución, hasta ahora sostenido entre otras tesis por la falta de homologación de los sistemas legales de los distintos países de la UE argumento que, en ojos de la autora, no debiera operar en automático para descalificar la necesidad de llevar a cabo la verificación. BACHMAIER sostiene que la accesibilidad a la normativa de los distintos Estados, en particular con el uso de las tecnologías electrónicas debe proveer un marco mucho más eficaz para llevar a cabo la comprobación aludida⁵⁵³.

Por último, con respecto a la confianza mutua entre Estados toca un punto con respecto al que algunos autores consideran no resuelto en la actualidad: la falta de balance entre eficiencia entre la cooperación judicial internacional y la protección de los derechos humanos del imputado⁵⁵⁴, por el riesgo adicional que dicha cooperación supone para la esfera de derechos de quien se encuentra sujeto a un proceso penal. Así, como contra-argumento a la manifestación de que el principio de confianza mutua, la autora entiende que el mismo puede hacer referencia a multitud de significados y, que por tanto, puede en ocasiones devenir contradictorio. La clásica contraposición radica en la posibilidad de que exista confianza entre los organismos jurisdiccionales de los dos Estados en cooperación, más sin embargo, dicha confianza no debe existir por parte de la defensa⁵⁵⁵. En el segundo caso, cuando se entienda que el principio de no indagación se interpone ante el derecho de defensa, el principio es el que debe ser replanteado⁵⁵⁶.

Como conclusión y, dadas las manifestaciones anteriores, BACHMAIER considera que las bases históricas para sustentar el principio de no indagación resultan inaplicables en la moderna cooperación jurisdiccional entre Estados miembros de

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 139 - 140.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 276.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 140. *Vid*: BACHMAIER WINTER, Lorena. *European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, no. 9. 2010, p. 586.

⁵⁵⁶ *Ídem*.

la UE⁵⁵⁷ y que la creación de un esquema que permita la revisión de legalidad de actos relativos a prueba en el extranjero crearía en la práctica, no el efecto adverso en la eficacia de la cooperación⁵⁵⁸, sino que por el contrario, permitiría mayor tutela de derechos del imputado.

En el plano normativo, ante este escenario poco regulado, destaca la consideración contenida en el artículo 33⁵⁵⁹ del llamado *Corpus Juris 2000*, una propuesta de reglas para la protección penal de intereses económicos y financieros de la UE, originalmente publicado en 1997⁵⁶⁰. La cual se vierte a pedir la exclusión de toda prueba que viole derechos contenidos en la CEDH, mientras dota al principio de reconocimiento mutuo de valor, al proponer que mientras no exista vulneración de derechos, las diferencias legales que existan entre los Estados Miembros, no podrá ser base para negar la admisión de prueba alguna⁵⁶¹, dado que la normativa aplicable a la determinación de ilicitud será la del país donde se ha obtenido el dato de prueba. Por su parte, KUSAK reconoce el esfuerzo del *Corpus Juris* en integrar el contenido de la regla de admisión de

⁵⁵⁷ BACHMAIER WINTER, Lorena. *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*. Utrecht Law Review. Vol. 9, Issue 4. Septiembre 2013, p. 141.

⁵⁵⁸ Desde luego este argumento pasa por considerar la homologación de ciertos principios básicos en materia de obtención, práctica y admisibilidad de prueba, citando ejemplos de prueba testimonial y las diferencias existentes entre algunos Estados de la UE. *Vid*: BACHMAIER WINTER, Lorena. *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*. Utrecht Law Review. Vol. 9, Issue 4. Septiembre 2013, p. 140 – 141.

⁵⁵⁹ “Art. 33.1. *In proceedings for one of the offences set out above (Articles 1 to 8) evidence must be excluded if it was obtained by Community or national agents either in violation of the fundamental Rights enshrined in the ECHR, or in violation of the European rules set out above (articles 31 and 32), or in violation of applicable national law without being justified by the European rules previously set out; but such evidence is only excluded where its admission would undermine the fairness of the proceedings to admit it.*

33.2. *The national law applicable to determinate whether the evidence has been obtained legally or illegally must be the law of the country where the evidence was obtained. When evidence has been obtained legally in this sense, it should not be possible to oppose the use of this evidence because it was obtained in a way that would have been illegal in the country of use. But it should always be possible to object to the use of such evidence, where it was obtained in accordance with the law of the country where it was obtained, if it has nevertheless violated rights enshrined in the ECHR or the European rules (Articles 31 and 32)“.*

Corpus Juris 2000. Contenido consultado el 26 de noviembre de 2017 y disponible en: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/corpus_juris_en.pdf

⁵⁶⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Corpus Juris. Introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*. Economica. Paris. 1997.

⁵⁶¹ BACHMAIER WINTER, Lorena. *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*. Utrecht Law Review. Vol. 9, Issue 4. Septiembre 2013, p. 144.

prueba obtenida en otros Estados bajo el principio del proceso debido⁵⁶², bajo este concepto, corresponde al Juez determinar si ha ocurrido violación a los derechos del imputado, lo que equivale a una regla de exclusión limitada y dependiente de la regla de equidad en el proceso⁵⁶³.

Algunas de las críticas a esta aproximación se basan en la aparente intención de combinar tradiciones acusatorias e inquisitivas con la aplicación complementaria del derecho nacional. Esta similitud con el criterio del ECtHR omite la consideración del alto nivel de protección que las regulaciones nacionales otorgan a la admisión de la prueba ilícita y supondría, en la práctica, la no aplicación de las reglas nacionales, lo que equivaldría a obviar las reglas de protección de DDHH en las normativas nacionales⁵⁶⁴.

Otro instrumento legal de alcance a nivel europeo, consiste en la Propuesta del Consejo para el establecimiento de la oficina del Fiscal General Europeo – confirmar – (European Public Prosecutor’s Office – EPPO), en específico en el artículo 32, donde se señala la cláusula de admisibilidad de la evidencia recabada por dicha oficina en un Estado diverso de la UE a aquél donde se desarrolla el procedimiento⁵⁶⁵, al tiempo que reconoce la aplicación del principio de no indagación a menos que resulte de la supuesta violación de derechos del imputado, la cual deberá ser advertida por el propio Tribunal, pues la sola consideración de la diferencia entre los sistemas legales implicados no basta para la exclusión probatoria.

⁵⁶² KUSAK, Martyna. *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU. A study of telephone tapping and house search*. Maklu Publishers, Amberes. 2016, p. 194.

⁵⁶³ *Ídem*.

⁵⁶⁴ Crítica presente en: KUSAK, Martyna. *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU. A study of telephone tapping and house search*. Maklu Publishers, Amberes. 2016, p. 194

⁵⁶⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (EPPO), documento del 17/07/2013, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52013PC0534> y consultado el 30 de noviembre de 2017. Artículo 32: Las pruebas presentadas al tribunal por la Fiscalía Europea deben reconocerse como pruebas admisibles y, por tanto, se asume que cumplen cualquier requisito probatorio pertinente con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros en los que está situado dicho tribunal, siempre que este considere que respecta la equidad del procedimiento y los derechos de defensa del ciudadano en virtud de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El tribunal no puede excluir las pruebas presentadas por la Fiscalía Europea por considerarlas inadmisibles basándose en que las condiciones y normas para recabar ese tipo de pruebas difieren según la legislación nacional que se les aplica.

Estas dos propuestas normativas, sin embargo, se encuentran al margen de la aplicación actual del derecho europeo, en tanto consisten únicamente en documentos elaborados a nivel de propuesta, por lo que carecen de fuerza de aplicación. Sirviendo tan sólo como indicativos de la tendencia a seguir en cuanto la regulación de la regla de no indagación se reconozca y aplique de manera normalizada en el orden de la UE.

VIII. La prueba ilícita y los medios tecnológicos en la actual regulación y la perspectiva a futuro del tratamiento. Las propuestas de reforma a la LECrim.

1. La prueba ilícita y los medios tecnológicos en la actual regulación.

Sin lugar a dudas, el campo de mayor relevancia y más rápida expansión en la aplicación de la regla de exclusión se ubica, hoy en día, en el entorno de los medios informáticos y electrónicos de comunicación. Tal como mencionan ENCINAR DEL POZO y VILLEGAS GARCÍA⁵⁶⁶:

“Las nuevas tecnologías y la manera en que las mismas pueden afectar a espacios antes vedados a la intromisión de las autoridades exige incluso un replanteamiento de la propia configuración de estos derechos fundamentales y de sus márgenes”.

En esta línea de pensamiento resulta necesario abordar, de manera sistemática, la actual legislación en la materia, así como las más recientes resoluciones, tanto del TC y el TS, que se ocupan de desarrollar el “derecho al propio entorno virtual o digital”⁵⁶⁷, así como las distintas variables de intervenciones y adquisición de datos que los actuales medios técnicos y tecnológicos ofrecen como oportunidad para desarrollar las investigaciones policiales con su prospectiva injerencia en el ámbito de la privacidad e intimidad, constitucionalmente vedados salvo autorización judicial previa.

A estos efectos, debemos comenzar por determinar en qué consiste el alcance de los denominados medios tecnológicos a los que hacemos referencia en el presente apartado. En tal sentido, entendemos como medio o recurso tecnológico todo hardware que permite el almacenamiento, creación, adquisición e intercambio de información, almacenándola en formatos digitales a través de distintos sistemas informáticos o software, que permiten su recuperación, consulta, análisis y traslado.

La relevancia de tales medios tecnológicos consiste, principalmente, en que en la actualidad la mayor parte de intercambio de información y comunicaciones ocurre

⁵⁶⁶ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel y VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *Validez de los medios de prueba tecnológicos*. Diario La Ley, N°. 9005, Sección Dossier, 21 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer. 28 pp.

⁵⁶⁷ Identificado en la STS 342/2013, y posteriormente considerado como un derecho constitucional de nueva generación según la STS 1218/2016 y retomado en última instancia con respecto a sus límites y alcances en la STS 287/2017 de 19 de abril.

a través de estas vías, dada la popularidad de dispositivos como ordenadores, teléfonos móviles inteligentes, tabletas y otros dispositivos electrónicos, así como de la facilidad que supone el acceso a internet a efectos de contactar o intercambiar información⁵⁶⁸. En este escenario, no sorprende que tales medios sean utilizados con fines delictivos o en conductas y actividades próximas a estas.

Respecto a la incidencia de la regla de exclusión en la actividad investigadora que afecta a los medios tecnológicos, debemos centrar la atención en distintos momentos y actividades, a efectos de considerar su alcance en la posible aplicación de la doctrina de privación de efectos de aquellas fuentes y medios de prueba que pudieran resultar ilícitos. Con este objetivo y recordando que, primordialmente, la regla de exclusión de prueba ilícita afecta a la obtención del medio de prueba, cabe distinguir claramente los distintos supuestos de su posible aplicación, clasificados como sigue:

1. Adquisición u obtención de datos.
 - a. Acceso a datos o información contenidos en soportes físicos.
 - b. Registro de medios de almacenamiento de datos.
 - c. Interceptación de datos.
2. Almacenamiento o volcado de datos.
3. Conservación de datos.
4. Reproducción de datos.

En lo relativo a la adquisición u obtención de datos podemos distinguir los 3 supuestos distintos en que estos pueden ser adquiridos. En primer lugar el acceso a datos o información, mismo que puede derivar de distintos casos particulares, tales como la adquisición directa por parte de la autoridad investigadora o a través de un tercero (siendo este particular o una autoridad distinta a la que realiza la investigación, con la complejidad adicional de si el particular forma parte de la comunicación o no). Dicho acceso corresponde a la obtención de los soportes físicos donde se almacenan los mismos, siendo estos puestos en a disposición de la autoridad investigadora en cualquiera de los métodos descritos anteriormente. Esta adquisición, según la modalidad, será legítima siempre y cuando cumpla con las formalidades establecidas en la normativa, tales como la autorización judicial en los casos en que es la propia autoridad quien la obtiene.

⁵⁶⁸ Actualmente se estima que existen 2.5 mil millones de usuarios de teléfonos móviles en el mundo, cifra que para 2020 alcanzará casi los 3 mil millones. Dato consultado el 23 de febrero de 2018 y disponible en: <https://www.statista.com/statistics/330695/number-of-smartphone-users-worldwide/>

En relación al registro de medios de almacenamiento de datos, se estima necesaria la existencia de una circunstancia habilitante, consistente en la sospecha fundada o la existencia de la denuncia de la comisión de hechos delictivos, a efectos de la realización de tal búsqueda. Esta actividad constantemente se encuentra en relación con la adquisición o acceso a los medios físicos de soporte de datos, siendo la actividad de búsqueda aquella consistente en el rastreo o examen de los contenidos de dicho soporte, a efectos de ubicar los elementos específicos que habrán de ser utilizados como prueba en el proceso. Siendo que las autorizaciones jurisdiccionales para el aseguramiento de los soportes comúnmente habilitan para el rastreo de los mismos, debemos considerarlos como actividades complementarias. Más habrá de observarse que exista dicha autorización en todos los casos en que se realiza dicha intervención.

Por interceptaciones que de comunicaciones telefónicas o telemáticas, entendemos estas como toda actividad tendiente a recibir, obtener o desviar información originalmente destinada a otro receptor, distinto a la autoridad que realiza la investigación. Esta actividad puede ser realizada por diversos métodos, según el elemento tecnológico a intervenir, más debemos considerar que la misma debe contar, tanto con la circunstancia habilitante, como con la autorización de la autoridad jurisdiccional⁵⁶⁹, no debiendo esta actividad desarrollarse de manera prospectiva ni general.

Ahora bien, en cuanto hace a los distintos tipos de información a adquirir o intervenir, los supuestos pueden ser varios, aunque resulta importante notar la clasificación que el TS ha generado a efectos de determinar las circunstancias en que la información puede corresponder a aquella considerada privada o de carácter público, y por tanto ser adquirida sin que para efectos medie la previa autorización jurisdiccional.

En el rubro de la información de carácter privado se consideran, a grandes rasgos, todos aquellos datos que pudieran permitir, ya sea la identificación directa de individuos o aquellas comunicaciones que se encuentran destinadas a un sólo destinatario o grupo de destinatarios, por lo que no se estiman operantes los criterios contenidos a nivel normativo ni jurisprudencia para la intervención de los mismos cuando se trate de información que es factible de adquisición por medios

⁵⁶⁹ Al respecto cabe retomar los ya muy citados criterios desarrollados por la doctrina de la Sala Segunda del TS, *vid* por todas: STS 1154/2005.

que no supongan injerencia en el ámbito de privacidad que corresponde a las comunicaciones entre particulares⁵⁷⁰, o esta sea puesta a disposición de la autoridad por uno de los participantes en dicha comunicación⁵⁷¹.

En relación al volcado y almacenamiento de datos, debemos hacer la aclaración respecto a la distinción entre ambas acciones, siendo el volcado de datos la actividad encaminada a la transferencia o copia de la información contenida en un soporte físico a uno distinto, a efectos de realizar lo que, en el ámbito informático, se conoce como un respaldo⁵⁷², mientras que el almacenamiento hace referencia a la actividad encaminada a la conservación de dicha información. Estas dos acciones, si bien difícilmente podrían ser encausadas a la vía de la aplicación de la regla de exclusión, pueden resultar importantes en el momento de la solicitud de aplicación de la regla, dado que las mismas resultan de la obtención de la información. Esta última afirmación resulta también cierta para los supuestos de la conservación⁵⁷³ y la reproducción de datos, donde las vulneraciones procesales podrían acarrear la aplicación de sanciones en términos de irregularidad, más no de ilicitud, por ejemplo, con respecto a la autenticidad del contenido⁵⁷⁴.

Por otro lado, otro de los usos de la tecnología y los medios técnicos novedosos en el ámbito de la investigación criminal, viene de la mano de las herramientas tecnológicas que permiten, no sólo el almacenamiento o intervención de información, sino la expansión de las capacidades auditivas o visuales de los investigadores, como por ejemplo, equipo fotográfico, óptico y de captación de sonido a distancia, así como otros instrumentos de similar naturaleza, además de aquellos dispositivos de grabación de sonido o de video vigilancia. En este sentido, los criterios jurisprudenciales emitidos por el TS parecen orientarse a la determinación entre la necesaria distinción del espacio público y el privado, reconociendo la característica del segundo como un elemento infranqueable a la

⁵⁷⁰ Por ejemplo, la adquisición de números de International Mobile Subscriber Identity (IMSI) o International Mobile Equipment Identity (IMEI). *Vid:* STS 492/2016 de 8 de junio y STS 256/2017 de 6 de abril.

⁵⁷¹ STS 652/2016 de 15 de julio y STS 250/2017, entre otras.

⁵⁷² STS 165/2016 de 2 de marzo.

⁵⁷³ Cabe señalar los supuestos de conservación relacionados a la Ley de Comunicaciones Electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones bajo la nueva regulación de la LECrim, Dónde se desarrollan los supuestos en que los proveedores de servicios de comunicación deberán ceder datos a la autoridad en el marco de una investigación. A tales efectos, consultar: STS 272/2017 de 18 de abril.

⁵⁷⁴ STS 300/2015 de 19 de mayo.

vigilancia, no siendo esta provista, de manera previa, de la autorización respectiva⁵⁷⁵.

1.1. Actual regulación y tratamiento jurisprudencial.

La LECrim española, vigente desde 1882, es una de las legislaciones procesales en materia penal más antiguas de Europa, por no decir, del mundo. La legislación ha sobrevivido a dos monarquías constitucionales, dos guerras mundiales, una guerra civil y dos dictaduras, mientras continúa su vigencia entre varias reformas, muchas veces motivadas por la interpretación jurisprudencial de sus contenidos y, en muchas ocasiones, de la labor no sólo integradora, sino propositiva del propio TC.⁵⁷⁶

La actual regulación, relativa a la prospectiva intervención de comunicaciones y medios tecnológicos, se ha desarrollado a partir de la LO 4/1988 de 25 de mayo, misma que modificó el art. 579.2 de la LECrim, a efectos de autorizar la intervención de comunicaciones con las particularidades de que la misma se encontrara debidamente motivada, así como que partiera de indicios que esta actividad sirviera para integrar la causa.

Es notorio, después de este breve recorrido por la regulación a nivel normativo en materia de las intervenciones, que la legislación es calificable, al menos, como escasa en el sentido estricto, criterio señalado en más de una ocasión por la propia jurisprudencia española, así como la jurisprudencia del TEDH⁵⁷⁷.

Esta vía jurisprudencial de reforzamiento de la doctrina, sin embargo, únicamente cuenta con un carácter subsidiario, aún y pese al reconocimiento, por parte del TEDH en el caso *Abdulkadir Coban v. España*⁵⁷⁸, mediante la cual se modificó el llamado “test de consolidación” de la jurisprudencia y legislación española en la

⁵⁷⁵ SSTS 589/2015 de 28 de septiembre, 329/2016 de 20 de abril, 373/2016 de 3 de mayo, 200/2017 de 27 de marzo, 272/2017 de 18 de abril, entre otras.

⁵⁷⁶ GIMENO BEVIÁ, Jordi. *La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim*. Gabilix, N.º. 2, Junio 2015, p. 106.

⁵⁷⁷ SSTC 26/2006 de 30 de enero, 184/2003 de 23 de octubre y 49/1999 de 5 de abril (utilizada como fundamento en las subsecuentes, dado el grado de desarrollo sobre la materia que esta ocupa), el TS ha manifestado la misma preocupación en STS 271/2011. Por su parte, el TEDH ha manifestado lo propio en: Prado Bugallo vs España (18 de febrero de 2003) y Valenzuela Contreras vs España (30 e julio de 1998).

⁵⁷⁸ Sección Quinta del TEDH, resolución dictada el 25 de septiembre de 2006.

materia, completando el contenido del art. 579.2 LECrim y evitando una tercera condena a España por vulneración al contenido de la CEDH, art. 8⁵⁷⁹. Por su parte, el TS Español también se ha preocupado por abordar el tema de la suficiencia de la regulación nacional en la materia, así, la STS 864/2005 de 22 de junio se centró en examinar la adecuación del texto de la LECrim a las exigencias del TEDH. De este análisis, el TS ha determinado que:

“En efecto, ha de partirse de la insuficiente regulación legal establecida en el art. 579 LECrim, que ha sido adecuadamente completada con las exigencias que la respecto, tanto el TC como éste TS, han requerido para aceptar la validez de las intervenciones telefónicas. De manera que la suma de la regulación legal y las exigencias judiciales han conformado un sistema garantista que satisface las previsiones tanto del CEDH, como la doctrina desarrollada por el TEDH”⁵⁸⁰.

Este entendimiento de suficiencia a nivel normativo no significa que el problema se encuentre resuelto, tan es así que es un hecho la existencia de la previsión para reforzar el contenido de la LECrim, a efectos de fortalecer el tema en análisis. Así, entre los más recientes esfuerzos de actualización de la LECrim, encontramos tres distintos proyectos. Dos de ellos orientados a una reconstrucción total de la misma y uno centrado en la provisión de reformas para su actualización. En los primeros dos casos, el anteproyecto de reforma integral a la LECrim de 2011 y el proyecto de Código Procesal Penal de 2013, ambas iniciativas se encuentran en una parálisis legislativa, lo que equivale a decir que su eventual revisión y aprobación es del todo poco probable. Esta situación, sin embargo, no debe restarles importancia, pues reflejan, en más de un caso, tendencias de regulación y actualización que han sido objeto de comentarios y críticas a nivel nacional e internacional, así como también objeto de algunas decisiones del TEDH. En el tercer caso, las reformas a la LECrim, publicadas mediante Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, su aplicación en pos de la actualización de la ley ha servido también como un elemento de aplicación de las tendencias y actualizaciones identificadas en los dos instrumentos ya mencionados. La concreción de esta última reforma permite apuntar con algo de certeza al trazado que probablemente seguirán las actualizaciones normativas en materia de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema legal español.

⁵⁷⁹ Condenas derivadas de la falta de claridad de la legislación en materia de circunstancias y condiciones para que la autoridad desarrolle injerencias en la “vida privada” y “correspondencia” de las personas. Criterios derivados de la interpretación del TEDH en los casos: *Malone v. UK* y *Kruslin v. Francia*, entre otros.

⁵⁸⁰ STS 864/2005, de 22 de junio. F.J. 1º.

Estos cambios, incluidos los principios rectores plasmados por la LO 13/2015 en el art. 588 bis de la LECrim (y en general el capítulo IV), “*constituyen la nueva proclamación normativa de principios ya definidos por el TC*”. Principios encontrados en el texto del propio numeral señalado y, efectivamente, desarrollados por la jurisprudencia en años previos.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial, consideramos importante desarrollar el llamado “derecho al propio entorno virtual”, pues consideramos será el parámetro que permitirá perfilar la jurisprudencia derivada del tratamiento de los derechos fundamentales del individuo en relación a la investigación de ilícitos en el campo de las nuevas tecnologías.

La señalada doctrina, creada a partir de la interpretación realizada por el TS en la STS 342/2013⁵⁸¹, reconoce la existencia del mencionado derecho, a la vez que integra su contenido. Este derecho constitucional de nueva generación, comprende:

“(...) toda la información en formato electrónico, que a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos”.

En consecuencia, toda información de carácter electrónico, será sujeta a protección, en tanto puede contener información privada del sujeto quien la genera, incluso, de manera pasiva al utilizar algún servicio informático o de comunicación, lo que implica que a efectos de vulnerar la constitucionalmente reconocida esfera de privacidad, se torna necesario el efecto habilitante de la autorización jurisdiccional previa.

La interpretación aquí vertida proviene de una línea jurisprudencial desarrollada por las STS 256/2008⁵⁸² de 14 de mayo y la STC 173/2011 de 7 de noviembre, misma que reconocía que los datos almacenados por un individuo en un ordenador de uso particular estarían protegidos constitucionalmente por el derecho a la intimidad. Esta distinción tornaría necesaria la expedición de una habilitación adicional, contenida en la propia autorización de entrada y registro al

⁵⁸¹ Fundamento Jurídico 8vo.

⁵⁸² Con especial referencia al volcado de datos y la necesidad de la existencia de una resolución habilitante *ad hoc* para el desarrollo de esta actividad.

domicilio, o una por separado, a efectos de acceder a los datos e información resguardada en los medios o dispositivos electrónicos que en el domicilio se encuentrasen.

A su vez, otro elemento de complejidad sobre el tratamiento de los datos tutelados bajo el derecho a la protección del propio entorno virtual, lo integra la cantidad de datos almacenados en los dispositivos electrónicos, ya que en los dispositivos de esta índole, coexisten datos de carácter técnico y personal, siendo estos últimos susceptibles de protección⁵⁸³.

Así, la actual tendencia de tutela de las garantías comprendidas en el derecho a la protección del propio entorno virtual, en el ámbito jurisprudencial español, se centra en el análisis individual de supuestos. Por ejemplo, por cuanto hace al acceso a datos de agendas en dispositivos de telefonía móvil por los agentes investigadores, este está permitido; mientras que el acceso a las conversaciones resguardadas en el mismo dispositivo se encontrará vedado salvo previa autorización⁵⁸⁴. En este sentido, es clara la necesidad de desarrollar la legislación, dado que los supuestos en extremo genéricos, contenidos en la LECrim, poco hacen por agotar la materia. De ahí que se vean con buenos ojos reglas de carácter general, como la expuesta en la STC 70/2002, las cuales sin duda deben buscar la uniformidad sugerida por la STS 745/2015 de 23 de noviembre, uniformidad necesaria *“para garantizar la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, la seguridad jurídica y el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley”*⁵⁸⁵.

Por otro lado, la aprobación tácita del inculpado a efectos de penetrar en la esfera tutelada de la intimidad, con respecto a datos contenidos en dispositivos de almacenamiento, deberá pasar por control. Siendo este, de manera ideal, la previa consulta con su asesor jurídico, dado que la compleja naturaleza del derecho al propio entorno requiere la toma de una decisión informada, considerando que la sola renuncia del derecho a la intimidad sobre los datos no basta, al estar esta aislada de un consentimiento informado con respecto a los alcances de la prospectiva injerencia.

⁵⁸³ STS 342/2013 de 17 de abril.

⁵⁸⁴ Así la STC 70/2002 de 3 de abril: *“La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención”*.

⁵⁸⁵ STS 204/2016 de 10 de marzo.

En los casos más recientes, relativos al uso de material derivado de redes sociales o el uso de clientes de mensajería, como Whatsapp, también recibe tratamiento en la jurisprudencia. Los casos de utilización, aunque variados, responden a los mismos principios que enmarcan la actuación en los supuestos de intervención de cualquier otra comunicación⁵⁸⁶, más requieren especial tratamiento en su introducción al proceso, dado que no constituyen, por si mismos, documentos⁵⁸⁷. El acceso a tales comunicaciones requerirá entonces, ya sea la orden judicial habilitante, o la autorización de alguno de los intercomunicadores en dicha conversación⁵⁸⁸.

2. El anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011.

Destaca el presente documento como uno de los pocos esfuerzos por reformar la LECrim que ha llegado a aprobarse oficialmente como anteproyecto. Forjado al interior de la segunda legislatura socialista entre 2008 y 2011, la desafortunada coincidencia de la presentación del mismo con las elecciones generales parece haberlo relegado al cajón del olvido.

2.1. La regulación de los actos de investigación.

El texto del anteproyecto dedica un apartado específico a la regulación de los actos de investigación. En este sentido, la propia exposición de motivos del proyecto identifica cuatro notas fundamentales en relación a esta modificación. En primer lugar recalca la necesidad de actualización en la materia, dada la ausencia de cobertura legal al régimen de investigación relacionado, de manera especial, al tema de intervención de comunicaciones, situación que ha costado a España condenas ante el TEDH. El segundo elemento es la regulación de nóveles técnicas de captación de datos e información, tales como las observaciones acústicas, las vigilancias sistemáticas o las búsquedas selectivas en bases de datos, todos aspectos novedosos relacionados a avances en materia no sólo tecnológica, sino de métodos de investigación de conductas delictivas. El tercer punto a abordar por parte de esta reforma está representado por la protección de datos personales y el derecho a la intimidad, elementos que en últimos años han

⁵⁸⁶ Art. 588 bis a, LECrim.

⁵⁸⁷ SSTS 298/2015 de 13 de mayo y 300/2015 de 19 de mayo.

⁵⁸⁸ STS 864/2015 de 10 de diciembre.

recibido atención por la importancia que guardan como representación del esquema de tutela de libertades de los ciudadanos a nivel mundial. Esta regulación se estructura en un doble vértice, por un lado la obtención de los datos por vía de investigación y en contraparte, la obtención de datos contenidos en ficheros o registros ajenos a los obtenidos como producto de la investigación de hechos en concreto. El último de los puntos abordados por la normativa se ocupa de dotar de un régimen de tratamiento más preciso y completo a las medidas de investigación que representan una intromisión al régimen de derechos de la persona investigada, lo anterior como mecanismo de respeto a las garantías objetivas contenidas en la norma constitucional.

Estas modificaciones, calificadas por el propio anteproyecto como de “ánimo garantista”, se articulan sobre la necesidad de la actualización de la normativa vigente en función de los avances en materia de comunicaciones y tecnología de la información, evolución innegable y que deberá continuar en constante revisión y actualización, a efectos de prever todos los posibles cambios a que deban ser sujetas las reglas para la legal intervención.

2.1. Declaración del investigado.

Otro de los elementos relevantes para el prospectivo tratamiento de la prueba ilícita y la aplicación de la regla de exclusión de la misma, puede ser ubicado en el contenido del apartado relativo a la declaración del investigado. El texto califica al acto de declaración del investigado como un acto de “investigación eventual”, dado que el mismo es contingente a la colaboración voluntaria del afectado y sujeto a validez únicamente cuando el mismo ha sido realizado con absoluto respeto a los derechos constitucionales reconocidos para el mismo, como son la asistencia de letrado y el derecho guardar silencio y a la no auto-incriminación. Este reconocimiento implica la incapacidad de apereibir al declarante a decir verdad, más se reconoce la posibilidad de que la falsedad en la declaración, por cuanto hace a la incriminación de terceras personas, sea constitutiva de delito.

La declaración prestada ante el fiscal y la policía pasa a carecer de valor a efectos de la formación del expediente del juicio oral, siendo reconocida como un mero acto de investigación y, como tal, carecerá de valor para fundar la convicción del tribunal a efectos de dictar sentencia condenatoria, a no ser que la confesión haya sido efectuada de conformidad a lo establecido en el incidente de aseguramiento de fuentes de prueba. – abordar lo relativo a este incidente –. Esta privación de

efecto se encuentra dentro del texto del proyecto en el art. 127 que establece la privación de valor o efecto a toda diligencia practicada en la fase de investigación.

2.2. Interceptación de comunicaciones.

Tras las condenas a España por el TEDH por la violación al Convenio de Roma⁵⁸⁹ por la insuficiente regulación del régimen de las intervenciones telefónicas en 1998⁵⁹⁰ y 2003⁵⁹¹, la necesidad de la actualización del régimen jurídico de las mismas se ha hecho patente, y ha servido para evidenciar las carencias regulativas en relación con dicho acto de investigación⁵⁹². El anteproyecto aborda estas fallas desde la necesidad de actualización y conformidad con las exigencias derivadas de la interpretación de los instrumentos internacionales, ya plasmada en la jurisprudencia española tras numerosas resoluciones del TC y el TS. Entre los cambios propuestos, destaca que se haya trasladado la facultad de decisión con respecto a la aplicación de la medida a una figura distinta a aquella que dirige la actividad de investigación, siendo ahora el Juez de Garantías la autoridad

⁵⁸⁹ El citado documento, conocido formalmente como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, señala en el artículo 8º: *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

⁵⁹⁰ Caso Valenzuela Contreras contra España, sentencia del 30 de julio de 1998.

⁵⁹¹ Prado Bugallo contra España, sentencia del 18 de febrero de 2003.

⁵⁹² La LECrim no reguló de manera específica el ámbito de las intervenciones telefónicas sino hasta la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, misma que modificó el contenido del artículo 579 de la citada normativa a efectos de establecer, en el punto 2 la posibilidad de que el juez emitiera mandamiento destinado a la intervención de las comunicaciones por vía telefónica. Esta modificación fue realizada a raíz de la condena impuesta a España por el TEDH tras el caso Valenzuela Contreras en 1998, más fue considerada por el propio TEDH como insuficiente a efectos de cumplir con las exigencias impuestas a la previsión legal de la injerencia en el artículo 8 de la CEDH en una posterior sentencia. *Vid*: Prado Bugallo contra España, sentencia de 18 de febrero de 2003. Sin embargo en desarrollo de las sentencias emitidas tras importantes casos en 1992 y 1993 (ATS de 18 de junio de 1992, Caso Naseiro y STS de 25 de junio de 1993), el propio TEDH reconoció la provisión de medidas adecuadas para la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 8vo de la convención, por lo que desechó una posterior solicitud de aplicación en el caso Coban contra España.

competente para determinar la pertinencia de la medida, dando relevancia a la garantía judicial fijada en el art. 18.3 CE⁵⁹³.

Estas garantías, aplicables a toda intervención de comunicaciones (no sólo telefónicas, sino las realizadas por cualquier medio tecnológico), se extienden también a aquellas intervenciones que tienen por objeto el conocimiento de datos de tráfico y otros tutelados por el derecho al secreto de las comunicaciones, y se excluye aquellos no amparados por el mismo, situación que espera superar los problemas de interpretación derivados de la Ley 25/2007⁵⁹⁴.

Ahora bien, la autorización judicial descrita en el primer párrafo de este apartado, se emitirá tras verificar su sujeción a 3 requisitos, descritos en el contenido del artículo 276: En primer lugar la investigación deberá versar sobre determinadas infracciones, ubicadas por encima de determinado límite punitivo o, que en el caso específico, dependan de la autorización de la medida como elemento extraordinario para su realización, al resultar esta medida insustituible, y descritos en el art. 275 del proyecto. En segundo término, la solicitud de la autorización de la medida debe encontrarse suficientemente fundada y reflejar la utilidad que la diligencia guardará a efectos de obtener datos relevantes, así como la imposibilidad de obtener los mismos por medios que representen menor injerencia para le investigado⁵⁹⁵. Por último, la relación entre el medio por el cual se realizan las comunicaciones y el hecho delictivo debe estar claramente establecido.

Los criterios a abordar en la emisión de la resolución judicial se encuentran descritos en el artículo 278, en el que se deberá describir el hecho que es objeto de la investigación⁵⁹⁶, la individualización de la persona o personas que se encontrarán sujetas a la medida, el medio de comunicación a intervenir, así como los datos de identificación de este, la duración y extensión de la medida⁵⁹⁷, la

⁵⁹³ Art. 18.3 CE: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”.

⁵⁹⁴ Ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Publicada en el BOE núm. 251 de 19 de octubre de 2007.

⁵⁹⁵ Con respeto a los principios de excepcionalidad y necesidad. Art. 588.4 bis a.

⁵⁹⁶ En atención al llamado principio de especialidad de la medida, contemplado en el art. 588.2 bis a de la LECrim actualmente vigente.

⁵⁹⁷ Siguiendo lo estipulado por el principio de idoneidad. Art. 588.3 bis a.

unidad de la policía que se hará cargo de la intervención⁵⁹⁸ y la forma en que será llevada a cabo. Este conjunto de elementos materia de la resolución deberán, necesariamente, partir de la solicitud de intervención realizada por la autoridad. Las características relativas a la identificación, tanto de los sujetos como los medios a intervenir y la manera en que se realizará la misma suponen una mayor transparencia y delimitación de la aplicación de este método de investigación, anulando las llamadas “investigaciones prospectivas”.

De manera adicional se establecen límites máximos a la duración de la medida, así como a las prórrogas a las que la misma puede sujetarse y los supuestos en los que la misma deberá cesar de manera automática. La documentación de la realización de la medida, así como de sus resultados y la utilización que de estos se fuera a hacer en juicio también son sujeto de regulación.

La finalización de la intervención y, en su caso, el levantamiento del secreto del proceso investigador suponen la obligación de notificar la resolución judicial que autorizó la misma al investigado, así como a cualquier titular o usuario del medio de comunicación que pudiera haberse visto afectado por la medida y los participantes en las comunicaciones interceptadas. Esta notificación cumple el parámetro de buena fe en las actuaciones y otorga elementos al investigado para ejercitar un adecuado derecho a la defensa⁵⁹⁹.

2.3. Garantías del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba.

En el título IV, dedicado al régimen general de la prueba en el proceso penal, que regula lo relativo a la materia probatoria encontramos, dentro del título I llamado “Las garantías del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba” el artículo 128 el cual se encarga de reflejar, a nivel de la norma procesal, la regla de exclusión contenida en el art. 11.1 LOPJ, al trasladar su contenido al anteproyecto, de manera casi literal: art. 128. Pruebas de origen ilícito. “No

⁵⁹⁸ La determinación de los sujetos habilitados para la realización de la intervención deviene del contenido de la decisión 25.9.2009, emitida por la CEDH en el caso Coban contra España, como medida de seguridad orientada a la protección del ciudadano contra intervenciones arbitrarias.

⁵⁹⁹ Con especial referencia a la facultad del investigado y su defensor a conocer las actuaciones que integran el procedimiento. LECrim, art. 118.1.

surtirán efecto en el proceso penal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos y libertades fundamentales”⁶⁰⁰.

Esta transposición directa del contenido de la LOPJ, identificado como la regla de exclusión, no genera un efecto de refuerzo sobre la misma y tampoco modifica su régimen de aplicación ya que la medida, desde su establecimiento en la LOPJ se encontraba destinada a influir en la conducta del juez y a ser de aplicación obligatoria. Sin embargo, la ubicación de la cláusula bajo el concepto de las garantías del derecho a la presunción de inocencia indica la tendencia a la aproximación de la posición que, en algún momento, marcó la jurisprudencia en la materia en España, así como la posición guardada por algunos miembros de la doctrina, como DÍAZ CABIALE, para quienes el fundamento jurídico de la regla de exclusión sigue ubicándose bajo el amplio contenido que tutela el derecho a la presunción de inocencia. La determinación de la ubicación del contenido bajo este capítulo puede obedecer a la fecha de expedición del proyecto (2011), periodo durante el que la tendencia jurisprudencial ubicaba, de manera efectiva, el fundamento jurídico bajo la figura de la presunción de inocencia, sin embargo, también podría ocurrir que la decisión se identificara con la coincidencia ideológica con la corriente doctrinal ya planteada, misma que se encuentra por demás superada con la asignación del fundamento jurídico de la regla de exclusión al contenido del derecho al proceso con todas las garantías.

Por otro lado, el contenido del art. 129, referente a la llamada prueba derivada o refleja, parece encontrarse en sintonía con la tendencia jurisprudencial de la época de elaboración del proyecto y la evolución que de la misma se ha hecho hasta la fecha, dado que del seguimiento realizado es factible determinar, tal como se sostuvo en apartados anteriores, que la tendencia se orienta a dejar sin efecto a la prueba derivada únicamente tras la aplicación del *test* de conexión de antijuridicidad y la determinación de la existencia de dicha conexión, situación difícil, dada la orientación estructural del test que impone la regla generada en la STC 81/1998, cuyo objeto es en realidad la habilitación de la desconexión y, como resultado, la eventual de valoración de la prueba ilícita derivada.

En cuanto hace a la prueba irregular, el proyecto se pronuncia por la aplicación de la sanción de nulidad, prevista en el art. 238 LOPJ , distinguiendo la prueba

⁶⁰⁰ Cabe recordar, a efectos comparativos, el contenido del art. 11.1 LOPJ: “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

irregular de la ilícita por la infracción – o carencia de esta – en relación a los derechos fundamentales, criterio doctrinalmente aceptable.

3. Proyecto del Código Procesal Penal español de 2013.

Esta iniciativa, conocida también como Propuesta de Código Procesal Penal (o PCPP), fue presentada en febrero de 2013 por una comisión de expertos, nombrada por el Ministerio de Justicia. El texto de este proyecto presta especial atención al desarrollo del contenido de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, tomada del texto del art. 11.1 LOPJ. En su artículo 13, el instrumento en análisis provee de una novel aproximación al tratamiento de dicha regla, rescatando en el primer apartado lo ya plasmado en la norma originaria, más estableciendo como efecto de la determinación de la ilicitud la prohibición de valoración de forma explícita. De manera adicional, condiciona la validez de las pruebas que, en su práctica, lesionen los mismos derechos. Sin embargo, estimamos que dicha determinación borra la frontera entre la prueba ilícita y la prueba irregular, ya que la práctica de la prueba, un elemento puramente técnico en el sentido procesal se encuentra bajo el control de las normas procesales, mismas que han sido establecidas, precisamente, como salvaguarda a los derechos de naturaleza procesal y que, en caso de que un derecho fundamental sea vulnerado por dicha práctica, será reflejo de la deficiente articulación del derecho procesal, a efectos de establecer los límites respectivos en atención a la tutela de los derechos constitucionalmente relevantes.

A su vez, establece el mismo numeral causas de excepción a la disposición contenida en la cláusula primera del artículo, al admitir la utilización y valoración (sin que se establezca distinción entre ambas conductas), de las pruebas prohibidas, cuando estas sean favorables al acusado, cuando la consecuencia indirecta de la vulneración del derecho fundamental que permitió su obtención se encuentre desconectado causalmente del acto original (aplicación de la doctrina de conexión de antijuridicidad) o cuando la consecuencia de la vulneración sea atribuible de manera exclusiva a un particular, cuya actuación no hubiese estado orientada a la obtención de pruebas.

La declaración del investigado en sentido autoincriminatorio también cabe en el ámbito regulador del artículo, puesto que el párrafo tercero del mismo la entiende como desconectada causalmente de la prueba nula, siempre que sea rendida en

el plenario y en términos que permitan afirmar su voluntariedad. Esta normativización de la excepción de la declaración autoinculpatoria carece, en todo sentido, de sustento legal, dado que la única condición de voluntariedad omite, de manera más que clara, el cúmulo de derechos y garantías accesorias en torno a la rendición de lo que equivale, en sentido práctico, a una confesión y parece que busca, más que determinar una vía para la tramitación de la declaración misma, la reafirmación de una excepción de la aplicación de la regla de exclusión, por la regulación de la misma. La declaración explícita de la desconexión causal entre la declaración autoincriminatoria y la prueba ilícita originaria de la cual pudiera derivar esta, deshecha, para efectos prácticos, la necesidad de la aplicación de la doctrina de conexión de antijuridicidad, normalizándola no como herramienta interpretativa, sino como la normalidad jurídica en materia de valoración de este tipo de prueba.

Por último, la regulación alcanza al momento de determinación de la infracción al derecho fundamental, dejando al arbitrio de las partes el momento de la denuncia de la misma en cualquier momento del proceso. Esta eventual exclusión se relaciona, de manera incorrecta y bajo el supuesto del desechamiento de la petición para la realización de la misma, a la consecuencia de ilicitud, situación que, como hemos analizado en espacios anteriores, carece de consecutividad legal con respecto a la distinción entre lo que equivale al tratamiento procesal de la prueba ilícita (abordada como prueba prohibida por el proyecto) y la prueba irregular, siendo únicamente esta última susceptible de tratamiento por vía de nulidad en el proceso.

3.1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Parte de la actualización propuesta por el instrumento en análisis sigue la vía de reajuste ya puesta en consideración por la jurisprudencia española, con la inclusión de los principios que deben normar la autorización judicial de la medida. El reconocimiento, listado y definición de los principios, contenido en el artículo 294 sigue la pauta impuesta por las resoluciones del TEDH, ya analizadas en el contexto del proyecto de reforma a la LECrim de 2011 en el apartado anterior. Así mismo, los presupuestos habilitantes para la concesión de la autorización comparten elementos identificables en la jurisprudencia generada en el periodo 1992 – 2003, como parte de los esfuerzos de homologación exigidos por las condenas internacionales que se mencionan a lo largo de este apartado.

3.2. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

El capítulo X, relativo al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, parece conformarse a lo que la jurisprudencia española, sujeta a revisión y críticas por la doctrina y jurisprudencia del TEDH ha ido construyendo. En este ámbito, destaca la sentencia TRABAJO RUEDA contra España⁶⁰¹, la cual, aunque bastante reciente, trata sobre la obtención, mediante registro no autorizado judicialmente, de información contenida en el disco duro de un ordenador. Esta contrastación *ex post* del contenido del proyecto y la reforma de octubre de 2015 a la LECrim⁶⁰², permite evaluar, desde el punto de vista del derecho internacional, el grado de actualización correspondiente a la normativa nacional.

La sentencia en análisis examina el marco sentado por la jurisprudencia española, determinando que la misma guarda las consideraciones siguientes: El TC aplica al derecho a la vida privada los principios generales en lo concerniente a las limitaciones de derechos fundamentales⁶⁰³; Se vulnera el derecho a la vida privada cuando las condiciones y el alcance del acceso autorizado a la información no respetan la conexión entre la información personal obtenida y el fin que se persigue⁶⁰⁴; En ausencia de la autorización del titular, el TC exige, que las injerencias en el derecho a la vida privada, autorizadas por el juez al margen del contenido del art. 18.1 CE⁶⁰⁵, deberán estar previstas por la ley, que persigan un fin legítimo y que sean proporcionadas. Estas consideraciones parecen cumplir, como mínimo, las exigencias planteadas por la CEDH con respecto a la injerencia en la vida privada, planteada como derecho tutelado en el artículo octavo de dicha convención.

⁶⁰¹ Caso Trabajo rueda contra España, sentencia del 30 de mayo de 2017.

⁶⁰² Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre. Con especial referencia a las modificaciones al contenido del artículo 588 sexies a, b y c de la LECrim.

⁶⁰³ STC 57/1994 de 28 de febrero. *Et al.*

⁶⁰⁴ STC 196/2004 de 15 de noviembre.

⁶⁰⁵ SSTC 37/1989 de 15 de febrero, 57/1994 de 28 de febrero Y 207/1996 de 16 de diciembre.

4. Las reformas a la LECrim de 2015.

Esta reforma, consecuencia de dos proyectos de ley distintos⁶⁰⁶, fue aprobada como un medio para afrontar elementos que requieren atención inmediata y, como *inter* a la promulgación de una nueva LECrim, lo que explica el tratamiento de la misma de manera posterior a la exposición de los proyectos en el presente trabajo. Las reformas plasmadas en la LO 13/2015 esperan subsanar y fortalecer derechos procesales de los sujetos objeto de investigación, en concordancia con las exigencias planteadas por el Derecho de la Unión Europea, así como brindar una necesaria actualización en materia de investigación mediante elementos tecnológicos que garantice el respeto a los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones y la protección de datos⁶⁰⁷. Por cuanto hace a la necesaria actualización con respecto a la investigación de los delitos por medios tecnológicos, la reforma reconoce que el abandono del Legislador a manos de jueces y tribunales en materia de regulación ha calado como un déficit en la calidad democrática del sistema procesal, carencia recordada por el TEDH en algunas decisiones⁶⁰⁸. Algunas de las propuestas plasmadas en los dos proyectos revisados anteriormente, son identificables en el contenido de la reforma, como reflejo del aprovechamiento del trabajo de investigación realizado para la confección de aquellos. En este actual escenario, resulta útil la clasificación que CAVERO FORRADELLAS propone, con respecto a algunos de los puntos más importantes⁶⁰⁹:

- a) La medida solo es aplicable a casos específicos⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ El “Proyecto de ley de modificación de Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales” y el “Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”.

⁶⁰⁷ Aspiraciones contenidas en el texto del preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre.

⁶⁰⁸ Trabajo Rueda contra España, sentencia del 30 de mayo de 2017, Valenzuela Contreras contra España, sentencia del 30 de julio de 1998 y Prado Bugallo contra España, Sentencia del 18 de febrero de 2003.

⁶⁰⁹ CAVERO FORRADELLAS, Gerardo. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Consultado por última vez el 15 de marzo de 2018 y disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9

⁶¹⁰ Causas instruídas por delitos dolosos castigados con prisión máxima de la menos tres años o perpetrados por el crimen organizado, terroristas o mediante nuevas tecnologías (arts. 588 ter y 579.1 LECrim).

- b) Existen excepciones a la necesidad de resolución judicial habilitante de la medida⁶¹¹.
- c) Debe considerarse la temporalidad en la aplicación de la medida.
- d) Únicamente podrán ser intervenidos aparatos utilizados habitual u ocasionalmente por el investigado.
- e) Siendo indispensables para la investigación, se recabarán datos de tráfico de archivos automatizados, resguardados por las compañías prestadoras de servicios⁶¹².
- f) Los datos identificativos del terminal o medio de comunicación (IMSI o IMEI) pueden ser obtenidos por la policía sin necesidad de resolución judicial que lo autorice⁶¹³.
- g) Sin necesidad de autorización judicial, el MF o la Policía están facultados para solicitar datos de titularidad de terminales o numeración de teléfonos pertenecientes a un abonado de las compañías prestadoras de servicio⁶¹⁴.
- h) En caso de hallazgos casuales y supuestos semejantes, podrá hacerse uso de las grabaciones y demás información obtenidas en procedimientos distintos, mediante deducción de testimonio⁶¹⁵.

El mismo autor propone, como cuestión objetiva, la mejora que la reforma significa en materia de regulación, dado que considera como estado previo el vacío normativo “casi absoluto”, calificando el desarrollo del articulado como “minucioso”. Falta al autor la crítica con respecto a los supuestos habitantes, a nivel normativo, que prescinden de la facultativa autorización judicial, requisito por demás previsto a nivel constitucional y no considerado, al menos por nosotros, como una cuestión salvable en atención a criterios extrajurídicos de “urgencia”.

Por otra parte, los supuestos de hallazgos casuales, enraizados en la perversa doctrina derivada de la aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad, llevada al extremo, significan la efectiva inaplicación de la regla de exclusión para supuestos donde la medida de intervención original es decretada ilícita, más se convalida con un elemento habilitante, derivado incluso del propio investigado y

⁶¹¹ Casos de terrorismo, cuando la medida sea urgente e imprescindible, mediante aprobación del Ministro del Interior.

⁶¹² De conformidad con la Ley de Cooperación en la materia.

⁶¹³ Arts. 588 ter 1.1 y ter 1.2. LECrim.

⁶¹⁴ Art. 588 ter m. LECrim.

⁶¹⁵ Art. 588 bis I en relación con el 579 bis LECrim.

muy probablemente sin su conocimiento sobre la cuestión. Cabe recordar, al respecto de este particular supuesto, que la jurisprudencia apoya la posibilidad de cuestionar la licitud de lo actuado en otros procesos, al tratarse de injerencias adoptadas en ellos⁶¹⁶.

4.1. Detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica.

Regulada en un nuevo artículo 579, se ha optado por acotar de manera clara el ámbito material de aplicación, así como se ha provisto de plazos máximos de duración y las excepciones a que pudiera estar sujeta la autorización judicial de aplicación de la medida, basada en una robusta jurisprudencia que ha desarrollado tales supuestos. En el caso del primer supuesto, relativo a la acotación del ámbito de aplicación, se ha optado no por la enumeración casuística de los delitos bajo los que se autorizaría la medida, sino por la implementación de requisitos más o menos genéricos, sujetos a distintas limitaciones.

Destaca en relación al tema del presente estudio, la utilización de información obtenida por vía de los llamados “descubrimientos casuales”, concepto originalmente importado del derecho comparado, en específico, del derecho norteamericano donde el término empleado se traduciría más normalmente como *hallazgo inevitable*⁶¹⁷. En este sentido, el art. 579.3 bis regula la continuación de la investigación de un delito que hubiere sido casualmente descubierto en la aplicación de esta medida a un proceso distinto, sujetándola a la autorización del juez, quien deberá comprobar la legalidad de la actuación en la diligencia, así como la imposibilidad de haber solicitado una medida relativa al mismo en el momento en que fue descubierto. La actuación del juez deberá orientarse a encontrar la conexión entre el delito buscado y el casualmente hallado, a efectos de dar vigencia a la persecución de la nueva conducta delictiva⁶¹⁸.

⁶¹⁶ SSTS 44/2013 de 24 de enero y 892/2013 de 27 de noviembre.

⁶¹⁷ La doctrina alemana cuenta con un detallado esquema de organización con respecto a las posibilidades que ocupan a estos hallazgos mediante la doctrina del *Zufallsfunden*, distinguiendo: a) Conocimientos causales sobre hechos delictivos que no son objeto de investigación; b) Implicación de una tercera persona ajena a la investigación; c) Implicación de una tercera persona en un hecho distinto al investigado; d) Conocimientos de un tercero con respecto al hecho investigado, y; e) Conocimientos de un tercero a un hecho distinto al investigado.

⁶¹⁸ MARCO URGELL, Anna. *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas de la ilicitud de la injerencia*. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. 2010, p. 301. En referencia a: ALONSO PÉREZ, Francisco. *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas* y MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto a las comunicaciones*.

4.2. Medidas de investigación tecnológica.

Destaca en este apartado la atención a los principios desarrollados por el TC en materia de determinación de validez del acto de injerencia, sujeto al principio de especialidad. Este límite busca poner freno a toda actividad investigadora, realizada por medios tecnológicos y que pudiera resultar vulneradora de derechos fundamentales reconocidos en la CE, cuando la misma no tenga por objeto la investigación de un delito en concreto, sino que se realice con ánimos prospectivos⁶¹⁹.

Así mismo, las medidas de investigación en este sentido deberán ajustarse a lo establecido por los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad⁶²⁰ y proporcionalidad⁶²¹, mismos que deberán ser considerados en la autorización judicial para su realización.

Por otro lado, se ha optado por mantener los aspectos formales de la solicitud y el contenido de la resolución judicial⁶²², dejando de lado la tendencia que existe en otros países de habilitar la solicitud y autorización por medios electrónicos o informáticos desformalizados, mismos que a la postre resultan en resoluciones y solicitudes argumentadas de manera deficiente y que vulneran las garantías constitucionales.

En contraste con los supuestos de la interceptación de comunicaciones escritas o telegramas, a la determinación del ámbito material se suman aquellos delitos cometidos por medios informáticos u otras tecnologías de información y comunicación, por evidente utilidad de la aplicación de la medida en tales supuestos.

⁶¹⁹ SSTC 26/2010 de 27 de abril, 5/2010 de 7 de abril, 197/2009 de 28 de septiembre y 253/2006 de 11 de septiembre.

⁶²⁰ Siguiendo lo estipulado en la STS 740/2012 de 10 de octubre que establece la expectativa de la no existencia de medidas menos gravosas, también útiles para la investigación a efectos de recabar la prueba necesaria.

⁶²¹ Por considerar que el beneficio al interés general supera el sacrificio del derecho tutelado a efectos de la investigación. SSTC 56/2003 de 24 de marzo, 207/1996 de 16 de diciembre y 70/2002 de 3 de abril.

⁶²² Arts. 588 bis b con respecto a la solicitud de autorización judicial y 588 bis c en atención a la resolución relativa a la medida.

Por último, es notorio el cuidado empeñado en dotar de un completo y amplio margen normativo a la captación y grabación de imágenes y sonido en espacios públicos, tras algunas resoluciones en contra a la aplicación de esta medida por parte del TC⁶²³, situación que permite suponer que, en un futuro, esta medida se verá reforzada con la creación de jurisprudencia *ad hoc*, que evalúe no sólo la pertinencia, sino la utilidad de la práctica, dejando de lado, como hasta ahora, el carácter altamente riesgoso de la misma en las investigaciones de carácter prospectivo.

⁶²³ *Vid:* Como ejemplo de las resoluciones en este sentido la STC 145/2014 de 22 de septiembre, en la que el TC estima la existencia de vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones ante una grabación realizada sin autorización judicial de conversaciones mantenidas en dependencias policiales.

Capítulo tercero. La regla de exclusión de la prueba ilícita en México.

I. Introducción.

Dado que el presente estudio está dirigido al público español, este apartado comienza por un recorrido histórico que realiza un recuento del desarrollo jurídico mexicano en materia del proceso penal, mismo que busca, no sólo informar al lector, sino destacar la proximidad que dicho desarrollo guarda, desde sus inicios, con el ámbito jurídico español. A su vez, se espera que esta exposición rinda cuenta de la organización y funciones que guarda la legislación en materia penal y procesal penal en el país, así como la compleja construcción del texto constitucional, estrechamente vinculado al desarrollo del proceso penal y encargado de dar vigencia a los derechos y garantías que cobran relevancia en el mismo. Esta exposición también aborda la descripción, por demás sucinta, de las principales figuras que participan del proceso penal mexicano, con especial énfasis en la organización del Poder Judicial de la Federación, así como de la jurisprudencia que este emite y, por otro lado, de la figura del Ministerio Público, institución similar al Ministerio Fiscal español, pero que guarda trascendentales diferencias, dado el accidentado desarrollo de la figura en el ámbito mexicano.

En los apartados subsecuentes y, siguiendo el modelo impuesto por el estudio de la regla de exclusión en el sistema jurídico español, nos avocamos al recuento de los antecedentes de la regulación en el sistema mexicano, partiendo de la reforma al sistema procesal penal, producto de la oleada de reformas que en este sentido han sucedido en América Latina desde hace ya varias décadas. Este análisis propone énfasis en dos elementos de la mayor trascendencia, por una parte se analizan los casos más relevantes de las últimas décadas en relación con la materia, mismos que se estima, han jugado un papel clave en el desarrollo de la interpretación que debe hacerse de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema mexicano. Por otro lado, el estudio de la normatividad desarrollada a efectos de regular el contenido de la regla de exclusión, partiendo de la interpretación que de la misma se hace en el texto constitucional y que copia, *verbatim*, la definición que de la misma se plasma en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España.

Las secciones siguientes tratarán con los problemas que dicha importación implica, dada la disímil construcción del actual sistema jurídico mexicano, además de la consideración que impone la construcción de una regla de exclusión a nivel

constitucional, así como la apresurada aplicación de la misma, situación que ha tomado por sorpresa a la doctrina y jurisprudencia mexicana, que desesperadamente buscan ponerse al día. Para esto, servirá como ejemplo la desarrollada jurisprudencia y la entendida doctrina españolas, las cuales han tenido ya ocasión de desarrollar dicha regla y sus alcances, con sus particularidades y consideraciones propias, abordadas en el apartado correspondiente.

II. Introducción al proceso penal mexicano.

1. Breve síntesis histórica del desarrollo del Derecho Procesal Penal en México.

En este apartado, hemos optado por realizar un recorrido por los distintos niveles normativos que han representado el desarrollo del proceso penal en el ámbito mexicano. Se parte, necesariamente, y dada la intrincada configuración del ordenamiento legal mexicano, del texto constitucional, siendo este el que, desde su promulgación en 1917 y, siguiendo el modelo impuesto por la Constitución de 1857, sienta las bases tanto para la organización del aparato de justicia del Estado mexicano, como para el reconocimiento de los derechos y garantías relativos al proceso así como el desarrollo básico del mismo bajo el modelo denominado inquisitivo mixto.

1.1. Antecedentes a nivel Constitucional.

La evolución de las disciplinas del Derecho que guían y desarrollan el proceso penal en México es una historia llena de interesantes sucesos, consecuencia de los diversos movimientos sociales y políticos del país, así como un reflejo de la realidad que en los distintos momentos de la historia ha perfilado la creación de un sistema jurídico con influencias tan variadas como el Derecho Español, el Norteamericano y el Francés. Dicha influencia, sin lugar a dudas, ha marcado la tendencia del sistema penal mexicano a lo largo de tres siglos. Esta evolución sólo es entendible a partir de una exposición histórica y analítica de los distintos momentos y leyes que han contribuido a situar al sistema en su realidad actual.

Aún y cuando no existe un consenso doctrinal sobre la organización que debiera darse a tal relato, existen dos momentos muy claros. Debemos considerar en primer lugar que es en la época colonial cuando se marca el inicio de la tradición

jurídica mexicana, en tanto la aportación rendida por el universo legal ibérico proporcionó bases para la administración y organización del territorio denominado entonces como Nueva España, siendo que dicho aparato legal continuaría en funciones aún agotada la relación colonial mediante la Independencia. Los antecedentes prehispánicos, aunque de gran interés y gran calidad, escapan al presente relato, tanto sus aportaciones son de casi imposible reconocimiento en la actualidad. Por tanto, en un segundo momento, ubicamos el génesis de la tradición legal mexicana moderna, heredera de la riqueza jurídica española y fortalecida con la práctica jurídica derivada de la fundación de un país libre, alcanzada mediante el movimiento de independencia iniciado en 1810.

Los primeros días de la Nación Mexicana vieron la conservación de la legislación heredada de la Colonia, en tanto no existía aún un verdadero derecho mexicano y la naturaleza conflictiva de los primeros años de vida independiente veían obstaculizados los esfuerzos, no sólo de legislación, sino también de aplicación efectiva de las distintas normas y legislaciones que se veían promulgadas por diversos partícipes en el proceso de independencia, el cual aún tras 1821 con la consumación de esta, al librarse el territorio de manera efectiva del dominio español, continuaba latente en diversos conflictos armados a lo largo del país y, de forma especial, en los procesos de establecimiento y definición de los nuevos poderes políticos. Entre las legislaciones más relevantes que vieron continuada su aplicación en el territorio mexicano, encontramos la Novísima Recopilación y las Siete Partidas⁶²⁴.

Heredado de la época colonial, también eran de común invocación diversas legislaciones construidas en específico para el territorio de la Nueva España, las cuales recibían el nombre de Ordenanzas, así como aquellas cuya aplicación correspondía también a otros territorios de la América Española, como la Recopilación de Indias.

Como dato digno de mención, los diversos conflictos políticos y sociales que acompañaron a México durante el siglo que transcurrió desde su Independencia hasta la Revolución, e incluso los años que siguieron a esta hasta alcanzar la paz, tuvieron como consecuencia la continuada aplicación de este legado normativo hasta bien entrado el siglo XX. En materia penal, siendo el principal tema que nos

⁶²⁴ También se reconoce la aplicación de otra legislación, como fue el Fuero Juzgo y las Ordenanzas de Bilbao.

ocupa, COSSÍO⁶²⁵ identifica la aplicación de legislación peninsular y colonial en la resolución de diversos asuntos del orden penal en casos conocidos por la Suprema Corte entre 1895 y 1908, donde fue de común aplicación legislación como la *Novísima Recopilación* e incluso legislación y tratados monográficos de derecho francés.

A efectos de hilar la explicación de la evolución en la materia, parece importante comentar tanto los ordenamientos que estructuraron el aparato de justicia en el país, como aquellas legislaciones relacionadas a la materia, tanto a nivel sustantivo como adjetivo, así como las redacciones constitucionales de los siglos XVII y XVIII, las cuales tradicionalmente han incluido diversas garantías relativas al derecho penal.

La Constitución de Apatzingán (1814) organizó por vez primera al poder judicial mexicano, colocando en la cúspide al Supremo Tribunal de Justicia (arts. 181 y ss.). En 1821 sin embargo, el Plan de Iguala restauraba la Constitución de Cádiz como norma suprema y dejaba sin vigencia dichas disposiciones⁶²⁶. Tras el desconocimiento del Emperador Iturbide, en 1824 ven la luz el Acta Constitutiva de la Federación y una nueva Constitución, documentos que crean la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Suprema Corte inicia funciones hacia diciembre de 1824 y organiza el poder judicial federal en Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito. Apunta OÑATE que dicha organización siguió los patrones norteamericanos de organización jurisdiccional, asentando la inamovilidad judicial y la designación por medio del poder legislativo. Mientras que las instituciones políticas y jurídicas se estructuraron con base en el derecho peninsular, ya conocido dentro del territorio y con otros ejemplos de la Europa occidental⁶²⁷.

⁶²⁵ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *La Sustanciación de los Procesos Penales Federales con Anterioridad al Código de 1908*. Revista Mexicana de Historia del Derecho. Vol. XXVII, Segunda Época. Enero – Junio 2013, pp. 154-155.

⁶²⁶ Señala CRUZ BARNEY que durante el Primer Imperio Mexicano se llevaron a cabo tareas destinadas a la elaboración de diversa legislación y codificación, entre la que, desde luego, se encontraba la manufactura de un Código Penal – esto sobre 1822 – y la cual no fue posible concretar, por lo que se legisló en materia penal mediante disposiciones. *Vid*: CRUZ BARNEY, Óscar. *Influencias del Código Penal de Martínez de Castro en la Codificación Penal Mexicana*. Revista Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Número 17. 2011, p. 99.

⁶²⁷ OÑATE LABORDE, Santiago. *Evolución del Derecho Procesal Mexicano. Antecedentes, Desarrollo Histórico, Problemas Centrales y Soluciones*. En: LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. III: Derecho Procesal. UNAM. 1978.

Tras la promulgación de la constitución de 1824 se hizo necesario, a través de la *Ley que para el arreglo de la administración de justicia* de 1837, permitir la aplicación de la legislación que regía en la nación antes de la Constitución de 1824 en todo lo que no se opusiera a esta, a efectos de contar con leyes que sirvieran como fundamento para los procesos tanto en orden civil como penal.

La Constitución de 1824 necesariamente debió de permitir la continuidad en la aplicación de las leyes peninsulares y aquellas promulgadas en la época colonial, puesto que la corta vida del país desde su independencia y la intervención del Primer Imperio Mexicano de Iturbide dificultó los procesos de establecimiento de un poder legislativo capaz de abordar la elaboración de la legislación necesaria para organizar, ya no sólo la materia penal, sino cuestiones como el comercio y la propia organización política del Estado Mexicano. Esta continuidad en la dependencia de la legislación extranjera denota la falta de desarrollo que caracterizó al derecho penal mexicano en el periodo ya señalado, sin que esto signifique la falta de producción normativa, sino más bien, la particular aplicación que de esta se hizo en determinados territorios y de la imposibilidad de aplicarla de manera equitativa en el territorio mexicano.

Lo que sí logró la Constitución de 1824 fue organizar y dotar de estructura al Poder Judicial, a quien le dedicó bajo el título V la organización de la entonces llamada Corte Suprema de Justicia,⁶²⁸ así como de los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distrito, a quienes encomendó la tramitación de las causas criminales. En el caso específico de esta norma constitucional, la intervención en materia penal fue mínima, estableciendo únicamente algunas prohibiciones y principios de carácter general.

Para la Constitución de 1857, proclamada como resultado de la superación del régimen de gobierno del Gral. Antonio López de Santa Anna y tras un periodo que se caracterizó por una agitada vida política y social en México, se incorporó mayor contenido relacionado al ámbito criminal, prohibiendo por fin la pena de muerte y otorgando garantías con respecto a los derechos del acusado, vedando además

⁶²⁸ La creación del Máximo Tribunal del País sin embargo, puede localizarse en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814 (también conocido como Constitución de Apatzingán), en el cual se le denominó Supremo Tribunal de Justicia.

penas consideradas bárbaras, tales como la de mutilación, azotes y tormentos. Es también este texto donde comienza su historia la figura del Amparo⁶²⁹.

Por cuanto hace al contenido en materia penal, las garantías que acompañaban al derecho penal y al proceso penal en general se ubicaban dentro de los artículos 6º, y del 13 al 24. Entre las principales disposiciones referidas a garantías penales y procesales penales, se pueden ubicar las siguientes: Prohibición de ser juzgado por tribunales especiales, prohibición de la retroactividad de la ley penal, la expresión del principio de legalidad, la gratuidad de la justicia, prohibición expresa de la prisión por deudas, la organización de la prisión preventiva y la detención, el principio de judicialidad, la prohibición de penas consistentes en azotes, tormentos, mutilación, entre otras y una disposición orientada a la eventual abolición de la pena de muerte (la cual sin embargo se conservó para ciertos delitos). Así como también cabe incluir en el presente recuento, el catálogo de garantías procesales ubicado en el artículo 20 (medianamente conservado para la Constitución de 1917), entre los que destacan: la obligación de informar al acusado sobre el motivo del procedimiento, la toma de la declaración preparatoria en un plazo no mayor a 48 horas, la facultad de solicitar el careo con testigos que le acusen, facilitarle datos para ejercer su defensa y en si, el derecho a una defensa durante el proceso.

Otro dato interesante con respecto a la Constitución de 1857 es que, dentro del proyecto de redacción, en específico dentro del numeral 27, se establecía expresamente el principio acusatorio⁶³⁰. Sin embargo al momento de la votación permaneció la prerrogativa de proceder penalmente de oficio estableciendo *de facto* un sistema mixto. Caracterizado predominantemente por la división de la función de acusar, ubicada en el Ministerio Público y la función de adjudicación del órgano judicial y reflejada en la tendencia inquisitiva de la etapa de preinstrucción y las características acusatorias representadas en la fase de juicio, de carácter oral (aunque posteriores reformas y el contenido de las normas adjetivas darían un brusco viraje hacia la tendencia del proceso predominantemente escrito y la

⁶²⁹ Específicamente en sus artículos 101 y 102, pensado en su noción original por sus padres, Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, como: *“Un procedimiento sencillo y breve para tutelar d manera específica los derechos individuales”*. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1993, p. 7.

⁶³⁰ La fórmula contenida en dicho proyecto se expresaba de la siguiente manera: *A todo procedimiento del orden criminal debe proceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del ministerio público que sostenga los derechos de la sociedad.*

preeminencia de la investigación reunida en el expediente, conocido como *averiguación previa*).

Mención aparte requiere el contenido relativo al enjuiciamiento penal según fue plasmado en el texto constitucional de 1917, principalmente por 2 razones: En primer lugar la inclusión en el texto original, por parte del Constituyente, de diversas disposiciones que estructuraban un importante número de garantías dentro del proceso penal. Esta práctica, en común a lo que había sucedido con la Carta Magna de 1857, situó a rango de norma constitucional principios del proceso penal, que resultaron contenidos en diversos artículos del ordenamiento. En segundo término, tal como señalan ISLAS Y RAMÍREZ, la Constitución de 1917 jugó un papel sumamente importante en la configuración del sistema penal mexicano, en tanto “institucionalizó sus tres aspectos: sustantivo, adjetivo y ejecutivo”⁶³¹. Destaca, como testimonio de vital importancia, el mensaje que Venustiano Carranza, Jefe del ejército constitucionalista, envió al Constituyente de Querétaro con motivo de la redacción del artículo 21 de la Constitución, en el que se deslindaba la actividad que habría de realizar, como órgano de investigación, el MP, de la actividad encomendada al juzgador⁶³², como resultado de los ya

⁶³¹ Los autores se refieren al contenido de la norma Constitucional que establece los parámetros para la construcción de la legislación penal, dirigidos al legislador ordinario, el diseño y estructura propuesto y planteado para el proceso penal mexicano – el cual, curiosamente, los autores identifican con el principio acusatorio – y, por último, la existencia de previsiones, en el ramo ejecutivo, para la organización y fundamentos de la readaptación del delincuente. ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*. Editorial Porrúa. México. 1979, pp. 19.

⁶³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Ministerio Público*. En: *El Ministerio Público en el Distrito Federal*. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: E, Núm. 84, México. 1997, p. 4.

expuestos excesos en que se incurrió, por parte de los órganos jurisdiccionales, durante el régimen de Porfirio Díaz⁶³³.

Resultado de la posición adoptada por el propio Carranza y, en mayor medida, transmitida al Constituyente, el artículo 21 sentó las bases para monopolizar la acción penal bajo la figura del Ministerio Público, siendo también este órgano el encargado de investigar el delito e integrar la averiguación como un archivo histórico de dicha actividad convirtiendo, de manera inadvertida, a este en el centro del proceso. Por otro lado, el texto constitucional también dejó abierta la puerta a la institución del jurado, cuyo declive en aplicación dentro del sistema de justicia se daría algunos años después. Cabe también considerar que la Reforma Constitucional en Materia de Seguridad y Justicia del 18 de junio de 2008, misma que estableció el cambio al sistema procesal penal acusatorio se estructuró sobre el contenido y vigencia de la Constitución de 1917.

⁶³³ Al respecto, señalaba el propio Carranza: *Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.*

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza, las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular.

Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.

La extensión de la reforma de 2008 es tal que modifica por completo el paradigma del sistema penal mexicano. Tocando hasta 22 temas distintos, entre los que se encuentran:⁶³⁴

- 1) Introducción de un modelo de proceso penal acusatorio y de corte garantísta.
- 2) La desaparición del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.
- 3) La posibilidad de aplicar medidas cautelares diversas a la prisión preventiva.
- 4) Ampliación de los derechos del inculcado y el reconocimiento expreso de la presunción de inocencia.
- 5) Ampliación de los derechos de la víctima y el ofendido y la capacidad de recurrir las decisiones jurisdiccionales que estime contrarias a sus pretensiones.
- 6) Modificación del esquema de aportación y valoración de la prueba.
- 7) Constitucionalización de la aplicación de los principios de oportunidad.
- 8) Creación de la figura del Juez de Control de garantías.
- 9) Modificación del régimen de ejecución de sanciones penales y la creación de la figura del Juez de Ejecución.
- 10) Creación y aplicación del modelo de Justicia Alternativa.
- 11) Ámbito de justicia especial para casos de delincuencia organizada y constitucionalización del arraigo.
- 12) Modificación del sistema de recursos dentro del proceso penal.
- 13) Principio de proporcionalidad de la pena.

La materialización de la reforma de 2008 se dio gracias a la integración de 11 iniciativas distintas, que terminaron por modificar los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 (fracciones XX y XXIII, 115 (fracción VI) y 123 (apartado B, fracción XIII) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Curiosamente estas distintas iniciativas partieron, no de un consenso nacional, sino de la presión social, ejercida por un colectivo denominado PRODERECHO, encargados de publicitar el esfuerzo del colectivo que, con el apoyo de distintas

⁶³⁴ ÍSLAS COLÍN, Alfredo. *Las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia del Sistema de Justicia Penal* (Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008). Derechos Humanos en México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Año 3, número 9. 2008, pp. 71 – 72.

agencias norteamericanas⁶³⁵, había estado involucrado en las reformas en los demás países de Latinoamérica.

Esta tendencia de modificación del esquema procesal parte, tal como explica LANGER, de una serie de problemas comunes a todos los países involucrados (alza en los índices de criminalidad, deseo de combate a la corrupción en las instituciones de procuración e impartición de justicia, rezago en materia judicial, entre otras) y que encontró respuesta en el movimiento iniciado en 1939, en Argentina, por los profesores Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler⁶³⁶.

El resultado de dicha reforma se puede simplificar en los siguientes puntos: Primero, se construye un sistema penal de corte acusatorio, bajo la idea de la necesidad de equilibrar las facultades del Ministerio Público y los derechos de la defensa, así como permitir la participación de la víctima en el proceso o el ejercicio de la acción penal particular. Se migra a un esquema de proceso mediante audiencias, donde las partes llevan el control en atención al principio de libre disposición y actúan directamente frente al órgano jurisdiccional, en un escenario en el cual debe prevalecer la publicidad y la inmediación. Se modifican las reglas de valoración de la prueba para ajustarse a la realidad del proceso, donde la contradicción permite a ambas partes presentar los datos de prueba relevantes y al juez obtener la información relevante para formar su convicción.

1.2. Codificación en materia penal.

Los primeros esfuerzos legislativos en materia penal, consecuencia del movimiento codificador revigorizado en Francia en 1804 con el Código Civil napoleónico, vieron la luz en el Estado de Veracruz, quien en 1835 promulgó el primer Código Penal para un Estado de la República, al cual siguieron otras entidades.

Estos iniciales arrojos parlamentarios, generados de manera aislada en los estados integrantes del país no llegaron a tener eco a nivel federal, donde para 1838 se seguía aplicando el derecho contenido en las Siete Partidas y otros cuerpos normativos coloniales.

⁶³⁵ Como USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo) o DOJ (Departamento de Justicia).

⁶³⁶ LANGER, Máximo, Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. American Journal of Comparative Law, Vol. 55, UCLA School of Law Research Paper No. 07-22. 2007, pp. 617 - 676.

La estabilidad al régimen jurídico que trajo la expedición de la Constitución de 1857⁶³⁷ y los eventuales avances que esto pudiera haber significado para la codificación penal mexicana, representados entre otros, por la comisión designada en 1862 para la redacción de un proyecto de Código Penal, se vieron interrumpidos por la intervención francesa, que derivó en el Segundo Imperio Mexicano entre 1863 y 1867. Durante este periodo, bajo el gobierno del Príncipe Austriaco Maximiliano de Habsburgo, se impulsó la redacción de un Código Penal para el País, con la aplicación temporal del Código Penal Francés en tanto se lograba el objetivo.⁶³⁸

El siguiente paso vino de la mano de la expedición de la llamada Ley de Jurados en materia Criminal para el Distrito Federal de 1869⁶³⁹, ordenamiento que reunía lo relativo a la investigación del delito, el proceso penal y la sentencia por su comisión. También sirvió este instrumento para organizar la implementación del

⁶³⁷ En este texto constitucional ya se había intentado introducir regulación orientada al proceso penal, en tanto se reconocía, por ejemplo el derecho a hacerse asistir por un defensor, la regulación de la prisión preventiva, así como la adopción del principio de legalidad, entre otras disposiciones relevantes. CRUZ BARNEY identifica contenido relevante para la materia penal en los artículos 13 a 24. *Vid:* CRUZ BARNEY, Óscar. *Influencias del Código Penal de Martínez de Castro en la Codificación Penal Mexicana*. Revista Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Número 17. 2011, p. 103.

⁶³⁸ Según CASTELLANOS TENA, el Dr. Luis Garrido señalaba que el Código Penal Francés si tuvo aplicación en México, mientras que DÍAZ DE LEÓN, en su obra relativa a la Historia del Derecho Penal y Procesal Penal en México, afirma que el esfuerzo no fraguó. En tiempos más recientes, CRUZ BARNEY afirma que tanto el Código de Instrucción Criminal (1808) y el Código Penal (1810) franceses – traducidos al castellano – fueron de aplicación en el país. *Vid:* CASTELLANOS TENA, Fernando. *Síntesis del derecho penal. Historia*. En: AAVV. *Panorama de Derecho Mexicano*. T. I. UNAM. 1965, p. 318; CRUZ BARNEY, Óscar. *Influencias del Código Penal de Martínez de Castro en la Codificación Penal Mexicana*. Revista Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Número 17. 2011, pp. 102 – 103.

⁶³⁹ Este ordenamiento proveyó, al fin, de un instrumento de orden procesal al derecho mexicano, cabe señalar también que el mismo se adelantó a la adopción de la figura del jurado en España por al menos 3 años, considerándose como el instrumento legal que dio la introducción de la figura al orden jurídico español como la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872. Tal como lo apunta: GARZÓN, Adela. *El Jurado en las Democracias Actuales*. Psicología y Jurados. 1989, p. 10.

jurado en el proceso penal mexicano⁶⁴⁰ (basado en la tradición norteamericana) y de los promotores fiscales como órganos directamente facultados para ejercitar la acción penal independientemente del agraviado, sentando con ello las bases para que la legislación de 1880 implantara, de forma definitiva, al *Ministerio Público* como órgano acusador; en contra incluso, de las ideas al respecto expresadas por el constituyente de 1857⁶⁴¹, mismas que sufrieron nuevamente un embate cuando, en 1865, se expidió la Ley para la Organización del Ministerio Público.

En 1868, una vez superado el periodo de la intervención y el Segundo Imperio, se formó una nueva comisión, presidida por Antonio Martínez de Castro, liderazgo que valió que el Código resultante se conociera como Código Martínez de Castro. Tomando como modelo de inspiración el Código Penal español de 1870⁶⁴², fundó su construcción en los postulados de la escuela clásica.⁶⁴³ Se promulgó en 1871

⁶⁴⁰ Durante las discusiones relativas a la construcción del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, en 1856, se abordó en reiteradas oportunidades la discusión relativa a la inclusión de la figura del Jurado Popular, mismo que acabó por colarse en el artículo 24 de dicho proyecto – aunque este luego fuera reprobado en votación –, entre los opositores más destacados de dicha figura podemos encontrar a Ignacio Vallarta. *Vid:* ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*. Editorial Porrúa. México. 1979, pp. 89-91. Como dato de interés cabe señalar que, la institución del jurado en México, se encuentra aún presente en el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, mismo que contempla un apartado relativo al procedimiento ante jurado popular, dicha legislación se encuentra aún vigente a nivel federal en tanto se concrete la transición a la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014. Sin embargo la figura del jurado cayó en desuso en México hacia finales de 1929, donde el llamado caso “Miss México” terminó con la confianza que se tenía en el buen funcionamiento de la figura. *Vid:* <http://escritoconsangre1.blogspot.com.es/2014/02/maria-teresa-landa-miss-mexico.html>

⁶⁴¹ OÑATE LABORDE, Santiago. *Evolución del Derecho Procesal Mexicano. Antecedentes, Desarrollo Histórico, Problemas Centrales y Soluciones*. En: LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. III: Derecho Procesal. UNAM. 1978. El autor señala que incluso, durante algún tiempo coexistieron los promotores fiscales y el Ministerio Público. *Vid.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Síntesis del Derecho Procesal*. En: LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. II: Derecho Procesal. UNAM. 1978. p. 167 y ss.

⁶⁴² Reformado a partir de los textos de 1848 y 1850 (que consistió en una revisión del de 1848), dado que la Constitución de 1869 obligó a la reforma del Código Penal, publicado en junio de 1870, mismo que luego se vio corregido ni bien entrado el año de 1871, año en que se publicó su contraparte mexicana. *Vid:* IÑESTA PASTOR, Emilia. *La Proyección Hispanoamericana del Código Penal Español de 1848*. Actas y Estudios del XIII Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano. GONZÁLEZ VALES, Luis E. (Coord.) Vol. 2. 2003, pp. 493 – 520. Así como: ONECA; José Antón. *El Código Penal de 1870*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 23.2. 1979, pp. 229-252. El propio Martínez de Castro identifica, en la exposición de motivos que antecede al Código, la influencia de muchas más legislaciones de diversos países y territorios como: Francia, Bélgica, Portugal, Baviera, Prusia, Luisiana, el propio Código Civil de Veracruz, entre otros. Así como diversos tratados por autores como Ortolán, Mittermaier, Bentham, Tocqueville y otros.

⁶⁴³ Tal como afirma CARRANCÁ Y TRUJILLO, al señalar “*La fundamentación clásica del Código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (artículo 48)*”. *Vid:* CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Martínez de Castro y el Código Penal de 1871*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo VIII, Número 31. 1946, p. 214.

para ser aplicado en el Distrito Federal y el territorio de Baja California en materia común y para el resto de la República en materia Federal. Su influencia fue tan amplia que, para 1885 ya había sido adoptado por todas las entidades de la República para su aplicación a nivel local – con modificaciones o no –, con excepción de: Veracruz, Guanajuato y Michoacán.⁶⁴⁴

Es por tanto el año de 1871 el que marca época en que se inicia la “codificación” del derecho mexicano. Dicho instrumento, promulgado bajo la petición expresa del Presidente Juárez, es considerado por algunos autores como el documento más importante en materia penal del México del siglo XIX. Se trató de un documento sólido y extenso (1,152 artículos), que vio sus primeras modificaciones bajo el régimen porfirista. Su eventual reemplazo quedó en el tintero, puesto que para su fecha de elaboración (1912), la revolución había dejado sin bases al régimen, por lo que su vigencia se extendió hasta 1929. Destaca la magnitud de la regulación en cuanto hace a los temas importantes del periodo, tal como el duelo, regulado en el Código en su título segundo, capítulo IX⁶⁴⁵ y que en México incluso tuvo intención de ser regulado mediante un Código Nacional Mexicano del Duelo⁶⁴⁶, elaborado por Antonio Tovar hacia 1891, mismo que no prosperó. Esta figura aún se encuentra en el Código Penal Federal (de 1931) en los artículos 297 y 308.⁶⁴⁷

Este código a juicio de muchos autores, denotaba una falta de concordancia con la Constitución de 1857⁶⁴⁸, en tanto continuaba contemplando la pena de muerte (condenada a su vez a su desaplicación eventual en la Constitución ya

⁶⁴⁴ CRUZ BARNEY, Óscar. *Influencias del Código Penal de Martínez de Castro en la Codificación Penal Mexicana*. Revista Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Número 17. 2011, pp. 108 – 109.

⁶⁴⁵ Con gran influencia de Mittermaier y sus publicaciones al respecto. *Vid:* CRUZ BARNEY, Óscar. *Influencias del Código Penal de Martínez de Castro en la Codificación Penal Mexicana*. Revista Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Número 17. 2011, p. 104.

⁶⁴⁶ El texto del código en cuestión se encuentra fue consultado el 15 de noviembre de 2015 y se encuentra disponible en: <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097328/1080097328.html>

⁶⁴⁷ Para una visión más profunda acerca del duelo en México, consultar: “El honor mancillado: Un código de duelo para México” por Luis I. Sánchez Rojas. Visitado en fecha: 18 de noviembre de 2015 y disponible en: <https://facetashistoricas.wordpress.com/2011/11/07/el-honor-mancillado-un-codigo-de-duelo-para-mxico/>

⁶⁴⁸ *Vid:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Las garantías penales en la Constitución de 1857, en perspectiva juiscomparatista*. En: Entre libertad y castigo: Dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz. CAMPOS DOMÍNGUEZ, Fernando Gerardo (Coord.) UNAM. 2011, p. 878.

mencionada, donde se dejó de utilizar salvo para casos específicos), argumentando la falta de un sistema penitenciario adecuado.⁶⁴⁹

El siguiente producto de la evolución legislativa en la materia lo comprende el Código de 1929 – conocido como código Almaraz – que rigió tan sólo hasta 1931. La explicación de la prontitud con la cual se debió preparar este ordenamiento obedece a la adopción, en 1917 de la nueva Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, producto derivado de los ideales revolucionarios, que identificaban como incompatible la permanencia de legislación del régimen anterior al renovado Estado Mexicano. Su corta duración se debió en gran medida a numerosas contradicciones y defectos en su redacción. Orientado sobre los principios de la escuela positiva, suprimió la aplicación de la pena de muerte⁶⁵⁰ y estableció mínimos y máximos para la aplicación de sanciones en cada delito. El mal recibimiento que acompañó a este texto valió que se vería reemplazado hacia 1931 con la redacción del Código Penal Federal aún vigente, en tanto los intentos de reforma a dicho ordenamiento que se sucedieron en 1949, 1958, 1963 y 1984 no tuvieron éxito.⁶⁵¹

El Código penal de 1931, llamado originalmente Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero federal, de tendencia ecléctica y pragmática obtuvo parte de su inspiración en sus antecesores de 1871 y 1929, aunque es notoria también la influencia y orientación que brindó el código español de 1928.⁶⁵² A lo largo de su longeva existencia, ha

⁶⁴⁹ El defensor de dicha permanencia fue el propio Martínez de Castro, según consta en los registros de los debates del Constituyente de la época.

⁶⁵⁰ En un principio, la propia Constitución de 1917, continuaba la fórmula impuesta en su texto predecesor de 1857, donde la pena de muerte seguía vigente con aplicación reservada a casos de traición a la Patria, guerra extranjera, parricidio, homicidio con agravantes, piratería y otros supuestos contenidos en su artículo 22. Por tanto, al referirse a que el Código suprimió la aplicación se hace referencia a que omitió incluir dicha sanción como pena a alguno de los supuestos sustantivos contenidos en su redacción, siendo en dicho supuesto la pena de muerte permitida pero inaplicable en el México de la época.

⁶⁵¹ Cabe mencionar la polémica suscitada en torno a la promulgación en 2014 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que un grupo importante de académicos y líderes políticos y sociales se pronunció por la unificación de la legislación punitiva a nivel nacional, situación que no ocurrió.

⁶⁵² Texto a menudo criticado por su excesivo rigor punitivo, al incluir como sanción la pena de muerte en un número mayor de supuestos a su antecesor de 1870, así como por dar prioridad al llamado principio de autoridad y facultad de interpretación de los tribunales, entre otros elementos de corte autoritario que acompañaron su redacción, consecuencia de la dictadura de Primo de Rivera en la península. Sin embargo, también se estima contenía elementos novedosos, como la aplicación de las llamadas medidas de seguridad.

sido sujeto a más de 700 reformas.⁶⁵³ Este ordenamiento fue reemplazado en el Distrito Federal con la emisión del Código Penal para el Distrito Federal hasta 1999, continuando su aplicación en el ámbito federal hasta la fecha.

1.3. Codificación en materia procesal penal.

Por cuanto hace a la evolución del derecho procesal en materia penal, fue hacia 1880, bajo la presidencia de Porfirio Díaz, que se promulga el primer código de procedimientos penales mexicano, llamado Código de Procedimientos penales del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California, mismo que adopta el sistema mixto de enjuiciamiento a la vez que consagra algunos derechos fundamentales para el acusado, tales como el derecho de defensa⁶⁵⁴, la inviolabilidad del domicilio y la libertad caucional.⁶⁵⁵ De manera adicional, destaca la incorporación de los principios de oralidad y publicidad del juicio,⁶⁵⁶ así como la inscripción de la figura del jurado como órgano jurisdiccional en materia penal.

Es en este Código que somos testigos del origen de la figura del Ministerio Público como representante de la parte acusadora. Regulado precisamente bajo el rubro del Poder Judicial y como parte integrante de la llamada policía judicial. El Ministerio Público, en su primera fase de existencia en el panorama jurídico mexicano, se encontraba subordinado⁶⁵⁷ a la policía judicial y con ello, al poder judicial.

⁶⁵³ RUÍZ HARRELL, Rafael. *Código Penal Histórico*. México. INACIPE. 2002. 338 pp.

⁶⁵⁴ Derecho que, sin embargo, se encontraba aún con fuertes limitaciones, como el hecho de que la llamada “declaración indagatoria o preparatoria” podía ser realizada sin que mediare la asesoría del defensor y sin informarle al inculpado el delito por el cual se le acusaba. Artículos 160 – 163 del citado ordenamiento.

⁶⁵⁵ OÑATE LABORDE, Santiago. *Evolución del Derecho Procesal Mexicano. Antecedentes, Desarrollo Histórico, Problemas Centrales y Soluciones*. En; LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. III: Derecho Procesal. UNAM. 1978, p. 230.

⁶⁵⁶ RODRÍGUEZ, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México. 2013, p. 206.

⁶⁵⁷ OÑATE utiliza el término subordinado en referencia a la localización bajo la cual se regula la figura, sin embargo, el propio ordenamiento procesal de 1880 señala, en su artículo 29, p. 15, que el Ministerio Público es la figura de la cual dependen todas las demás integrantes de la Policía Judicial, siendo este (quien) *está autorizado para librarles sus órdenes é instrucciones directamente, á fin de que procedan á la averiguación de los delitos y al descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores*.

Al encontrarse considerado el Ministerio Público dentro del rubro de la Policía Judicial, sus funciones correspondían, de manera genérica a: Investigar los delitos, reunir pruebas y descubrir a sus autores, cómplices y encubridores⁶⁵⁸; mientras que de manera específica era este el encargado de coordinar la investigación.

Recordemos que en México, la figura del Jurado operaba ya desde la Ley de Jurados de 1869, fue necesario que, a la expedición del Código de Procedimientos Penales de 1880, necesariamente se abordara el tema, razón por la cual se legisló en torno a dicha figura a través de 3 modificaciones sustanciales:⁶⁵⁹

- a) Constitución y formación del tribunal. Se mejoran los elementos constitutivos, haciéndose que entren en la lista de jurados mayor número y mejor clase de personas; pues dejan de estar exentos la mayoría de los empleados públicos y se exige para ser jurado, contar por lo menos con un peso diario ganado en cualquiera ocupación honesta. Las insaculaciones se hacen de tal modo que hasta el principio de la audiencia para los debates, se pueda saber quiénes son los jurados definitivos, alejándose mucho con este medio la posibilidad de su seducción o soborno.
- b) Disposiciones dirigidas a preparar y ordenar el juicio que se verifique ante los jurados. Se concede amplia libertad para presentar pruebas, con tal que los testigos que adujere en el debate se hallen comprendidos en una lista que con anterioridad produzca, a fin de que la otra parte pueda tomar informes acerca de ellos y tacharlos, o preparar otros testimonios que contraponerles.
- c) Modificaciones relativas al jurado. Incluye todas las que el Código contiene para asegurar que el veredicto final sea la expresión de un juicio honrado y discreto de los que lo pronuncien.

Además, dicho ordenamiento recogía, entre otras disposiciones, la organización de distintos tipos de jueces en razón de reglas de competencia territorial y de cuantía, así como por la gravedad de las penas que pudieran resultar de la imposición de la sanción. Se regulaba el proceso por jurados y se establecían los recursos en contra de las resoluciones que se alcanzaban en dichos procesos. Los procesos penales estructurados bajo esta legislación eran eminentemente de

⁶⁵⁸ Código Procesal Penal para el Distrito Federal y el Territorio de Baja-California. 1880. Capítulo I. Artículo 11.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ, Ricardo. El Procedimiento Penal en México. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México. 2013, p. 216 – 221.

corte inquisitivo, adjetivo atemperado por el apelativo mixto, añadido a la descripción, derivado tanto de las facultades que tenía el juez para la averiguación de la verdad mediante la práctica de diligencias y la recolección de medios de prueba durante la etapa de instrucción, así como las prerrogativas que acompañaban a la víctima u ofendido para participar en la audiencia y ofrecer elementos de prueba. Sin mencionar la transición ocurrida dentro del proceso, donde se pasaba de una etapa de instrucción escrita, justificada como medida de conservación de la secrecía y el carácter oficial de la misma, a una audiencia de juicio eminentemente oral y pública. Entre otros puntos relevantes de dicha legislación, cabe señalar que dentro de la misma se contemplaban, de forma implícita, el principio de presunción de inocencia⁶⁶⁰ y el principio *in dubio pro reo*⁶⁶¹.

En 1894, tras 3 años de elaboración de un proyecto bajo autorización por decreto de 1891, se promulga un nuevo Código Procesal Penal⁶⁶², nuevamente dirigido al Distrito Federal y Territorio de Baja California, dejando sin aplicación al antecesor de 1880. Tratándose en realidad de una reforma al código de 1880, muchos de los cambios principales consistieron en reorganizar el contenido a manera de agrupar elementos relacionados. Entre los puntos relevantes, cabe señalar el mantenimiento del sistema mixto, aunque lo que se considera como la mayor aportación consistió en equilibrar la situación del Ministerio Público frente a la defensa, lo cual significó la amplificación de las facultades de este⁶⁶³, quedando ahora acreditado para investigar el denominado *cuerpo del delito*. Esta eventual inflación de poder que acompañó a la figura del Ministerio Público le valdría su

⁶⁶⁰ Contenido en el artículo 391 al señalar que: “*No puede condenarse al acusado sino cuando se le haya probado que existió el delito y que él lo perpetró.*”

⁶⁶¹ El cual se manifestaba dentro del numeral 392: “*En caso de duda debe absolverse.*”

⁶⁶² Con influencias de Francia, España, Italia, Bélgica, Portugal, Alemania e incluso, Japón.

⁶⁶³ Tendencia irreversible que terminó por facultar al Ministerio Público para presentar ante el Juez una acusación formulada como resultado de la llamada Averiguación Previa, proceso “miniatura” donde el Ministerio Público, aliado al Poder Ejecutivo, envuelto en la secrecía de la investigación, dotado de fe ministerial para integrar diligencias y con un conjunto de otras facultades rayando en la omnipotencia, recababa y desahogaba pruebas ante sí mismo, para presentar sus conclusiones acusatorias al juez, quien libraba la etapa de preinstrucción únicamente ratificando el contenido de dicha averiguación, al tiempo que sometía al acusado a la llamada declaración preparatoria y la – casi – universal medida cautelar de la prisión preventiva.

independencia del Poder Judicial años más tarde,⁶⁶⁴ con la intención de centralizar en el Poder Ejecutivo las facultades de persecución de los delitos, relegando de forma efectiva al ofendido a contar con la única posibilidad de pretender la reparación del daño. Adicionalmente se contemplan ajustes a la reglamentación de la libertad preparatoria y la libertad bajo caución. De igual manera se presentaron modificaciones al régimen de recursos, con cambios a la apelación y la casación, aunado a la inclusión del recurso de revocación y reposición, que ocupa un capítulo nuevo dentro del libro que se ocupa de los recursos. Se implementa además la facultad de que la víctima u ofendido se constituyese como acusador ante la negativa del Ministerio Público de formular la suya propia.

Un tercer código procesal se produjo en 1908. Siendo este el primer ordenamiento procesal de aplicación federal en materia penal.⁶⁶⁵ Fue nuevamente el general Porfirio Díaz quien tomó la iniciativa, al expedir el llamado Código Federal de Procedimientos Penales mediante las autorizaciones para legislar que el Congreso le otorgó el 24 de mayo de 1906 y el 13 de diciembre de 1907. Dicho código fue publicado el 16 de diciembre de 1908 y entró en vigor el 5 de febrero de 1909.

Directamente inspirado en el Código de 1894, al Código de 1908 se le considera , como su mayor aportación, el amplio arbitrio que da al Juzgador en la valoración de las pruebas.⁶⁶⁶ Permanece como norma la naturaleza mixta del sistema, dividiendo la acusación y la investigación entre el Ministerio Público y el Juez.

En 1929, al mismo tiempo que el Código Penal, se expidió el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y los Territorios. De corta vida y desapercibida aplicación, siendo que, nuevamente, y sin que existiera alguna circunstancia especial, en 1931 se expidió el llamado Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, abrogando la ya mencionada legislación de 1929.

⁶⁶⁴ El Ministerio Público se independiza del Poder Judicial en 1903, mediante la promulgación de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal, únicamente para quedar subordinado al Poder Ejecutivo bajo las estructuras contenidas en las Procuradurías, tanto a nivel Federal como Estatal.

⁶⁶⁵ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *La Sustanciación de los Procesos Penales Federales con Anterioridad al Código de 1908*. Revista Mexicana de Historia del Derecho. Vol. XXVII, Segunda Época. Enero – Junio 2013.

⁶⁶⁶ OÑATE LABORDE, Santiago. *Evolución del Derecho Procesal Mexicano. Antecedentes, Desarrollo Histórico, Problemas Centrales y Soluciones*. En; LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. III: Derecho Procesal. UNAM. 1978, p. 231.

Una nueva normativa procesal en materia penal vio la luz en 1934, al publicarse un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, ajustado a la Constitución Política de 1917 y al texto del Código Penal de 1931. Resulta, por demás interesante, la exposición de motivos de dicho Código, pues en la misma se explica, entre las influencias que dieron vida al texto, el sistema acusatorio como fundamento para la redacción del mismo. Sin embargo, se explica en el mismo apartado, que dicha influencia se ve mermada, en tanto la propia CPEUM preveía límites a lo consagrado por el art. 21 de su texto, *atenuando* la aplicación del sistema acusatorio⁶⁶⁷.

Este texto, con sus múltiples reformas continuará en vigor en tanto el Sistema Penal Federal no culmine los casos que se iniciaron de manera previa a la transición al sistema acusatorio ordenada, por la reforma al texto constitucional de 2008 y que inició vigencia el 18 de junio de 2016.

Los intentos de reforma a dicho ordenamiento se sucedieron con mayor interés a partir de 1993, año en que una reforma Constitucional⁶⁶⁸ a los elementos que integraban el injusto penal terminó por modificar la configuración del denominado cuerpo del delito⁶⁶⁹ por los llamados elementos del tipo, mismos que debía acreditar el órgano acusador, situación que causó serios problemas al aparato de justicia mexicano, reflejando la incapacidad de trabajar bajo un esquema regido por la corriente finalista y obligando a retomar el causalismo como corriente

⁶⁶⁷ Exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934: “*Sirvió de base para la redacción del Código el sistema acusatorio y no el inquisitivo, en atención a que aquél es el que está consagrado por el artículo 21 de la Constitución; sin embargo, se conservaron modalidades del antiguo sistema inquisitivo, porque es imposible suprimirlo totalmente; tanto debido a preceptos constitucionales que atenúan el sistema acusatorio, cuanto que llevado al extremo ese sistema, sería perjudicial para la organización misma de los tribunales, pues si bien es cierto que el Ministerio Público, a partir de la Constitución de 17 y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, tiene encomendado, en forma exclusiva, el ejercicio de la acción penal, no es debido restringir la actuación judicial a tal extremo que los jueces tengan sólo como funciones, primero la de dictar autos de formal prisión, y en segundo, la de dictar sentencias.*”

⁶⁶⁸ La reforma al Código Penal siguió al año siguiente (1994).

⁶⁶⁹ En la doctrina mexicana, el término cuerpo del delito puede entenderse en tres sentidos: *Como el hecho objetivo ínsito en cada delito (acción punible abstractamente descrita en cada infracción); como efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración (por ejemplo un cadáver) – Esta acepción ha sido desacreditada reiteradamente en la doctrina y en la jurisprudencia mexicana, sin embargo, en la práctica es común verificar la confusión imperante entre los diversos actores del sistema – y por último como cualquier huella o vestigio de la naturaleza real que se conserve respecto a la acción material. Vid: LUNA CASTRO, José Nieves. El concepto de tipo penal en México (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional). México. Porrúa. 1999, p. 90.*

orientadora de la teoría del delito en el sistema mexicano mediante una reforma en 1999.⁶⁷⁰

Otros intentos procuraron, sin éxito, reemplazar a la legislación que nos ocupa en los años de 1996, 1999, 2000, 2001, 2004 y 2005, mientras que en 2007 se dio inicio a un proceso que culminó en una reforma constitucional, la ya citada reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, obligando a actualizar la legislación en materia procesal penal. Este proceso, llevado primero de manera independiente por parte de los Estados, generó la redacción de un Código para cada entidad, siguiendo la tradición que había operado desde la normalización de la redacción de los Códigos Adjetivos en las entidades, generalmente basados en los aplicables a la materia Federal, mismos que estuvieron en operación desde la reforma de 2008 y hasta la emisión del CNPP⁶⁷¹. Por último, al abordar la necesidad de publicar la normativa a nivel nacional, se decidió que este debería ser construido bajo un criterio unificador, política que ya había fracasado en intentos previos. Esta ocasión el esfuerzo prosperó bajo la figura del denominado Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado el 5 de marzo de 2014.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, instrumento adjetivo de corte acusatorio, abandera la consumación de un argumento recurrente en la doctrina mexicana, referente a la unificación de la legislación procesal criminal en torno a un único instrumento, con aplicación tanto a nivel Federal y Estatal⁶⁷². Este material normativo fue construido a partir de las experiencias de diversas codificaciones estatales y algunos aportes internacionales, reflejo de las experiencias – en muchas ocasiones difíciles – de implementación del modelo acusatorio, siendo la principal justificación de la homologación el facilitar el proceso de transición en cumplimiento de la reforma constitucional.

⁶⁷⁰ Existen autores que niegan este retorno, entre ellos, la autorizada voz del Profesor Enrique Díaz Aranda. Vid: DÍAZ ARANDA, Enrique. *Cuerpo del delito ¿Causalismo o Finalismo?*. En: Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. 2ª. Reimpresión. AAVV, DÍAZ ARANDA (Editor). UNAM 2012, pp. 9 – 37.

⁶⁷¹ Existen dos excepciones a la transición del proceso a un esquema acusatorio bajo la tutela de la reforma Constitucional de 2008, siendo estos Chihuahua y Oaxaca, entidades que iniciaron sus procesos de transición años antes, inspirados por la corriente de reformas en países latinoamericanos a finales de los años noventa.

⁶⁷² El Código en si mismo fue posible sólo gracias a otra reforma Constitucional, aquella que facultó al Congreso de la Unión a expedir, de manera exclusiva, legislación en materia procedimental penal, ubicada en el Art. 73, fracc. XXI, inciso C.

Esta legislación, producto de lo que se consideró en su momento un ambicioso proyecto de renovación de las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia del país, así como del modelo de sistema procesal penal imperante en la realidad mexicana, sigue la línea de lo que han sido las reformas a diversos sistemas penales en países de América Latina, proceso que puede considerarse como formalmente iniciado a partir de dos momentos distintos, según la orientación del lector, en primer lugar con las reformas de 1991 en Argentina con la reforma al sistema federal y 1992 en la provincia de Córdoba (ambas reformas basadas parcialmente en los códigos modelo de 1939 y el de 1986) o, de manera previa con la implementación, en el año de 1994, del Código modelo de 1989, elaborado por Alberto Binder y Julio B.J. Maier, en Guatemala⁶⁷³.

Entre los puntos destacables de la normativa, fuera de la transición al sistema acusatorio, abordada en este texto a partir de la reforma a nivel constitucional, es posible ubicar aquellos relativos a la aplicación del principio de oportunidad, la participación de la víctima y el ofendido en el proceso, la aplicación del principio acusatorio, los supuestos de imposición de límites a los derechos fundamentales derivado de las actuaciones del Ministerio Público y las policías en la investigación de los delitos, así como la reestructuración del proceso, pasando por la construcción del mismo en distintas audiencias, las facultades de las partes para presentar pruebas, las prerrogativas del juzgador para la valoración de estas y los recursos oponibles a las decisiones del aparato jurisdiccional.

De la anterior exposición, cabe destacar la continua aplicación de la legislación heredada del periodo colonial hasta bien entrado el Siglo XX, periodo que, en palabras de OÑATE, vio un enjuiciamiento (tanto penal como civil) en el sistema jurídico mexicano, construido en la última treintena del siglo anterior.⁶⁷⁴ Esta realidad se explica por el turbulento periodo que medió entre la independencia y la revolución, así como el proceso que siguió durante el periodo de fraguado del Estado Mexicano moderno y la imposición de un sistema político que privilegió la institucionalización y la regulación e, incluso bajo este régimen, la actualización de las normas penales se vio relegada a modificaciones y reformas sistemáticas, sin

⁶⁷³ Para un recuento detallado del proceso de implementación de las reformas, *vid*: LANGER, Máximo, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. American Journal of Comparative Law, Vol. 55, UCLA School of Law Research Paper No. 07-22. 2007, pp. 617 - 676.

⁶⁷⁴ OÑATE LABORDE, Santiago. *Evolución del Derecho Procesal Mexicano. Antecedentes, Desarrollo Histórico, Problemas Centrales y Soluciones*. En; LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. III: Derecho Procesal. UNAM. 1978, p. 220.

mayor trascendencia y con miras a mantener el orden y la paz social que habían llegado a tan grande costo.

Producto de dicha herencia, aún y con la innegable influencia que el sistema político norteamericano ha tenido en la construcción de las instituciones mexicanas⁶⁷⁵, se obvió la aplicación de un sistema de justicia basado en la tradición del *common law*, por sentirla ajena a nuestra formación bajo la escuela romano – germánica y la consecuente influencia que el derecho europeo tuvo a lo largo de la historia formativa del país. Lo cual derivó en un sistema penal y procesal penal identificable con el llamado modelo mixto, fortalecido en su aplicación en razón de la particular necesidad de cimentar el poder político del gobierno. Situación que a su vez derivó en la apropiación y reinterpretación de instituciones como el Ministerio Público, caracterizado en México por la dependencia del ejecutivo y la amplia discrecionalidad y facultades relacionadas a su actuación; a la interpretación de un Poder Judicial ligado, al menos en el ámbito penal, a la tarea de corroborar y en muchas ocasiones subsanar la tarea de investigación realizada en sede ministerial; a la falta de aplicación o respeto de garantías, ligada a la incapacidad o desinterés por interpretarlas dentro del ceñido texto constitucional⁶⁷⁶, a la desaparición de instituciones de legitimación democrática en el proceso penal, como denota la caída en desuso de la institución del jurado; entre otras realidades inherentes a la evolución histórica del tema en discusión.

⁶⁷⁵ Tal y como lo apunta OÑATE, *supra*.

⁶⁷⁶ Ejemplo claro: La falta de la incorporación textual, hasta 2008, del principio de presunción de inocencia en el texto constitucional, con su consecuente inaplicación en distintos procesos. Se estima que la incorporación textual del principio se perdió en el ánimo del constituyente después de 1814, con la inaplicación de la Constitución de Apatzingán, puesto que para 1857 se había obviado el contenido en la redacción, situación refleja en el texto de 1917, donde se hizo necesario que, en el año 2002 la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretara que era posible adivinar el principio tras el análisis de diversos artículos de la Carta Magna. *Vid:* Tesis P. XXXVI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

2. El Ministerio Público en México.

2.1 Antecedentes.

Resulta de particular importancia, dado el contexto en el que se desarrolla la investigación elaborar, cuando menos, una breve aproximación a la figura del Ministerio Público en el sistema legal mexicano. Dado que la institución cuenta con una amplia historia, la cual se encuentra repleta de interesantes ejercicios legislativos y políticos, que han incidido de manera contundente en el proceso penal mexicano, debemos centrarnos en el estudio del perfil más relacionado a la materia que nos ocupa, siendo este, las funciones que el Ministerio Público desarrolla en torno al proceso penal y las atribuciones que el mismo guarda en tal papel. A lo largo de su evolución, se ha visto al Ministerio Público desempeñar sus diferentes funciones, con diversos grados de efectividad, siendo este el fundamento para proponer nuevas alteraciones y tareas que la institución debe cumplir. En concordancia con la última gran reforma constitucional en materia del proceso penal, pareciera que la más reciente arquitectura de la institución nos presenta a una figura puramente autóctona, alejada en mayor medida de la tradición francesa que le dio cauce en sus primeros días y cuyas funciones y organización difieren grandemente de la más próxima figura en el ámbito jurídico español.

Con justa razón señala FIX-ZAMUDIO que el “*abordar el tema de la función constitucional del Ministerio Público en México constituye un verdadero desafío*”⁶⁷⁷, ya no sólo por lo controvertido de la institución (según las observaciones del propio autor), si no por la larga y compleja historia y evolución que la propia figura ha tenido desde su implantación definitiva en la Constitución de 1857, considerada esta instancia como la base sobre la cual se ha construido la figura actual⁶⁷⁸. Por tanto, en consideración de la complejidad histórica de las transformaciones que ha sufrido la institución y la utilidad que pretende darse a este apartado, abordaremos únicamente y de manera sucinta, los puntos más relevantes de dicho progreso, con atención únicamente a la organización y funciones más relevantes dentro del proceso y la investigación de los delitos, por

⁶⁷⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, p. 33.

⁶⁷⁸ Siendo el antecedente más remoto la figura del promotor fiscal de la Colonia, como señala: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Ministerio Público*. En: *El Ministerio Público en el Distrito Federal*. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: E, Núm. 84, México. 1997, p. 1.

ser estas las funciones que sirven como mínimo común denominador para las distintas realidades de la figura en diversos ordenamientos jurídicos⁶⁷⁹ .

La denominación de Ministerio Público, de origen francés, se encuentra en uso en México desde las disposiciones revolucionarias de 1790, como resultado de la identificación del modernismo liberal europeo que la independencia buscó implantar en el país⁶⁸⁰, la institución vio su consolidación de manera definitiva en el ideario jurídico mexicano en 1810, con el Código de Instrucción Criminal y la Ley de Organización Judicial⁶⁸¹, siendo utilizada para designar al organismo del Estado, encargado de la investigación de los delitos y del ejercicio de la acción penal. Esta separación de funciones buscaba, en el escenario práctico, independizar la función de acusar del órgano juzgador⁶⁸². Si bien en algunas instancias previas se pretendía la denominación de la institución bajo la denominación de fiscal, de manera similar a la tradición jurídica española⁶⁸³, se entendió que tal designación se centraba más en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado que en la tarea que la ley le encomendaría a la institución, siendo la idea tras el ánimo del legislador, que el término de Ministerio Público “*indica preferencia por la investigación de los delitos y por el ejercicio de la acción penal*”⁶⁸⁴. Así, la denominación de la figura no sólo sirve para distinguir la tradición jurídica que el país construyó tras la independencia, si no también para identificar, de manera más clara, la principal función que se atribuye al Ministerio Público en el modelo mexicano.

⁶⁷⁹ Entiéndase que, desde su concepción, la figura del Ministerio Público en México, al igual que en diversos países, ha contado con una multitud de tareas, algunas muy alejadas de la participación activa en el proceso penal, ya sea como parte o con funciones de investigador, se entiende que, en esta tesitura, no se abordarán funciones ajenas a la materia próxima de la investigación en curso.

⁶⁸⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Ministerio Público*. En: *El Ministerio Público en el Distrito Federal*. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: E, Núm. 84, México. 1997, p. 2.

⁶⁸¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, p. 35 – 36.

⁶⁸² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Ministerio Público*. En: *El Ministerio Público en el Distrito Federal*. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: E, Núm. 84, México. 1997, p. 2.

⁶⁸³ Esta intención se encuentra presente desde los primeros documentos fundamentales, como la llamada *Constitución de Apatzingan* (1814) y la Constitución de 1824. *Vid:* FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, p. 53.

⁶⁸⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, p. 37.

Si bien el modelo que dio origen a la figura está inspirado, como ya se ha señalado, en la tradición jurídica francesa, es factible identificar en su composición elementos de los otros dos sistemas jurídicos que más influencia han tenido en el mexicano (El español y el norteamericano). Dicho esto, es por demás evidente que la ingeniería aplicada a la organización de la figura ha tomado forma propia, siendo que con las reformas de 1900 se separó al Ministerio Público de su adscripción al Poder Judicial, distanciándolo definitivamente del modelo francés, a la vez que le ubicaba bajo la tutela del Ejecutivo. A la par de tan trascendental decisión, se creaba una estructura vertical de control sobre el mismo, institucionalizándolo bajo el cargo del Procurador General de la República⁶⁸⁵ y dotándole de funciones legalmente reguladas con la expedición de la Ley de Organización del Ministerio Público de 1908. Esta transformación pre-revolucionaria, curiosamente, estará orientada en una forma similar a la que, tras la guerra civil en 1910, daría forma a muchas de las instituciones políticas mexicanas, por lo que el modelo siguió vigente en tanto el ánimo revolucionario alimentó el ideario político mexicano, proveyéndole de legitimidad y apego al régimen.

2.2. El desarrollo de la figura del Ministerio Público en México.

En 1917, con la expedición de la nueva Constitución y como reflejo de la realidad política que había traído al país el ánimo de la revolución, se mantuvo la adscripción del Ministerio Público al Ejecutivo. Esta curiosa determinación obedeció, en primer momento, a una medida de control pensada como un mecanismo de desvinculación de lo que, en el pasado, había sido la figura del juez de instrucción imagen sumamente criticada por los excesos en que se habían incurrido en el nombre de la persecución de los delitos en el régimen pre-revolucionario. Como consecuencia de este intento de renovar las tareas de investigación de los delitos y proporcionar de cierta legitimidad, por ahora mayormente agotada, el constituyente de Querétaro optó por otorgar grandes facultades investigadoras al Ministerio Público, situación que, en la práctica, le terminó por restar importancia a los tribunales de instrucción y desequilibró la balanza entre los poderes Ejecutivo y Judicial.

⁶⁸⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, p. 56.

Así, la recién reformada figura del Ministerio Público, con poco tiempo de aplicación y una débil reglamentación, pasó a asumir un papel central en el modelo de justicia penal mexicano, al convertirse en el encargado de la investigación de los delitos, la formulación de los elementos de la acusación y del ejercicio, por demás exclusivo, de la acción penal, según atribuciones que le otorgaba el texto del artículo 21 de la recién expedida Carta Magna.

Entre las consecuencias de este desbalance de atribuciones mencionado, encontramos el acaparamiento de poder político en la institución de la Procuraduría, situación que se reflejó tanto a nivel Federal como en las Entidades. Este empoderamiento, derivado de las atribuciones que el texto constitucional, fiel representante del ánimo del legislador, le otorgó al Ministerio Público, tuvo como principal consecuencia que la figura ejerciera un desmedido control sobre el proceso y su desarrollo, desplazando la función jurisdiccional a un segundo plano.

Otro problema de suma gravedad lo constituía la amplia difusión de las prácticas de tortura a efectos de obtener confesiones. Práctica derivada de la experiencia de los jueces de instrucción durante el porfiriato y ahora desarrolladas por la institución en el ejercicio de sus funciones, siendo que, a través de la denominada Policía Judicial, las técnicas que tan fuertemente les fueron criticadas a los Jueces de Instrucción previo a la reforma, fueron reimplantadas y normalizadas. Esta penosa realidad marcaría durante años a la institución, más la normalización alcanzó tal punto que una de las primeras tareas del recién creado *ombudsman* en México fue intervenir.

Dicho lo anterior, el conjunto de circunstancias adversas, producto de las reformas anteriores y que se habían magnificado con los años culminó en el año de 1991 con una serie de problemas, como el desbordamiento de la capacidad del MP para cumplir sus atribuciones, la debilidad del Juez Penal ante el control del MP en el proceso y los excesos en la aplicación de tortura y malos tratos como medios de investigación de los delitos, situación que hizo necesaria la intervención del Poder Legislativo, quien no pudo continuar ignorando el caudal de quejas y observaciones que plagaban las conductas de tales instituciones. Con las reformas emitidas en este año, se limitó el control que el Ministerio Público ejercía sobre la facultad de sobreseer la causa al formular conclusiones no acusatorias, sometiendo dicha determinación a mayor control judicial, elemento que tendería a equilibrar un poco la balanza del poder entre ambas instituciones, al devolver al Poder Judicial cierto control sobre el desarrollo de los procesos. Por otro lado y como medida para paliar el abuso en el ejercicio de técnicas de tortura e

intimidación en las investigaciones, se prohibió que la Policía Judicial realizara interrogatorios en los que no estuviera presente el Ministerio Público o el Juez de la causa, medida que no logró, en lo más mínimo, abatir el ejercicio de la tortura como mecanismo normalizado de investigación.

En 1993 y con el renovado ánimo de actualizar la institución del Ministerio Público con el afán de eliminar algunos de los vicios que continuaban plagando a la institución, mismos que habían resultado del análisis previo a las reformas de 1991 y las medidas que pretendieron eliminarlas, el mundo académico propuso, de manera un tanto inocente, una “actualización” de los requisitos exigidos en la Carta Magna para el ejercicio de la acusación, modificando el llamado cuerpo del delito por el concepto doctrinal de los “elementos del tipo penal”, a la par que se ejercían reformas para limitar la capacidad del Ministerio Público para detener y retener a personas bajo investigación, privándole de margen para la realización de nuevas prácticas abusivas en el curso de las investigaciones penales.

Con la reforma de 1993 al artículo 16 constitucional, se afectó de manera sustancial la exigencia para el ejercicio de la acción penal, al modificar la exigencia de comprobación del cuerpo del delito por los elementos del tipo penal. Este cambio afectó gravemente la imagen de la institución, al presentarla como una organización profundamente ineficaz, carente de organización y control, lo que se puso de manifiesto ante la incapacidad de cumplir la nueva exigencia constitucional para amparar el ejercicio de la acción penal, situación que el Poder Judicial aprovechó para reequilibrar, de manera informal, la balanza del poder.

Ante el despliegue de la falta de capacidad técnica del Ministerio Público se produjo una grave crisis en el sistema de justicia penal mexicano, dado que las investigaciones que iniciaba el Ministerio Público no culminaban en procesos y, mucho menos, en sentencias condenatorias, acarreando un grave costo a la imagen institucional. Este duro contraste con la realidad terminaría por hacer necesaria una contrarreforma, a efectos de limitar los efectos de dicha incapacidad y permitir la continuidad de la institución, al volver al modelo anterior. Esta respuesta ocurrió en 1997, con la iniciativa de reformas a varios artículos constitucionales, iniciativa fuertemente apoyada por la propia Procuraduría General de la República⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ MADRAZO CUELLAR, Jorge. *Las Reformas Constitucionales en Materia Penal*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales. Núm. 1. Julio – diciembre 1999, p. 274.

En paralelo, un nuevo movimiento que buscaba la reivindicación de los derechos de la víctima y el ofendido en el proceso tomaba fuerza. Esta corriente culminaría con la inclusión, en el año 2000 y nuevamente mediante reformas a la Constitución, de las garantías de estas figuras en el artículo 20, complementando reformas de 1993 y estableciendo, de manera efectiva, disposiciones constitucionales destinadas específicamente a la tutela de los derechos de la víctima en el proceso.

Más allá de estos antecedentes, el mayor cambio que ha sufrido la figura del Ministerio Público resulta de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008, la cual perfiló el sistema penal mexicano como uno orientado sobre los principios del modelo denominado acusatorio y tuvo, entre muchas otras consecuencias, la exigencia de reestructuración de las funciones del Ministerio Público, a efectos de actualizar las mismas a las exigencias del nuevo texto constitucional. Es entendible que, tras la reforma, las principales tareas de la institución sufrieran una reorientación, dado que *un sistema acusatorio con un Ministerio Público ejerciendo el rol de ente acusador exige concebir a este como parte interesada dentro del proceso*⁶⁸⁷, dado que este adquiere un interés concreto.

Entre las más notables modificaciones, podemos enumerar:

- a) La apertura del ejercicio de la acción penal a las víctimas y ofendidos por el delito, con la modificación del artículo 21 CPEUM, mismo que termina, de manera efectiva, con el llamado “monopolio” que la institución en análisis mantuvo a lo largo de su historia.
- b) La efectiva supresión del control informal que el MP realizaba sobre el proceso, al requerir la judicialización de la investigación de manera previa al ejercicio de la acción penal, a la vez que se implantan exigencias para la retención de sujetos más allá del plazo constitucional para la misma, las cuales deberán ser satisfechas ante el órgano jurisdiccional, mismo que ejerce un control técnico sobre la actuación del MP.
- c) La modificación al régimen “formal” de la investigación. Previa a la reforma, con la des formalización de la carpeta de investigación, antes averiguación previa, el Ministerio Público ha visto acotado uno de sus más amplios márgenes de poder. Lo que antes valía como prueba que el órgano desahogaba ante si mismo y valoraba, para después ser utilizada por el

⁶⁸⁷ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. *Reforma procesal y Ministerio Público*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México. 2014, p. 67.

juez como un elemento de convicción pre-confeccionado, ahora vale únicamente como un registro de la actividad de este, la cual se somete a un estricto escrutinio por parte, no sólo del órgano jurisdiccional, sino de la contraparte en un proceso dialéctico o de contrastación. Este cambio transmite, según VASCONCELOS, la centralidad del proceso a la etapa de juicio⁶⁸⁸.

- d) El rol de apoyo a la víctima del delito. Anteriormente, el Ministerio Público realizaba, de manera efectiva, un desplazamiento de la víctima en el proceso. Asumiendo el rol de acusador, anteponía los intereses del Estado, mediante la persecución del delito a los intereses de la víctima u ofendido, relegando este a un papel secundario. Tras la reforma en cuestión, el sentido del proceso se reorienta sobre la posición de la víctima en el mismo, tomando esta mayor presencia e, incluso, cierto control sobre la actuación del representante social.

Por último, con la reforma publicada el 10 de febrero de 2014, la figura del Ministerio Público en México ha recibido su última gran modificación, al incluirse el concepto de la autonomía del Poder Ejecutivo, mediante la creación de la Fiscalía General de la Nación, misma que está aún pendiente de entrada en vigor, por así encontrarse dispuesto en el artículo décimo sexto transitorio del decreto en cuestión.

Parte de la llamada reorientación expuesta obedece a lo que BINDER considera las funciones básicas del Ministerio Público en el sistema acusatorio⁶⁸⁹: a) persecución penal igualitaria; b) racionalización de los conflictos; y c) evitar injerencias en la realización de las actividades técnicas. Como veremos, estas 3 funciones se cumplen, medianamente, a partir de la reforma de 2008 y se complementan con la de 2014.

En este sentido, resulta obvio señalar que el tema de la evolución de la figura del Ministerio Público en México aún está sujeta a la necesidad de mayores reformas y adecuaciones, no sólo para definir las complejas tareas que se le encomiendan en el ámbito normativo, sino para actualizar y dar las herramientas necesarias para afrontar los nuevos retos que supone la transición al sistema procesal penal

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁸⁹ BINDER, Alberto. *Ministerio Público como gestor de intereses: ubicación orgánica e independencia*. Ministerio Público. Órgano de difusión de la Procuraduría General de la República. República Dominicana, núm. 6. 2008, p. 31.

de corte acusatorio. Entre las que consideramos, de vital importancia, la definición de su adscripción o independencia del Ejecutivo, pendiente con la reforma de 2014 y su entrada en vigor; la aplicación de un régimen de profesionalización riguroso y, desde luego, la implementación de fuertes controles de calidad en el trabajo que desarrolla en el ámbito de investigación de los delitos.

2.3. Elementos que distinguen las figuras del Ministerio Público mexicano y el Ministerio Fiscal español.

Resulta obvia la distinción existente entre el modelo mexicano y el español, puesto que, tal como hemos visto el curso de la evolución de las instituciones ha variado sustancialmente, al partir el legislador mexicano de la tradición heredada del derecho peninsular, más la situación de la distinción que nos ocupa se pone aún en mayor evidencia si se centra en el análisis de elementos específicos, ya sean las funciones descritas en los textos constitucionales o las minucias desarrolladas en las leyes orgánicas de las instituciones.

Si partimos del estudio de los países con un sistema mixto tal como considera PELLEGRINI GRINOVER⁶⁹⁰ al sistema español, encontraremos que son los jueces de instrucción, quienes en un proceso contradictorio ejercen control sobre la investigación que realiza la policía. En cambio en México y ya desde las reformas constitucionales de 1900, el MP se encontraba desvinculado del Órgano Jurisdiccional, del cual dependía únicamente para la validación de la investigación una vez judicializada la misma, mediante la consignación lograda a través del ejercicio de la acción penal. Siendo esta distinción consistente con los países donde el proceso es eminentemente acusatorio, como podría considerarse el derecho alemán. Así, por ejemplo, en dicho país, el órgano encargado de la persecución penal adopta una función arto más semejante a la institución mexicana, al ser este el órgano instructor de las causas penales, al recaer en su ámbito la investigación de los delitos, buscando únicamente intervención del juez al adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales⁶⁹¹, o lo que en la legislación mexicana se denominó “actos de molestia” en un primer momento.

⁶⁹⁰ PELLEGRINI, GRINOVER. Ada. *O modelo acusatório de instrução processual penal como garantia dos direitos humanos*. Temas de derecho procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano del Derecho Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1996, pp. 297 - 300.

⁶⁹¹ §§ 160 y ss. StPO.

Mientras que la función constitucional atribuida al Ministerio Fiscal en España⁶⁹² cumple con la promoción de la acción de la justicia, más tiene, adicionalmente, el deber de tutelar los derechos de los ciudadanos y el interés público, a la vez que cumple una función de garante de la independencia judicial, situación que lo aleja de la función “de parte” que adopta su contraparte mexicana, con una actuación activa en el proceso, al frente de la investigación y el ejercicio de la acción penal.

Con la reforma de 2008 se ha distanciado aún más la relación del MP con el juzgador, en tanto la investigación preliminar depende enteramente del MP y la policía bajo su mando. Así el control jurisdiccional no valida la investigación al retomarla, sino que ejerce un control externo, técnico y especializado, que tiene como objetivo no sólo la preservación del proceso y su causa, si no la tutela de los derechos de las víctimas, ofendidos y los imputados.

Así, en tanto es necesario aventurar una tesis del concepto de Ministerio Público, en el contexto mexicano⁶⁹³, podemos tratar de definir al Ministerio Público y su función en el proceso penal como: *“El organismo del Estado de carácter unitario y jerárquico que actúa, en el proceso penal como parte acusadora en la causa, tras realizar la investigación preliminar correspondiente y reunir los elementos relativos al cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, con el auxilio de la policía bajo su mando”*.

Por el contrario, la figura española del Ministerio Fiscal tiene como misión *“promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (...)”*⁶⁹⁴, así, entre la multitud de funciones que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en más EOMF) le confiere al órgano, destacan el de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente⁶⁹⁵, el ejercicio de las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas⁶⁹⁶.

⁶⁹² Art. 124, en sus 4 fracciones.

⁶⁹³ Cabe explicar los motivos por los cuales descartamos la definición última de FIX-ZAMUDIO, aún cuando el presente apartado se inspira fuertemente de su obra, dado que consideramos que la actualización de la reforma constitucional de 2008 aleja, en lo fundamental, al MP de la definición de tan distinguido autor y más aún cuando las diversas funciones atribuidas a la figura y alejadas del proceso penal, poco interesan para los fines de la presente investigación.

⁶⁹⁴ Artículo 124.1 CE y art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁶⁹⁵ Art. 3.1 EOMF.

⁶⁹⁶ Art. 3.4 EOMF.

En España, la fase sumarial (o de investigación) corresponde al juez de instrucción, al considerar que “*el carácter jurisdiccional de la investigación persigue trasladar al máximo las garantías del juicio a la fase investigadora*”⁶⁹⁷. En esta fase, el Ministerio Fiscal actúa como órgano público y acusador oficial, al que corresponde, en palabras de ARMENTA DEU, una *función inspectora del transcurso de este periodo procesal*⁶⁹⁸, pudiendo solicitar medidas cautelares y diligencias⁶⁹⁹, permitiendo la decisión sobre las mismas por parte del Juez de Instrucción. La posición del MF está pensada, así, para facilitar la tutela de intereses de las partes que intervienen en el proceso, al ejercer funciones de coadyuvancia o control sobre actuaciones del Juez de instrucción, a la vez que vela por los derechos fundamentales del imputado y el interés público. Existe desde hace algunas décadas un debate centrado a otorgar la facultad de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal en el contexto español, más entendemos que no corresponde a los alcances de el presente apartado desarrollar dicho contenido.

Tras la fase de instrucción, el MF será el encargado de verificar que los resultados de la investigación sean suficientes para abrir la causa a fase intermedia, al solicitarle al Juez de Instrucción que envíe las actuaciones al Tribunal que se encargará del Juicio oral. Por último, en la fase de Juicio, será el Ministerio Fiscal quien aportará las pruebas reunidas en la fase de instrucción.

3. El Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Jurisprudencia en México.

3.1. El Poder Judicial de la Federación.

En México, de conformidad con el artículo 94 CPEUM y el art. 1ro de la Ley Orgánica del mismo (en más LOPJF), el Poder Judicial de la Federación se encuentra integrado por los órganos jurisdiccionales siguientes:

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

⁶⁹⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*. Marcial Pons, España. 2012, p. 68.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 69. Al analizar las disposiciones contenidas en los Arts. 306.I, II y III, así como el 308 LECrim.

⁶⁹⁹ Según las disposiciones recogidas en los arts. 283, 284 y 287 a 290 de la LECrim.

- Tribunales Colegiados de Circuito (TCC).
- Tribunales Unitarios de Circuito (TUC).
- Juzgados de Distrito (JD).
- Tribunal Electoral (TE)⁷⁰⁰.

Cómo es de esperarse, nos centraremos principalmente en la función de la SCJN, ya que consideramos de la más trascendental importancia, para el desarrollo del tema que nos ocupa, la labor que la misma ha desarrollado a lo largo de su historia más reciente a efectos de delimitar, por la vía de la emisión de jurisprudencia, derivada de asuntos que ha conocido por la vía del amparo, los alcances y configuración de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida (y sus excepciones), de manera previa al periodo de reconocimiento constitucional de la misma, así como tras la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

3.2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con su antecedente más remoto en el Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana de la “Constitución de Apatzingán”, actualmente la SCJN se encuentra configurada, según la propia constitución, como el más alto tribunal del país⁷⁰¹. Se integra por once Ministros quienes funcionan en Pleno o en Salas⁷⁰², el Presidente de la SCJN no integrará Sala⁷⁰³. Corresponde a la SCJN conocer de las controversias constitucionales (exceptuando aquellas en materia electoral)⁷⁰⁴, de las acciones de inconstitucionalidad que planteen posibles contradicciones entre las normas de carácter general y la Constitución⁷⁰⁵, así como también conocer de los recursos de apelación contra sentencias dictadas en procesos en los que la Federación sea parte⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ También conocido como TRIFE, o Tribunal Federal Electoral o TEPJF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

⁷⁰¹ Se admiten en su configuración influencias de las figuras de la *Supreme Court* de los Estados Unidos, así como de los antecedentes coloniales de la Real Audiencia y otras figuras de Tribunales Constitucionales y Supremos.

⁷⁰² Art. 94, párrafo 3ro. CPEUM.

⁷⁰³ Art. 2º. LOPJF.

⁷⁰⁴ CPEUM, Art. 105, fracción I y artículo 10, fracción I, LOPJF.

⁷⁰⁵ CPEUM, Art. 105, fracción II y artículo 10, fracción I, LOPJF.

⁷⁰⁶ CPEUM, Art. 105, fracción III.

3.3. La Jurisprudencia en México.

En México, el concepto de jurisprudencia se utiliza, según CARMONA TINOCO, en dos sentidos: *como conjunto de sentencias que determinan un criterio constante sobre una cuestión jurídica y, como ciencia del derecho en general*, siendo esta segunda acepción la menos común⁷⁰⁷. Entendida como *las resoluciones con carácter obligatorio que emite un órgano jurisdiccional autorizado por la ley*⁷⁰⁸ y considerada como una de las fuentes del derecho, la jurisprudencia se ubica como uno de los principales motores del sistema jurídico procesal en materia penal, de manera que, al abordar el estudio de un sistema jurídico concreto, cobra relevancia establecer, cuando menos a manera preliminar y sintética, la configuración de la creación, establecimiento y control de la misma, a efectos de entender el papel que juega, de manera específica, en el desarrollo de un concepto jurídico, como lo es la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Así, la jurisprudencia en México cumple con diversas funciones. En primer lugar, podemos afirmar que la misma cumple con una función interpretadora⁷⁰⁹, en tanto la propia CPEUM le otorga tal función en el texto del artículo 94⁷¹⁰, situación acorde con la función de la SCJN como Máximo Tribunal del País e intérprete de la norma constitucional. A su vez, la jurisprudencia cumple también con la denominada función integradora, en atención a la labor de interpretación que realizan los jueces *tiende a complementar las lagunas legales existentes en el*

⁷⁰⁷ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXVIII, Número 83, mayo – agosto 1995, p. 524.

⁷⁰⁸ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Panorama del derecho mexicano. Jurisprudencia*. Universidad Nacional Autónoma de México. McGraw-Hill. 1997, p. IX.

⁷⁰⁹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Panorama del derecho mexicano. Jurisprudencia*. Universidad Nacional Autónoma de México. McGraw-Hill. 1997, p. 17.

⁷¹⁰ Artículo 94, párrafo 10mo., CPEUM: “*La ley fijará los términos en los que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la **interpretación** de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución*”. (Las negritas son propias).

*sistema*⁷¹¹, completando así la labor del legislador y permitiendo que *a cada caso particular corresponda una solución dentro de dicho sistema*⁷¹².

Afirma PLASCENCIA VILLANUEVA que la delegación amplia con la que cuentan los varios órganos jurisdiccionales que integran el PJJ para emitir jurisprudencia genera cierta problemática, entre las que enumera el autor las contradicciones de tesis y la desaparición de jurisprudencia que había regido por largo tiempo, a juicio del mismo autor, estos conflictos derivan en inseguridad jurídica por la constante variación de criterios⁷¹³, a lo que habría que señalar que, en función de las actuales cargas de trabajo de los distintos tribunales que operan en el país y, considerando la moderna sistematización con que se ordena la jurisprudencia, así como el avanzado sistema de búsqueda por vía del portal de internet del Semanario Judicial de la Federación, la queja planteada por PLASCENCIA VILLANUEVA ha perdido tracción, más cabe considerar la amplia facultad con la que los distintos órganos emiten los criterios como un elemento a observar, en tanto cierto es que existe una variedad de criterios importante.

Ante estas y otras críticas, consideramos que la regulación actual de la emisión, tratamiento y sustitución o supresión de la jurisprudencia en México cumple con un alto estándar, tanto por la útil sistematización de la misma, como por la facilidad con la que las nuevas tecnologías y su aplicación a la materia, permiten el acceso a dichos criterios. Así, encontramos que dentro de la LOPJJ, en específico, en su capítulo VII, se remite a la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 CPEUM a efectos de la reglamentación de la materia en cuestión, siendo en el Título Cuarto de la misma, denominado Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad de la Ley de Amparo, donde se opta por desarrollar la materia.

Por cuanto hace a la característica de obligatoriedad de la jurisprudencia, ya señalada en el artículo 94 CPEUM, podemos afirmar que la misma es razón de la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho. Sin embargo, en México podemos discernir entre la existencia de jurisprudencia obligatoria y no

⁷¹¹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Panorama del derecho mexicano. Jurisprudencia*. Universidad Nacional Autónoma de México. McGraw-Hill. 1997, p. 19.

⁷¹² HUERTA OCHOA, Carla. *La jurisprudencia como técnica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXXII, Número 95, mayo – agosto de 1999, p. 397.

⁷¹³ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Panorama del derecho mexicano. Jurisprudencia*. Universidad Nacional Autónoma de México. McGraw-Hill. 1997, p. 6.

obligatoria o, aquella denominada, orientadora⁷¹⁴. Identificamos esta aseveración de CARMONA TINOCO con las llamadas tesis, criterios que se desarrollan de manera similar a la jurisprudencia, pero que carecen del estricto control con que esta última se contrasta, a efectos de dotarle la fuerza que se le reconoce y, por ende, la obligatoriedad de la misma. Esta distinción y, en particular, la naturaleza de las denominadas tesis será abordada en un apartado siguiente. En este sentido, cabe señalar que, en el ámbito jurídico español, la jurisprudencia, según el Código Civil es considerada como una fuente de derecho indirecta⁷¹⁵, por lo que aún puede considerarse de trascendental importancia. Es necesario mencionar, de manera adicional, que la jurisprudencia es establecida a partir de dos sentencias que interpretan una norma en un mismo sentido, cuando las mismas sean emitidas por un Tribunal Supremo. Por cuanto hace a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, dada la constitución del mismo como intérprete de la constitución, se considera que las mismas tendrán grado normativo, por lo que según el art. 5.1 de la Ley Orgánica de dicha institución, las mismas tienen grado vinculante.

La organización y regulación de la obligatoriedad de la jurisprudencia en México, derivada del contenido del art. 217 de la Ley de Amparo, establece que *en la actualidad (es) indiscutible que los jueces inferiores tienen el deber de cumplir con las jurisprudencias sustentadas por los órganos mencionados*⁷¹⁶, más dicha obligatoriedad en la aplicación, también reforzada por el contenido de la norma constitucional al expresar el principio de legalidad⁷¹⁷, puede encontrar un límite, según las reformas en materia de derechos humanos de 2011, las cuales actualizan el marco jurídico, al permitir el control difuso de la convencionalidad, lo que implica la facultad del juzgador ordinario de dejar de aplicar jurisprudencia que haya sido declarada inconstitucional o que el mismo aprecie bajo dicha óptica, en

⁷¹⁴ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXVIII, Número 83, mayo – agosto 1995, p. 524.

⁷¹⁵ El artículo 1.1 del Código considera como fuentes del ordenamiento jurídico español a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, relegando a la jurisprudencia al art. 1.6, en el que la considera complementaria al ordenamiento jurídico, establecida a través de la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho por parte del Tribunal Supremo.

⁷¹⁶ TINOCO MIRANDA, Jaime Efraín. *Inaplicación de la jurisprudencia bajo un control difuso de la constitucionalidad y/o convencionalidad*. Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Revista PRAXIS de la Justicia Fiscal y Administrativa, año 8, núm. 20. 2016 , p. 17.

⁷¹⁷ Artículos 14 y 16 CPEUM.

aplicación del principio *iuris novit curia* y el artículo 1º CPEUM. Más sin embargo la SCJN limitó dicha capacidad en la resolución por contradicción de tesis 299/2013⁷¹⁸, al determinar que la jurisprudencia no puede ser sujeta *ex officio* a control de convencionalidad por los Tribunales sin esperar una sustitución formal de la misma.

En España, la obligatoriedad de la aplicación de la jurisprudencia por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía se encuentra tutelada bajo el principio de Igualdad ante la ley, contenido en el art. 14 CE, en la vertiente de la igualdad en la aplicación de la ley. Principio que exige que los órganos judiciales apliquen las mismas decisiones a los casos idénticos. La inobservancia de dicha aplicación puede ser reclamada por vía de recursos ordinarios.

Es particular al caso mexicano la estrecha relación que guarda la figura del amparo con el desarrollo de la jurisprudencia, siendo que los antecedentes de la regulación de la misma, producto del proyecto de la Ley de Amparo de 1882, elaborada por Ignacio Vallarta⁷¹⁹, continuaron su evolución ligados al desarrollo

⁷¹⁸ Contradicción de tesis 299/2013, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

⁷¹⁹ Se reconoce dicha legislación como la primera en utilizar de manera formal la palabra *jurisprudencia* a efectos de hacer referencia a las resoluciones emitidas por la SCJN. HUERTA OCHOA, Carla. *La jurisprudencia como técnica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXXII, Número 95, mayo – agosto de 1999, p. 402.

normativo del amparo resulta, prácticamente imposible, no atender a esta figura y su normativa a efectos de desarrollar el tema de la jurisprudencia en México.

En México, de conformidad por lo regulado en la Ley de Amparo, la jurisprudencia puede ser establecida por tres vías. La primera de ellas, denominada por reiteración de criterios, es establecida por la SCJN ya sea funcionando en Pleno o en Salas o por los TCC⁷²⁰, para lo que se requiere que sean resueltas, en un mismo sentido, cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario⁷²¹. Esta tradición distingue el desarrollo de la jurisprudencia mexicana de aquellos países donde impera la regla del precedente⁷²². Este procedimiento es paralelo e idéntico tanto para las Salas como para el Pleno de la SCJN⁷²³ y se encuentra en funcionamiento desde la ley de amparo de 1882⁷²⁴.

La jurisprudencia por contradicción se establece por el Pleno o Salas de la SCJN y por los Plenos de Circuito o los TCC, según su competencia⁷²⁵. Como su nombre lo indica, surge de la confrontación de dos criterios diversos, por no discrepantes, ante los cuáles, en atención a la función orientadora e integradora de la jurisprudencia, debe emitirse una resolución en un único sentido. El resultado de esta confrontación puede ser: a) la decantación por uno de los dos criterios en conflicto, la declaración de inexistencia o de “sin materia” o la sustentación de un criterio diverso a los postulados⁷²⁶.

La jurisprudencia por sustitución, corresponde a aquella que, una vez emitida por las vías de reiteración o contradicción por la SCJN o por los Plenos de Circuito, es

⁷²⁰ Art. 216 Ley de Amparo.

⁷²¹ Art. 222 Ley de Amparo. Adicionalmente se solicita que dichas sentencias sean resueltas en diferentes sesiones y por una mayoría de, al menos, cuatro votos. Si la jurisprudencia es emitida por TCC, la votación deberá ser unánime (Art. 224, Ley de Amparo).

⁷²² CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXVIII, Número 83, mayo – agosto 1995, p. 525.

⁷²³ Art. 222 y 223, Ley de Amparo.

⁷²⁴ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXVIII, Número 83, mayo – agosto 1995, p. 525.

⁷²⁵ Art. 216 Ley de Amparo, párrafo segundo y art. 225, Ley de Amparo.

⁷²⁶ Art. 226, segundo párrafo, Ley de Amparo.

señalada por algún órgano jurisdiccional como factible de sustitución⁷²⁷. Este cambio obedecerá a que se estima existe un criterio que da mejor solución al asunto o que, en la práctica, se ha llegado a una solución diversa al establecerse otro criterio relevante.

La interrupción de la jurisprudencia equivale a la terminación de su carácter de obligatoria y ocurre una vez se pronuncia una sentencia en contrario a la misma⁷²⁸.

La CPEUM establece, en su artículo 94, párrafo 10mo. los términos en los que se fijará la obligatoriedad de aplicación de la jurisprudencia emitida por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, remitiendo a la Ley de Amparo⁷²⁹. Esta establece, en el numeral 217, la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la SCJN, extendiendo la misma al resto de órganos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial Federal, así como para los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y Distrito Federal, así como tribunales administrativos y del trabajo, tanto a nivel local como federal. La jurisprudencia emitida por los Plenos de Circuito es, a su vez, obligatoria para los órganos jurisdiccionales “dependientes” de estos, es decir, los TCC y los TUC, así como para el resto de tribunales, estatales y federales que recaigan dentro del circuito correspondiente.

Cómo medidas de clausura, la legislación en la materia establece que, en los casos de sustitución o contradicción de criterios, en los que haya quedado sin efectos la jurisprudencia o criterios sustentados con anterioridad a tal declaración, la nueva jurisprudencia no afectará a los casos que hubieren sido resueltos por la anterior, al establecer claramente la norma que la jurisprudencia no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna⁷³⁰.

⁷²⁷ Art. 230 Ley de Amparo.

⁷²⁸ Art. 228 Ley de Amparo.

⁷²⁹ Art. 94, párrafo 10mo. CPEUM. “La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución”.

⁷³⁰ Art. 217, último párrafo, Ley de Amparo.

3.3.1. Las Tesis Aisladas.

Equivalentes a los criterios relevantes emitidos por la SCJN, los Plenos de Circuito o los TCC, las Tesis contienen, en una forma organizada que permite su sistematización, las consideraciones interpretativas de las resoluciones que configuran, a la vista de los órganos jurisdiccionales mencionados, los más relevantes precedentes que habrán de guiar las futuras resoluciones en casos similares. Estas tesis sirven también un propósito integrador, al ser los criterios a partir de los cuales se establece la jurisprudencia por contradicción o reiteración de criterios.

La principal distinción entre tesis y jurisprudencia se encuentra plasmada en el Acuerdo Número 5/1996 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este documento define a las tesis como: *la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto*⁷³¹.

A diferencia de la jurisprudencia, las tesis aisladas no tienen carácter obligatorio, sino orientador, por lo que se considera no generan derechos ni son susceptibles del ejercicio de irretroactividad⁷³². Esta falta de obligatoriedad, no obstante, lejos de constituir un impedimento para el aprovechamiento de dichos criterios les dota de un carácter relevante, en tanto la orientación que proveen es útil para establecer posiciones puntuales por parte de los Tribunales, así como para anticipar el desarrollo jurisprudencial de las materias más novedosas, como ha resultado, por ejemplo, con la regulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y, desde luego, con sus excepciones.

⁷³¹ Acuerdo Número 5/1996 del Tribunal Pleno de la Corte de Justicia de la Nación. Consultado el 28 de diciembre de 2017 y disponible en: <http://207.249.17.176/PLENO/JPV/Acuerdo051996.pdf>

⁷³² Jurisprudencia 2a./J. 195/2016. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, pág. 778. Décima Época. Registro: 2013380. Segunda Sala.

III. La regulación de la prueba ilícita en México, evolución jurisprudencial y normativa.

1. Panorama general de la evolución del concepto, tratamiento y exclusión de la prueba ilícita en el ámbito jurisprudencial, casos relevantes para la formación de la regla de exclusión y su contenido.

A continuación se abordará, desde una doble perspectiva, el desarrollo que ha tenido la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema jurídico mexicano narrando, en un primer momento, algunos casos de extrema relevancia, mismos que pusieron de manifiesto la importancia de contar con mecanismos que permitieran un estricto control sobre los elementos probatorios que eran incorporados a los procesos. Dichos casos, aún y cuando en un contexto únicamente expositivo resultarían por sí relevantes, deben ser analizados en el contexto de la normatividad existente, así como ponderados en función de los criterios que inspiraron para el tratamiento del tema en análisis. Por eso, se propone el estudio de los mismos desde esta doble perspectiva.

1.1. El caso Acteal.

Este caso, mismo que sin lugar a dudas se encuentra entre de los más relevantes en las últimas décadas por las consecuencias sociales y mediáticas que tuvo, representa un antecedente importante en el ámbito de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el contexto de la aproximación mexicana a la regulación de la misma, toda vez que del mismo se derivaron diversos criterios jurisprudenciales que, a la fecha, siguen influyendo en las decisiones que van marcando la pauta por cuanto al tema que nos ocupa se refiere y, en general, a la materia del tratamiento de derechos humanos y su relación en el proceso penal.

El día 22 de diciembre de 1997, en el Municipio de Chenalhó, estado de Chiapas, 45 indígenas tzotziles, incluidos mujeres y niños, fueron asesinados en el interior de una iglesia. En un primer momento, el gobierno declaró que los responsables de tal atrocidad eran indígenas de un grupo rival, cuyo motivo habría sido un conflicto étnico entre comunidades vecinas, sin embargo, hoy en día diversos grupos defensores de derechos humanos y propios miembros de la comunidad indígena señalan como responsable al gobierno mexicano, quien habría manejado, a través de grupos paramilitares, a líderes de comunidades indígenas

rivales, al armarlos y organizarlos como elementos de choque en contra del recién alzado Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). Al no contar con una versión oficial de los hechos que resulte verosímil o, al menos, clara, debemos considerar que el resultado de las investigaciones y el proceso es, al día de hoy, inconcluyente. Esta condición de inacabado, sin embargo, no resulta un obstáculo a efectos de destacar la importancia de este caso en relación al tratamiento de la prueba ilícita sino que, por el contrario, es este proceso de desentramado de los vicios procesales por la vía del amparo el elemento que aporta jurisprudencia y experiencia al tema que nos ocupa.

La SCJN finalmente intervino en 2007, ejerciendo facultad de atracción con respecto al juicio de amparo promovido por 12 indígenas presos por los crímenes cometidos en Acteal, proceso fundado en el argumento de que habían existido irregularidades en las pruebas que se habían aportado y practicado dentro del proceso. El 12 de agosto de 2009, la SCJN ordenó la liberación de 26 inculcados, señalados por los propios indígenas de la comunidad y algunos familiares de las víctimas, 20 han sido amparados por la SCJN⁷³³ bajo sospechas de que la entonces Procuraduría General de la República (PGR) fabricó pruebas para inculparles. De esta intervención y en relación con la doctrina de la prueba ilícita y su estudio en el ámbito mexicano, es útil rescatar una valiosa lección: La imposibilidad de ser juzgado con pruebas obtenidas al margen de las exigencias constitucionales y legales como un elemento derivado del contenido de la fórmula del debido proceso⁷³⁴. Esta tesis jurisprudencial, a la postre, daría naturaleza jurídica a la regla de exclusión de la prueba ilícita contenida en el artículo 20 Constitucional, como derivada del contenido del derecho al debido proceso, reconocido a nivel constitucional y tutelado por la propia Carta Magna en el numeral señalado.

⁷³³ Amparo 9/2008, otorgado el 12 de agosto de 2009. Consultado por última vez el 9 de enero de 2018 y disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/CasoActeal-AmparoDirecto-8-2008.pdf>

⁷³⁴ Tesis jurisprudencial 1ª./J. 139/2011 (9ª.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Décima Época, Libro III, Tomo 3, diciembre de 2011, pág. 2057. "PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MÁRGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES".

1.2. El caso Lydia Cacho.

Por cuanto hace al caso denominado “Lydia Cacho”, proceso sumamente conocido en la sociedad mexicana por el grado de indignación que causó la evidencia de coalición entre autoridades y empresarios, con el fin de perjudicar a la periodista. Indignación alimentada en gran medida por la difusión de una llamada telefónica entre el entonces gobernador del Estado de Puebla y un empresario en los medios de comunicación nacionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se vio orillada a ejercitar la facultad de investigación que le confería el numeral 97 de la CPEUM,⁷³⁵ a efectos de verificar si la actuación de las autoridades presuntamente relacionadas al hecho había importado una violación de garantías fundamentales grave en contra de la periodista.⁷³⁶

Este caso, si bien no derivó en un proceso penal, ya que como se ha mencionado, se trataba de una investigación en el marco la facultad que en ese sentido otorgaba el numeral 97, párrafo tercero de la CPEUM, se generó debate en el Máximo Tribunal de la Nación en torno a la posibilidad de valorar pruebas ilícitas a efectos de emitir un fallo. Los votos particulares de los Ministros, específicamente en referencia a la prueba que había dado origen al caso (la grabación de la llamada telefónica), reflejaron al final una clara división en cuanto a la percepción respecto al tema, ya que algunos de ellos estimaban que la prohibición de tomar en consideración la prueba reputada como ilícita era absoluta, mientras que otros adoptaban una posición que mediaba por la existencia y aplicación de causas atemperadoras de la ilicitud con miras a permitir la valoración dichos elementos probatorios.

Ocho de los once ministros consideraron que la grabación, al tratarse de una prueba obtenida de manera ilícita – en tanto no había mediado autorización judicial para su obtención – era de imposible valoración. El fundamento que se

⁷³⁵ El párrafo tercero del artículo 97 constitucional, mismo que otorgaba la facultad a la Suprema corte para realizar las investigaciones aquí referidas sufrió una modificación a raíz de la llamada “Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos” de junio de 2011, a efectos de trasladar dicha facultad a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

⁷³⁶ Para un panorama más amplio de los alcances, implicaciones y desarrollo del caso *vid*: Cronología: Caso Lydia Cacho, publicado el lunes 02 de junio de 2008 en la página electrónica del periódico El Universal, disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/511533.html> y consultado el 16 de febrero de 2016, así como: IBARRA PALAFOX, Francisco. *Contra la Impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. UNAM. Número 21, 2009, pp. 427 – 470.

utilizó recurrentemente por parte de este grupo de ministros para dar validez a esta interpretación era la prohibición de interceptación de grabaciones privadas contenido en el artículo 16 constitucional. Dos problemas derivaron de dicha interpretación. En primer lugar el hecho de que, dada la interpretación de prohibición de valoración de la grabación como elemento probatorio, no fue posible determinar la violación de garantías en contra de la periodista Lydia Cacho y, en segundo término, el hecho de que los ministros obviaron que se encontraban en ejercicio de la investigación regulada por el artículo 97 de la CPEUM y no dentro de un proceso de carácter penal o administrativo.⁷³⁷ Este caso sin embargo dejó en claro que, en el momento,⁷³⁸ el contenido de la legislación y doctrina mexicana en torno al concepto de la prueba ilícita era prácticamente inexistente y, posterior a la reforma, cuando menos deficiente.

1.3. El caso Rubí.

Sin duda uno de los casos que más polémica generó en torno a la implementación del sistema procesal penal acusatorio, el caso Rubí cuenta con una interesante perspectiva para abordar el tema de la regla de exclusión de la prueba ilícita, el cual parte de considerar la capacidad con la que cuenta el Tribunal de enjuiciamiento para declarar la ilicitud de la misma a partir de los antecedentes de la investigación narrados en el juicio.

En agosto de 2008, Rubí Marisol Frayre Escobedo de 17 años, desapareció sin dejar rastro alguno. Su madre, Marisela Escobedo, acudió a las autoridades, acusando a la pareja de su hija, Sergio Barraza de haberla asesinado. Tras la detención de Barraza en Zacatecas en junio de 2009, se inició un proceso en extremo mediático, pues se trataba del primer “juicio oral” de alto perfil en la entidad, pionera en la implementación del sistema acusatorio. En la audiencia de Juicio Oral y tras una última declaración del imputado en la que algunos afirman existió una confesión, el Tribunal de Juicio Oral le dejó en libertad al apreciar que algunas de las pruebas no eran definitivas al momento de relacionarle con los hechos de los cuales se le acusaba. Ante esta exoneración, se inició un gran movimiento social y mediático para atacar a los jueces que habían emitido el fallo, lo que trajo como consecuencia su separación del cargo y posterior renuncia al

⁷³⁷ Posición sostenida principalmente por el Ministro Góngora Pimentel.

⁷³⁸ Este caso fue votado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 29 de noviembre de 2007, mientras que la grabación se hizo pública el 14 de febrero de 2006.

Poder Judicial de la entidad, ante la amenaza de un juicio político en su contra. Poco después el Tribunal de segunda instancia declaró la culpabilidad del imputado, al revocar la sentencia de primera instancia en mayo de 2010, mientras que la madre de la víctima, quien había realizado diversas movilizaciones y actividades sociales para atraer atención a la causa había muerto, asesinada mientras pedía justicia a las afueras de la sede de gobierno de Chihuahua. Más allá de las grandes controversias que rodean al caso y las distintas opiniones que se pudieran tener sobre lo ocurrido en la audiencia de juicio oral y la eventual declaración de inocencia emitida por el Tribunal, debemos centrar nuestra atención en el manejo que de la prueba ilícitamente obtenida y su exclusión se hizo en el proceso que nos ocupa.

En el caso específico de este proceso, la privación de valor operó sobre la confesión del imputado quien, en el traslado realizado al ser detenido en la entidad de Zacatecas, contó a los agentes aprehensores lo que había sucedido y como había privado de la vida a Rubí, así como los métodos que utilizó para el ocultamiento del cadáver. Esta confesión, en ausencia del defensor del imputado y realizada sin que se encontrara presente el Ministerio Público no pudo ser valorada en juicio⁷³⁹. Esta determinación, emitida por el propio tribunal de juicio oral se fundó en el artículo 331 del entonces Código Procesal Penal de Chihuahua, que proscribía la utilización de la prueba obtenida por medios ilícitos⁷⁴⁰. Tal como se mencionó en la introducción al presente apartado, llama la atención que fuera el propio Tribunal de enjuiciamiento quien determinó la ilicitud de la prueba en cuestión, siendo que en la etapa intermedia, según se desprende de la videograbación de dicha audiencia, el juez de garantías admitió sin más la misma al proceso, así como la declaración de los agentes a quienes les fue rendida la confesión⁷⁴¹.

En realidad, al no existir consenso entre la doctrina con respecto a la buena aplicación o no de la regla de exclusión prevista en el Código adjetivo de

⁷³⁹ RÍOS ESPINOSA, Carlos. *El proceso acusatorio en el estado de Chihuahua y el caso del homicidio de Rubí Fraire. Razones para no eliminar al mensajero*. Los derechos humanos en el momento actual. CIENFUEGOS SALGADO, David y FROTO MANDARIAGA, Germán. (Coords.) México, 2012, p. 413.

⁷⁴⁰ ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Liliana. *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio. Un panorama doctrinario, normativo, jurisprudencial y casos relevantes*. Flores Editor. México. 2017, p. 349.

⁷⁴¹ La audiencia completa para la etapa intermedia se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=HeKvHsrg-uw> y fue consultada por última vez el día 2 de enero de 2018.

Chihuahua al momento del juicio⁷⁴², así como a la gran carga de prejuicios y malestar social general que penden sobre el proceso en cuestión, debemos recurrir a la norma, que consideramos debe guardar la mayor de las distancias a ambas posiciones. En este sentido debemos afirmar que, al no existir en México la posibilidad de renunciar al derecho a declarar sin la presencia del representante legal (defensor)⁷⁴³, la declaración del imputado con respecto a su participación en los hechos no debió haber sido tomado en cuenta. Esto tampoco resulta, tal como afirman ANAYA RÍOS y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, en la *ilicitud de la prueba como consecuencia del deficiente trabajo del órgano acusador*⁷⁴⁴, pues resulta imposible que dicho órgano vulnere derechos del imputado ante la confesión espontánea de este, más se entiende que la utilización de dicha prueba resulta por lo menos insatisfactoria, dado que, en atención a los conocimientos técnicos del órgano, debió suponer que la misma podría ser privada de efectividad, en atención a las circunstancias en que fue recabada.

1.4. El caso Florance Cassez y la doctrina del efecto corruptor del proceso penal.

El caso Cassez, también de connotada notoriedad incluso a nivel internacional, derivó en un componente importante del marco de interpretación del concepto de prueba ilícita y su valoración en el sistema jurídico mexicano.⁷⁴⁵ En este caso, el ensamblaje mediático y la exposición a la que fue sometida la acusada vulneró a tal punto la presunción de inocencia que muchos especialistas, al descubrirse y

⁷⁴² Para ANAYA RÍOS y DE LA ROSA RODRÍGUEZ el fallo fue apegado a la norma jurídica: *Vid: ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Liliana. La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio. Un panorama doctrinario, normativo, jurisprudencial y casos relevantes.* Flores Editor. México. 2017, p. 351. Mientras que para RÍOS ESPINOSA, “los juzgadores aplicaron incorrectamente el derecho e hicieron una motivación muy pobre del material probatorio que tuvieron a la vista durante el juicio”. *Vid: RÍOS ESPINOSA, Carlos. El proceso acusatorio en el estado de Chihuahua y el caso del homicidio de Rubí Fraire. Razones para no eliminar al mensajero.* Los derechos humanos en el momento actual. CIENFUEGOS SALGADO, David y FROTO MANDARIAGA, Germán. (Coords.) México, 2012, p. 409.

⁷⁴³ RÍOS ESPINOSA, Carlos. *El proceso acusatorio en el estado de Chihuahua y el caso del homicidio de Rubí Fraire. Razones para no eliminar al mensajero.* Los derechos humanos en el momento actual. CIENFUEGOS SALGADO, David y FROTO MANDARIAGA, Germán. (Coords.) México, 2012, p. 414.

⁷⁴⁴ ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Liliana. *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio. Un panorama doctrinario, normativo, jurisprudencial y casos relevantes.* Flores Editor. México. 2017, p. 351.

⁷⁴⁵ Para detalles del caso, tanto a nivel fáctico como a nivel jurídico.

ser aceptado por las propias autoridades que la detención que había sido televisada “en directo” se había tratado de una reconstrucción, decretaron se trataba de fundamento suficiente para desestimar el caso, es decir, la violación era considerada tan grave en cuanto a la dignidad y equidad de la acusada, que no debió permitirse se siguiera construyendo un caso en torno a tal violación. Sin embargo el mismo prosiguió hasta culminar con una sentencia condenatoria, que dejaba de lado la apreciación de las circunstancias específicas, bajo la premisa de que el fin justifica los medios. La posterior batalla legal que llegó hasta la Suprema Corte de Justicia y derivó al fin en libertad de la quejosa, este proceso generó la doctrina del llamado efecto corruptor del proceso penal.⁷⁴⁶

Por cuanto hace a la génesis de la doctrina del efecto corruptor del proceso penal, mencionado anteriormente y originado a partir del caso Cassez, la figura se explica en la tesis de fecha mayo de 2013⁷⁴⁷, criterio jurisprudencial que establece, como consecuencia a la concurrencia de los supuestos anteriores, la invalidez del proceso, así como las condiciones para que se decrete la existencia del denominado “efecto corruptor del proceso penal”, a saber:

- a) Que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal;
- b) Que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y
- c) Que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión.

Como podemos ver, la doctrina del efecto corruptor del proceso penal asocia en una de sus vertientes, a la falta de fiabilidad del material probatorio, sin embargo se distingue del criterio de inadmisibilidad de la prueba ilícita, reseñado en párrafos anteriores, toda vez que el criterio de aplicación va en función, no de la

⁷⁴⁶ Este concepto será desarrollado con posterioridad, a efectos de explorar con detenimiento su contenido y alcances.

⁷⁴⁷ EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 537. 1a. CLXVII/2013 (10a.).Época: Décima Época Registro: 2003564 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1 Materia(s): Penal Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.) Página: 537.

vulneración directa de la garantía o derecho fundamental en el momento de obtener el medio de prueba, si no en el tratamiento que la autoridad da al mismo o la manipulación para efectos de generar convicción en el órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad. Mencionamos el mal entendimiento de la doctrina del fruto del árbol envenenado por que si bien la misma no se encuentra contenida en la legislación aquí reseñada de manera explícita, el tema de la “irradiación” de la ilicitud si lo está, para tales efectos debemos recordar que dicha doctrina surge como mecanismo de control a partir de la interpretación de la *exclusionary rule*, a efectos de ampliar el *deterrent effect* a aquellas pruebas producidas a partir de otra que se considera ilícita.

En México y a nivel jurisprudencial, se habría entendido hasta este momento que el mecanismo de exclusión de la prueba prohibida equivalía a la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado, y no como tal a la regla de exclusión de la prueba ilícita, a la cual se le equiparaba. Al entender a esta figura doctrinal como el mecanismo de supresión para toda prueba ilícita, sin importar si se trataba de prueba directa o derivada, la jurisprudencia se encargó de determinar, en un primer momento, que sería susceptible de declaración de ilicitud tanto la prueba directa como aquella derivada de esta y al no resolver primero la cuestión relativa a la aplicación o reconocimiento de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, se orientó a dar cabida, de manera intempestiva y temprana a excepciones a una regla de exclusión de prueba ilícita que, en la práctica, aún y cuando se encontraba reconocida a nivel constitucional, no había sido desarrollada por la propia jurisprudencia ni por la norma adjetiva y, menos aún por la doctrina en el ámbito mexicano⁷⁴⁸.

2. Panorama general de la evolución del concepto, tratamiento y exclusión de la prueba ilícita en el ámbito normativo.

En México, el concepto de prueba ilícita es un elemento de incorporación relativamente reciente, siendo que, previo a la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia del año 2008, su tratamiento se limitaba a unas cuantas entidades que habían migrado sus sistemas penales al sistema denominado acusatorio. De tal manera, a través de su estudio es posible matizar los contrastes del panorama legal mexicano, específicamente por cuanto hace a la materia penal

⁷⁴⁸ Por ejemplo el criterio planteado en: Jurisprudencia. Registro: 2005726. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Tesis: I.9O.P.J./12 (10a.) Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, Tomo III en febrero de 2014, página 2065.

y la evolución que esta ha sufrido en la última década. Al adentrarse en el análisis del nacimiento y desarrollo de la figura de la prueba ilícita en México, es claro que la adopción de dicho concepto es resultado de la transición del sistema penal al modelo acusatorio y, de otras tantas influencias jurídicas que países como Estados Unidos y España, por mencionar a los más notables, han impreso en la historia legal mexicana.

Dicho lo anterior, es necesario aclarar que, tanto la expresión contenida en el Artículo 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM, así como el articulado del CNPP, poco hacen por aclarar el tratamiento procesal que ha de aplicarse a la llamada prueba ilícita, por no decir nada de las prohibiciones probatorias en general, o del tratamiento de la prueba irregular, con la correspondiente omisión de rigor conceptual en la distinción y tratamiento de las mismas, o claridad en la determinación del sistema de tratamiento de las mismas por la vía de exclusión o nulidad.

Dicho lo anterior, consideramos que, a efectos de facilitar el análisis del desarrollo de la figura de la prueba ilícita en el sistema legal mexicano, debemos centrar nuestra atención en cuatro momentos distintos, mismos que abarcan en el desarrollo y evolución del sistema procesal penal mexicano de manera general. El criterio para considerar la distinción temporal planteada parte del estudio de la incorporación del contenido de la regla de exclusión probatoria en la norma Constitucional,⁷⁴⁹ las legislaciones adjetivas en materia penal de las distintas entidades en el marco de la transición al sistema acusatorio y los criterios jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial.⁷⁵⁰ Considerando así mismo los momentos relevantes en la evolución tanto de la doctrina como de la ley y la jurisprudencia en el ámbito nacional.

⁷⁴⁹ El caso mexicano contrasta de los demás abordados a profundidad en este estudio, siendo que la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales, idea en la que se sustenta la figura para el caso específico, está plasmada directamente en el texto constitucional, ocupando la redacción del Artículo 20, Apartado A, Fracción XI. En tanto que en el caso de Estados Unidos y España, se analizó la existencia del contenido de la regla de exclusión probatoria a partir de la interpretación constitucional (de la 4ta. Enmienda y del derecho a un proceso con todas las garantías, contenido en el artículo 24.3 de la CE, respectivamente). En el segundo caso, también fue de gran importancia, tal como se ha establecido, la interpretación que hiciera el Tribunal Constitucional Español con respecto al contenido de la Carta Magna. Interpretación del texto Constitucional que acarreó la modificación de una Ley Orgánica.

⁷⁵⁰ Recordemos que tradicionalmente ha sido en este escenario donde se han desarrollado los conceptos de incorporación de las reglas de exclusión probatoria – y sus excepciones – en los sistemas jurídicos de diversos países, como Estados Unidos o España.

2.1. Momento previo a la adopción del sistema acusatorio.

El primer momento reseñado corresponde al identificado como aquel previo a las reformas de las entidades pioneras en la adopción del sistema acusatorio entre 2006 y 2007.⁷⁵¹ En esta etapa la regulación relativa al tema de prueba ilícita en el panorama legal mexicano era inexistente.⁷⁵² La Constitución mexicana no contenía expresión alguna al respecto,⁷⁵³ mientras que la legislación adjetiva en materia penal – específicamente aquella a nivel federal – comprendía únicamente una interpretación del contenido del artículo 20, apartado A, fracción V Constitucional con respecto a las denominadas pruebas prohibidas. Dicho contenido se centraba en la admisión de todos aquellos medios de prueba que “*no fueran contrarios al derecho*”⁷⁵⁴ y la incorporación al proceso de la prueba ofrecida por el inculpado.⁷⁵⁵

Antes de transitar a la exposición de esta segunda etapa, es necesario mencionar que la Primera Sala de la SCJN interpretó, en el año de 2013, que la prohibición de la utilización de las pruebas obtenidas por medios ilícitos se entiende como un

⁷⁵¹ A efectos de delimitar claramente el periodo y legislación comprendido en este enunciado, hemos expuesto nuestras consideraciones con respecto al desarrollo de la legislación penal y procesal penal mexicana en el apartado denominado “Breve síntesis histórica el desarrollo del derecho penal y procesal penal en México”.

⁷⁵² Esta aseveración obedece a la inexistencia del concepto de prueba ilícita *per se*, es factible sin embargo encontrar antecedentes de prohibiciones probatorias de carácter general y específico en diversos periodos y legislaciones del sistema mexicano a como se desarrolla en el texto del presente apartado.

⁷⁵³ Por cuanto hace a criterios para la admisión de pruebas al proceso, el contenido del Artículo 20 la CPEUM, apartado A, fracción V, únicamente contenía una regla genérica relativa a la admisión de las pruebas ofrecidas por el inculpado, mientras que el mismo artículo 20, en su apartado B, fracción II, hace referencia al criterio de admisión de pruebas ofrecidas por la víctima. Para un análisis detallado del contenido relativo a la prueba en el texto constitucional *vid*: NATARÉN, Carlos. *El Concepto de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Mexicano. Primera Aproximación*. En: Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coord.) UNAM. 2007, p. 127.

⁷⁵⁴ Tal como lo expresa la redacción del artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales: *Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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.*

⁷⁵⁵ Contenido reconocido en el propio texto original de la CPEUM de 1917, en específico dentro del art. 20, fracción V. “*En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: (...) V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener de los reglamentos gubernativos y de policía, el solicite, (sic) siempre que se encuentren en el lugar del proceso*”.

derecho fundamental relacionado a la legalidad,⁷⁵⁶ imparcialidad judicial y a una defensa adecuada, derivado del debido proceso legal que se señala a nivel constitucional y que, como tal, se encontraba implícito en diversos artículos de la Carta Magna, validando la existencia del concepto de prueba ilícita como contenido del derecho positivo mexicano, incluso de manera previa a la reforma de 2008.⁷⁵⁷ Este tema fue abordado de forma similar al reconocimiento que se hizo del contenido del principio *in dubio pro reo*⁷⁵⁸ y de la presunción de inocencia en el texto previo a su actualización⁷⁵⁹ y nuevamente una vez actualizado el texto constitucional.⁷⁶⁰

Dicho reconocimiento *post factum* poco hace por validar la práctica de la aplicación de reglas de exclusión de la prueba ilícita en los procesos del orden penal, puesto que, tal como se ha mencionado, ni las leyes adjetivas contenían

⁷⁵⁶ La relación entre la prueba ilícita y el principio de legalidad en el paradigma procesal mexicano es de importancia, dada la relación que estos guardan para entender el tratamiento de las pruebas que se estimaban como violatorias de derechos, por medio del juicio de amparo, tema que abordaremos en un apartado posterior.

⁷⁵⁷ PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO ESTÁ CONTENIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 14, 16, 17, Y 20, APARTADO A, FRACCIÓN IX, Y 102, APARTADO A, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONALES, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. Época: Décima Época Registro: 2003885 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 1a. CXCIV/2013 (10a.) Página: 603.

⁷⁵⁸ PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Época: Novena Época Registro: 177538 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXII, Agosto de 2005 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 1a. LXXIV/2005 Página: 300.

⁷⁵⁹ PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Época: Novena Época Registro: 186185 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Agosto de 2002 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: P. XXXV/2002 Página: 14.

⁷⁶⁰ PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. Época: Décima Época Registro: 2000124 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. I/2012 (10a.) Página: 2917.

reglas relativas al tratamiento de la prueba denominada como ilícita,⁷⁶¹ ni la propia jurisprudencia se había preocupado de abarcar dicho contenido.⁷⁶² En la práctica, la exclusión de pruebas era realizada de manera discrecional y al margen de la ley en sede ministerial ya que, atendiendo a la construcción particular del sistema procesal penal mexicano, quedaba en manos del Ministerio Público el incorporar o no los datos probatorios, fueran estos derivados de la propia investigación o proporcionados por la defensa o la víctima, a la llamada averiguación previa. Esta “selección” probatoria generalmente se realizaba bajo pretextos infundados, por no convenir a los intereses oficiales, centrados en el irreductible marco de la famosa frase “*ante la duda consigna*”⁷⁶³ o por desconocimiento de la propia ley y sus alcances. La consecuencia de estas exclusiones *ad hoc*, poco hicieron por reforzar el perfil garantista del contenido constitucional y menos aún por tutelar los derechos que la Primera Sala de la SCJN atinó en reconocer como aquellos que salvaguardaban el derecho a la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales en la tesis jurisprudencial antes reseñada. Es necesario recalcar que las facultades del Ministerio Público para no incorporar pruebas a la averiguación previa se fundaban, de manera exclusiva, en su interpretación de la ley y los escuetos parámetros de prohibición de incorporación de medios de prueba, bajo el concepto de prueba prohibida. Expresada en los lineamientos de la

⁷⁶¹ Como notable excepción habría que mencionar el Código de Procedimientos Penales de Coahuila (1999) que incorporaba el concepto de licitud como requisito para los medios de prueba recabados por el Ministerio Público, así como también el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, publicado en 2006, el cual en su numeral 19 aborda lo relativo a la legalidad de la prueba. Esta última excepción es entendible, y se explica, tal como se ha dicho previamente, en razón de la transición de la entidad al modelo de proceso penal acusatorio. Sin embargo, aún en este ordenamiento, la regulación de la ilicitud probatoria se reputa embrionaria y poco desarrollada. Posterior a estos instrumentos y ya dentro de la corriente reformadora impulsada por la enmienda de 2008 al texto constitucional, la mayor parte de las entidades adoptaron el modelo de ilicitud probatoria expuesto en el artículo 20, incluso desarrollándolo en mayor o menor medida.

⁷⁶² De hecho, previo a 2011, es imposible localizar una tesis aislada o tesis jurisprudencial, generada por el Poder Judicial de la Federación, que aborde lo relativo a la prueba ilícita o sus conceptos derivados en materia penal, sin embargo, existen dos excepciones, ambas situadas en el campo del derecho administrativo, que abordan temas relativos a actos viciados y el aprovechamiento, dentro del proceso, de los resultados de estos.

⁷⁶³ Esta frase es popular en el ideario mexicano de los operadores en el ámbito del Ministerio Público. Supone que, dado que la averiguación previa consistía en una investigación en ausencia de supervisión judicial, sería mediante el ejercicio de la acción penal que el juez validaría o no la actuación del órgano acusador. Siendo así que el Ministerio Público prefería ejercitar la acción penal y esperar las correcciones o eventual negativa del juzgador a admitir la consignación e iniciar el proceso para fundamentar la negativa del ejercicio o archivar la averiguación previa por falta de elementos. También influía en dicho comportamiento el hecho de que, previo a la reforma Constitucional de 2008, el Ministerio Público en México contaba con poco – o nulo – margen para aplicar el denominado principio de oportunidad, dependiendo en todos los casos de este tipo de maniobras para evitar ejercitar la acción penal o archivar el expediente de la investigación.

propia Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales – con su particular influencia en las codificaciones estatales –.

Por otro lado y en cuanto hace al contenido de prohibiciones probatorias de carácter general, interpretadas a partir de las reglas de exclusión contenidas en la 5ta⁷⁶⁴ y 6ta⁷⁶⁵ Enmiendas del *Bill of Rights* de los Estados Unidos, en el caso del escenario legal mexicano, es posible identificarlas incluso, desde la redacción original del texto constitucional de 1917. Dicho contenido se encuentra referido a la prohibición de valorar pruebas obtenidas mediante los supuestos de incomunicación, intimidación o tortura, o bien de valorar el testimonio rendido ante una autoridad sin la asistencia de su representante legal.⁷⁶⁶

En relación a la prohibición de aplicar tortura y malos tratos⁷⁶⁷, estas se encontraban ya proscritas por el texto constitucional de 1857, mismo que se trasladó *verbatim* al de 1917 y por tanto, continuó en aplicación – efectiva o no – hasta la actualidad. En el caso de la incomunicación⁷⁶⁸, no fue sino hasta 1917 que se incluyó dicha prohibición a nivel constitucional.

Lamentablemente y como es a todas luces notorio, esta regulación resulta insuficiente. Como hemos mencionado, la estructura del propio proceso penal mexicano, previo a la reforma, así como las facultades que este otorgaba al Ministerio Público para la construcción de la Averiguación Previa dificultaban que

⁷⁶⁴ Entendida en sentido amplio como la protección ante la autoincriminación y el derecho a no declarar.

⁷⁶⁵ En el caso aplicable, concebida de manera general, como el derecho a la representación legal del inculcado.

⁷⁶⁶ Cabe señalar la reforma publicada el 3 de septiembre de 1993, misma que modificó la redacción del artículo 20, apartado A, fracción II de la CPEUM. “*No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio*”.
Previo a esta reforma la participación del defensor o representante legal sólo se exigía en las declaraciones ante el juez, no así ante el MP.

⁷⁶⁷ Artículo 19, en su parte final de la redacción de 1857 y último párrafo del texto Constitucional de 1917: “*Todo mal tratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades*”.

⁷⁶⁸ Artículo 20, fracción II del texto original de la CPEUM de 1917: “*No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto*”.

las disposiciones legales tendientes a la protección de los derechos reseñados se manifestaran en la realidad.⁷⁶⁹

Resulta especialmente grave la amplia difusión que se dio a la tortura como método de investigación en México, la falta de preocupación por la autoridad jurisdiccional⁷⁷⁰ o, incluso, la existencia de figuras que fomentaban o permitían, de manera indirecta, la validación de actuaciones que pudieran estar manchadas por malas prácticas⁷⁷¹. No fue sino hasta 1991 que, con una serie de reformas a Códigos a nivel Federal y locales, que se *prohibió de manera terminante a los agentes de la policía judicial interrogar a los detenidos*⁷⁷². Otro pequeño paso hacia la erradicación de estas conductas, lo constituyó el hecho de que en 2003 que el País se comprometió a implementar una versión adaptada del Protocolo de Estambul.⁷⁷³ El informe publicado por Amnistía Internacional en 2014, denominado “Fuera de control. Tortura y otros malos tratos en México” desarrolla de forma detallada la evolución y alcances de la aplicación de la tortura como método de obtención de información en los procesos penales e incluso al margen de estos en temas de represión política y social.

Sin embargo, considerando posiciones, aún recientes, tanto de órganos jurisdiccionales como de las autoridades encargadas de la investigación de los

⁷⁶⁹ Existía por ejemplo la figura de la “persona de confianza”, quien no requería título o autorización para ejercer la representación jurídica del inculpado. Esta persona podía actuar como asesor jurídico del mismo y “validar” las actuaciones realizadas en la averiguación previa.

⁷⁷⁰ Como de muestra la reciente Jurisprudencia en materia penal, con número de registro: 2015603: “TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL INCULPADO”. La cual señala, por ejemplo: “*No obstante, en aquellos casos en que no exista confesión o algún otro acto que implique autoincriminación como consecuencia de los actos de tortura alegados, no resulta procedente ordenar la reposición del procedimiento de conformidad con la jurisprudencia antes citada, pues en esos supuestos la violación a derechos humanos derivada de la tortura carece de trascendencia en el proceso penal por no haber impacto (...)*”.

⁷⁷¹ Resulta triste la amplia difusión de la aplicación de estas conductas y la huella que existe a nivel social sobre la percepción de las mismas, así términos como el “tehuacanazo” o la “calentadita” han encontrado acogida en el léxico popular como referencia a conductas de tortura en manos de autoridades.

⁷⁷² FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, p. 26.

⁷⁷³ Informe “Fuera de Control. Tortura y otros malos tratos en México”, publicado por Amnistía Internacional en septiembre de 2014, p. 5. Consultado el 1 de marzo de 2016, disponible en: http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/09/INFORME_TORTURA_AIM.pdf

delitos, es evidente que la brecha entre la realidad y lo esperado en materia de erradicación de este tipo de prácticas, es aún grande⁷⁷⁴.

La recopilación de datos contenidos en documentos de esta índole, así como distintas recomendaciones emitidas por órganos como el Comité contra la tortura de ONU evidencian la falta de efectividad de las disposiciones legales y la impunidad manifiesta con que se aplicaban estos métodos en la investigación de delitos. Los datos en referencia a la falta de asistencia legal en la obtención de declaraciones tampoco resultan alentadores.

Otro escenario a considerar por cuanto hacía a la prohibición de valoración de elementos probatorios específicos, es aquel derivado del contenido del artículo 16 constitucional, particularmente en lo tocante a la intervención a comunicaciones privadas. En este supuesto se establece, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legales previstos,⁷⁷⁵ la falta de valor probatorio del material obtenido. El desarrollo de esta normativa se vio impulsado a partir de la década de los noventa, por la emisión de legislación relativa a la persecución de la delincuencia organizada y la reorganización de la Policía Federal, mismas que incluyeron elementos concernientes a la solicitud, adquisición y utilización procesal de la información recabada mediante estos mecanismos y que se tradujeron en la reforma o creación de distintos cuerpos legales que incluyeron el tratamiento relativo a la intervención de las comunicaciones privadas, así como la utilización de las pruebas derivadas de esta.⁷⁷⁶

Cabe señalar que, las reglas que trataban de la admisibilidad de pruebas, existentes en el sistema mixto, se encontraban dispersas en diversas expresiones

⁷⁷⁴ Se citan, a manera de ejemplo, tesis aisladas posteriores a la reforma de 1991, donde aún se estimaba que la policía judicial era autoridad apta para recibir confesiones (Tesis Aislada en Materia Penal. Tribunales Colegiados de Circuito. 8va. Época. Registro: 215345. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, Agosto de 1993, pág. 384).

⁷⁷⁵ Los requisitos desde luego son identificables con la autorización emitida por un órgano jurisdiccional, acompañado de los requisitos legales que supone dicha medida, derivados de la interpretación del Principio de Legalidad.

⁷⁷⁶ En este rubro podemos hacer mención del contenido del Artículo 16 Constitucional, así como las reformas, adiciones y modificaciones sufridas en el Código Federal de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de la Policía Federal y su Reglamento, la Ley de Seguridad Nacional, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de persona y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, así como el propio Código Nacional de Procedimientos Penales.

recopiladas en las legislaciones adjetivas de diversas entidades, mismas que regulaban la incorporación de los elementos de prueba bajo los criterios de moralidad, obtención de forma legal⁷⁷⁷ y pertinencia con respecto a los hechos. Dichos criterios pueden ser organizados en 3 categorías: Criterio de moralidad; criterio de pertinencia y criterios de exclusión eventual ante el incumplimiento de obtención legal del medio de prueba (nulidad y licitud). Bajo el sistema acusatorio sin embargo, subsisten únicamente los criterios de admisibilidad ligados a la legalidad y a la pertinencia de la prueba.

Es así como podemos afirmar que, los criterios utilizados en el sistema mixto para la exclusión de prueba, se estructuraban fundamentalmente en torno al concepto de prueba prohibida, siempre manifestada *a priori* y contenida a nivel normativo. Dicha prohibición no hacía referencia en ningún momento al concepto de derechos fundamentales, ni se contemplaban mecanismos de rehabilitación o excepción a la declaración de proscripción, dado el carácter prohibitivo de la norma. Esta construcción resulta compatible con lo que MIRANDA ESTRAMPES identifica como el concepto “restringido” de prohibición probatoria⁷⁷⁸.

De manera adicional, es posible identificar supuestos específicos de prohibiciones probatorias contenidos en la legislación procesal, orientadas a tutelar el derecho a una defensa adecuada y otros derechos procesales. Nuevamente sin hacer referencia al concepto de prueba ilícita de forma expresa ni tácita, al no considerar la eventual rehabilitación del elemento probatorio mediante mecanismos de ponderación del acto que originó la obtención del mismo en contraste con la vulneración de derechos – fundamentales o no – o reglas de excepción para la incorporación y valoración del elemento probatorio. Así, es posible clasificar estas prohibiciones como de carácter específico,⁷⁷⁹ situación compatible con el manejo de las prohibiciones probatorias en países como España.

⁷⁷⁷ Entendida no como prueba ilícita en función de la vulneración de derechos fundamentales en su obtención, sino como la omisión en el cumplimiento de un requisito de carácter procesal. Esta definición es compatible con la definición doctrinal de la prueba ilegal, entendida como aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria. HUERTAS MARTÍN, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. J. Ma. Bosch Editor, Barcelona, 1999. páginas. 132-133.

⁷⁷⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2da. Edición. J. M. Bosch Editor. España. 2004, p.33.

⁷⁷⁹ Según la clasificación propuesta por MIRANDA ESTRAMPES. *Ídem*.

La utilización de estos rígidos y pocos criterios para regular la prohibición probatoria derivaron, eventualmente, en la necesidad de que el control de la valoración de las pruebas prohibidas fuera realizado por medio del amparo, dado que la obtención de pruebas por vía de violación de derechos – de cualquier categoría – resultaba en un “concepto de violación”, susceptible de tutela mediante esta figura legal, dada la identidad de dicha falta con una violación a garantías individuales. Sin embargo, esto no se tradujo en la incorporación de los conceptos o mecanismos referidos en párrafos anteriores al plano normativo.⁷⁸⁰

A manera de clasificación, es posible incorporar la distinción realizada por FIX-ZAMUDIO y OVALLE FAVELA,⁷⁸¹ quienes reconocen cuatro sistemas utilizados por los ordenamientos procesales mexicanos a razón de determinar la admisibilidad de los medios de prueba: Aquellos que precisan en forma limitativa los medios reconocidos por la ley; aquellos que enumeran de forma enunciativa algunos medios y permiten la admisión de otros distintos a los enunciados; aquellos que reconocen la eventual admisión de cualquier medio probatorio y por último aquellos que señalan la admisibilidad de cualquier medio de prueba sin enunciación ni exclusión.⁷⁸² Esta clasificación pone de manifiesto varios elementos relativos a la prueba ilícita y su tratamiento en el sistema mexicano, en un primer punto, identificamos la inexistencia de un concepto y una regla de tratamiento de la prueba ilícita, en segundo lugar la inexistencia de criterios generales de prohibiciones probatorias, tal como afirmamos en párrafos anteriores.

Este periodo culmina con las reformas adoptadas por Oaxaca, Chihuahua, Estado de México y Morelos. Entidades precursoras en la adopción de sistemas penales de corte acusatorio. Estas entidades, al fundar sus códigos procesales en dicho modelo, incorporaron el concepto de prueba ilícita en sus ordenamientos procesales, iniciando con esto la segunda etapa de tratamiento de la prueba ilícita identificada en el presente estudio.

⁷⁸⁰ NATARÉN, Carlos y CABALLERO, José Antonio. *El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A*. En: Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana. Tomo II. FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo (Coord.) SCJN – UNAM. México, D.F. 2013.

⁷⁸¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor; OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal*. UNAM. 1991, pp. 89-91.

⁷⁸² Los autores contemplan dentro de este último rubro al Código Federal de Procedimientos Penales, haciendo referencia expresa al artículo 206, el cual como hemos visto si presenta un criterio de eventual exclusión fundado en lo que hemos de considerar como criterio dual de pertinencia y licitud (en específico contra el principio de legalidad, contenido en la formula que requiere que el dato de prueba “no vaya contra el derecho”).

2.2. Las reformas procesales previas a la reforma constitucional de 2008. Los estados pioneros en la implementación.

El segundo momento, marcado por un cambio profundo, al existir ya legislación con contenido relacionado al tema de la regla de exclusión, lo ocupa el periodo comprendido a partir las reformas a los sistemas procesales de Oaxaca, Chihuahua, Morelos y Estado de México y hasta antes de la publicación de la reforma Constitucional de 2008.

En este periodo, el desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita se caracteriza por la coherencia existente entre las diversas legislaciones procesales de las entidades, situación entendible a partir de la reutilización de los proyectos que las mismas fueron implementando como legislación procesal en el afán de implementar a la brevedad el sistema acusatorio⁷⁸³. Si bien esta etapa debía haber corrido por 2 vías paralelas, es decir, en primer lugar, el desarrollo aislado y sin soporte constitucional representado por la legislación reformada de las entidades mencionadas y, en segundo término, por el desarrollo jurisprudencial de estas disposiciones, interpretado por el poder judicial desde el amparo del contenido constitucional, pareciera que el desarrollo en esta segunda vía quedó al margen, dado que en el periodo que estas legislaciones entraron en vigor y la reforma de 2008, la publicación de criterios jurisprudenciales que abordaran la interpretación de los mismos es inexistente. Sin embargo, el concepto de la prueba ilícita y la

⁷⁸³ Así, disponemos de la abstracción de los numerales que regían el tema de legalidad de la prueba en las siguientes líneas:

- Oaxaca 9 de septiembre de 2006. Artículo 21. Legalidad de la prueba: 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.*
- Chihuahua 9 de agosto de 2006. Comparte redacción con el Código de Oaxaca, más traslada el mismo en el artículo 19.
- Estado de México 25 de junio de 2008. Comparte redacción con el Código de Oaxaca, ubicando el contenido en el mismo artículo 21.
- Morelos 22 de noviembre de 2007. Art. 333. Legalidad de la prueba. *Los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito o si no fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código; tampoco tendrán valor las pruebas que sean consecuencia directa de aquéllas.* Este artículo fue reformado el 24 de agosto de 2009, adicionándose a su parte final el siguiente texto: *“Lo anterior no afectará a otros medios de prueba lícita que arrojen el mismo resultado probatorio, siempre que no se deriven de los medios ilícitos”.*

prohibición de utilización de prueba obtenida en contravención de disposiciones reconocidas a nivel constitucional, en casos específicos como la intervención de comunicaciones⁷⁸⁴ era patente, como demuestra la existencia varios criterios contenidos en Tesis Aisladas⁷⁸⁵.

2.3. La entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008. La creación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México.

La tercera etapa corresponde a la comprendida entre la publicación de la reforma Constitucional de 2008 y hasta la emisión del Código Nacional de Procedimientos Penales en marzo de 2014. A partir de esta etapa podemos identificar la existencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita plasmada a nivel constitucional, así como la intención de la SCJN de conformar, al menos a nivel jurisprudencial, avances en materia del tratamiento de las reglas de la prueba ilícita, muchas veces en franca confusión por cuanto hace al contenido y alcance de la misma⁷⁸⁶.

Resultado de los cambios en el texto constitucional con la reforma del 2008, la inclusión la regla de exclusión de la prueba ilícita en el artículo 20 de la misma y las eventuales reformas que sufrieron algunas normas procesales estatales entre el periodo de la promulgación del texto constitucional y la adopción e inicio de vigencia de las mismas en el sistema acusatorio a nivel nacional, así como la emisión del CNPP, derivó que en las normas adjetivas en materia penal se contemplaran supuestos de prohibición de valoración de pruebas, fundadas en el concepto constitucional de la regla de exclusión probatoria.

⁷⁸⁴ Como hemos visto en secciones anteriores, en los casos específicos de intervención de comunicaciones México ha desarrollado numerosa legislación a partir de la experiencia del combate a la delincuencia organizada, por lo que no debe sorprender que el criterio jurisprudencial reseñado a continuación, aborde tal tema desde la perspectiva de la tutela de la inviolabilidad de las comunicaciones.

⁷⁸⁵ Tesis Aislada. Número de registro: 2010347. Primera Sala, Décima Época. Semanario Judicial de la Federación. 1a. CCCXXV/2015(10a.). COMUNICACIONES PRIVADAS. DEBE EXISTIR UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERVENIRLAS, AUN EN CASOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA. Para intervenir una comunicación privada se requiere autorización exclusiva de la autoridad judicial federal, a petición de la que faculte la ley o del titular del Ministerio Público, por lo que todas las formas existentes de comunicación (...) están protegidas por el derecho fundamental a su inviolabilidad.

⁷⁸⁶ Se hace referencia, desde luego, al tratamiento que la propia SCJN dio al concepto en los casos de Florance Cassez y de la Matanza de Acteal.

Dicha incorporación, sin embargo, se dio en el contexto de la aplicación de cambios sustanciales a los modelos de operación de las instituciones encargadas de la investigación de los delitos, así como de los órganos jurisdiccionales, situación que, en mayor o menor medida, desvió la atención sobre el particular, ocasionando que, a la fecha, el tema de la regla de la exclusión de la prueba ilícita en México se encuentre a medio camino entre el desarrollo y la aplicación de criterios contradictorios, incluso, con la norma constitucional. Situación que, a la postre, ocasionará diversos problemas al ámbito jurisdiccional, en tanto no se cuenta aún con criterios o un desarrollo jurisprudencial serio, que permita orientar la evolución del tratamiento de dicha disposición.

2.4. La entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales y la regulación adjetiva de la regla de exclusión y sus efectos.

La cuarta etapa se cuenta desde la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales y hasta la actualidad. Es a partir de este momento que se cuenta con una expresión normativa que desarrolla la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita a nivel procesal, si bien plasmando limitados criterios para su tratamiento y los límites para su utilización dentro del proceso. Destaca también el ámbito territorial de aplicación de la norma, en razón de la función unificadora del texto normativo al imponer un mismo esquema procesal a nivel nacional y en los fueros común y federal. Así mismo, es esta etapa la que ha visto el desarrollo de jurisprudencia relativa al tratamiento de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales dentro del proceso penal, así como los criterios y reglas de exclusión de la misma y sus excepciones fundadas, principalmente, en criterios interpretativos derivados de legislación extranjera, con fuentes en el tratamiento de las reglas de exclusión en Estados Unidos y España.⁷⁸⁷

Se estima que uno de los principales problemas que ha implicado la importación de estos criterios y su aplicación en el contexto mexicano, es el desconocimiento que los mismos guardan con la realidad normativa, puesto que la disposición de la ubicación de la regla de exclusión en el texto constitucional implica una dinámica distinta a aplicar cuando de la exégesis de dicha norma se trata, pues está ha

⁷⁸⁷ Entiéndase bajo este rubro todas las Tesis Aisladas y Criterios Jurisprudenciales que abordan elementos tales como: Las excepciones de Nexo causal atenuado, excepción de actuación de buena fe, descubrimiento inevitable, la doctrina de los frutos del árbol envenenado, entre otras.

surgido, en ambos casos de estudio, de la interpretación realizada por órganos jurisdiccionales en función de casos específicos, no orientados por mayor contenido fundamental que no fuera la identificación de la naturaleza jurídica de la regla en el seno del principio del debido proceso y la aplicación del principio de presunción de inocencia como regla de juicio.

En este sentido, consideramos necesario dirigir la interpretación jurisprudencial y dogmática del contenido de la regla de exclusión y sus alcances, en el contexto mexicano, a desarrollar la principal característica de la misma como lo es, en principio, su rango constitucional. Esta interpretación dotará, sin lugar a dudas, de una posición sólida a los criterios que la desarrollen, a efectos de verificar si, en el contexto del sistema jurídico mexicano, es factible hablar de límites a la aplicación de dicha regla, mediante criterios de excepción y, en caso afirmativo, desarrollar los mismos a partir de una interpretación armónica de los principios constitucionales y aquellos que orientan el desarrollo del proceso penal en el país.

IV. La actual regulación de la prueba ilícita en México.

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El génesis de la regulación constitucional en el tema de la exclusión de la prueba ilícita surge con la propia reforma del 18 de junio de 2008. Previo a ello, tal como se ha expuesto en relación con el esquema contenido en el modelo “mixto”, la admisión de las pruebas dependía de reglas procesales establecidas en la legislación adjetiva y siempre en referencia únicamente al concepto, del todo general, de prueba prohibida. Adicionalmente, la aplicación de tales reglas probatorias se sujetaban a la siempre restringida interpretación que los funcionarios ministeriales y judiciales hacían de ella y, en última instancia, a los criterios jurisprudenciales que se emitían, por parte del Poder Judicial de la Federación a la luz de la redacción del texto constitucional y las distintas legislaciones procesales (a nivel Federal y estatal) generadas a partir del Código Federal de Procedimientos Penales de 1931.

Este origen se explica en el Cuaderno de Apoyo para la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, editado por la Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis en Junio de 2008,⁷⁸⁸ donde en referencia a la reforma al artículo 20 Constitucional, específicamente en la fracción IV se propuso, como parte del contenido de la reforma ya señalada, incorporar el principio de nulidad⁷⁸⁹ de la prueba ilícita, tal como lo establece el texto de la citada fuente:

En la fracción IV se propone también incorporar el conocido principio de la nulidad de la prueba ilícita. Tal principio consiste en impedir que una prueba obtenida ilícitamente sea presentada en juicio y tomada en cuenta en la sentencia. Se trata de un principio reconocido en un número importante de legislaciones de otros países; su propósito es evitar que una violación legal para obtener una prueba pueda tener como resultado mediato la condena de una persona. Este principio es especialmente importante para evitar la tentación de que las autoridades policiales y ministeriales “presionen” a las

⁷⁸⁸ Consultado el 12/07/2015 y disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

⁷⁸⁹ Nótese como el órgano de estudio del legislador propone el término nulidad, no exclusión, para hacer referencia al tema de la prueba ilícita y la prohibición consistente en su valoración dentro del proceso penal. Sobre esta distinción se elaborará a mayor detalle en páginas siguientes.

personas detenidas, las arresten sin tener una orden judicial, intervengan sus comunicaciones o entren en sus domicilios fuera de los supuestos constitucionalmente previstos.

Derivado de dicho razonamiento, con la reforma del 18 de junio se estableció a nivel constitucional, de manera textual y contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX:⁷⁹⁰ *“Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”*. En palabras de NATARÉN y CABALLERO: *El poder reformador de la constitución introdujo, quizá no plenamente consciente de sus alcances, de forma expresa y al máximo nivel del ordenamiento jurídico una compleja regla de nulidad probatoria.*⁷⁹¹

El texto Constitucional reformado quedó plasmado en la reforma de 2008 de la siguiente manera:

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

A. De los principios generales:

(...)

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

Cabe hacer mención que, dentro del texto constitucional, el concepto de derechos fundamentales es utilizado únicamente en 1 instancia: La cual se encuentra precisamente en el contenido descrito en el párrafo anterior, el cual corresponde a la manifestación de la regla exclusión⁷⁹². Con esto no se quiere afirmar que en el derecho mexicano no exista el concepto de derechos fundamentales, simplemente se busca aclarar la incorporación al texto constitucional de términos, que si bien

⁷⁹⁰ Nótese el cambio de fracción que ocupó el principio en la redacción final del artículo, contrastado con la propuesta señalada en la iniciativa de reforma.

⁷⁹¹ NATARÉN, Carlos y CABALLERO, José Antonio. *El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A*. En: *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Tomo II. FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo (Coord.) SCJN – UNAM. 2013.

⁷⁹² Anteriormente el término habría sido utilizado en el artículo 18, párrafo cuarto, a partir de la reforma constitucional publicada el 12 de diciembre de 2005, en referencia al sistema integral de justicia para adolescentes, donde establece la garantía de respeto a estos derechos. Sin embargo el contenido de dicho artículo fue modificado con la reforma constitucional publicada el 29 de enero de 2016, donde el término fue “actualizado” por el de “derechos humanos”.

resultan perfectamente aplicables por entenderse dentro del contexto de un Estado de Derecho democrático, resulta evidente son adoptados de derecho extranjero.

Aún y cuando no resulta sencillo explicar la decisión de incluir la regla de exclusión en la norma constitucional, al menos a partir de las fuentes disponibles, tal acción parece obedecer la tendencia de otros sistemas jurídicos los cuales, ante recientes reformas en materia procesal penal, han optado por dotar a figuras como la exclusión de la prueba ilícita, de una “tutela reforzada”⁷⁹³, al incluirla en las normas constitucionales, materializando un elemento de protección que puede ir incluso más allá del contenido de la legislación ordinaria.

Priscila Cruces Aguilar⁷⁹⁴ resume la regla de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente en México, derivada del razonamiento ya expuesto y plasmada en el texto constitucional, en el siguiente esquema:

- a) Admisión de la prueba derivada: no hay supuestos de admisión.
- b) Justificación de la regla de exclusión: protección de los derechos fundamentales vulnerados por la prueba.⁷⁹⁵

⁷⁹³ Así lo identifica ARMENTA DEU. Vid. ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011, p. 35.

⁷⁹⁴ CRUCES AGUILAR, Priscila. *¿La Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado en México?* Abril 2014. Consultado el 13 de julio de 2015 y disponible en: https://www.academia.edu/7751155/_La_doctrina_del_fruto_del_árbol_envenenado_en_México

⁷⁹⁵ Debemos aclarar ante el comentario de esta autora que es el método de obtención de la prueba el que vulnera los derechos, no la prueba por si misma, dado que el medio probatorio es, por defecto, ajeno al ámbito de derechos tutelados de la persona. Es decir, la prueba la constituye, en el sentido de una confesión interceptada en una comunicación privada, el contenido de la declaración en si misma. La prueba (testimonio) no es vulneradora de derechos, más el método utilizado en su obtención (interceptación de la comunicación sin orden judicial) si lo es.

- c) Fin de la regla de exclusión: eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales.⁷⁹⁶

Como observaremos a continuación, si bien el análisis propuesto resulta ilustrativo, es necesario complementar los puntos expuestos, ya que por cuanto hace al criterio de admisión de prueba derivada, debemos mencionar que si existe la posibilidad de incorporarle al proceso mediante mecanismos interpretados a nivel jurisprudencial. Hacemos referencia, desde luego, a la llamada excepción de fuente independiente⁷⁹⁷ y al vínculo atenuado, llamado en México nexo causal atenuado.⁷⁹⁸

Al respecto cabe señalar la importancia que guardan, en referencia al tema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida en México, los 3 elementos normativos siguientes:

- 1) El criterio rígido de exclusión, derivado del contenido de la reforma de 2008, marcado por la interpretación de la regla del debido proceso a partir de la interpretación sistemática del contenido de los artículos 14, 16, 17 y 20 Constitucionales y plasmado en el artículo 20, apartado A, fracción IX.
- 2) La regla de tratamiento a nivel procesal, propuesta por el CNPP en los artículos 263, 264, 346 y 357.
 - a. La obligación de obtención de datos probatorios con apego al criterio de legalidad, comprendido en las expresiones relativas a

⁷⁹⁶ Cabe señalar que al respecto estimamos como finalidad de la regla de exclusión expuesta, no la simple eliminación de la prueba concreta del caudal probatorio, si no la imposibilidad de la valoración por parte del órgano jurisdiccional, para lo cual se torna necesario, más no contingente eliminar la prueba en el sentido de la disposición que de ella pudieran hacer las partes, a efectos de que la misma no se preste a la valoración del órgano jurisdiccional llamado a resolver la causa. Este razonamiento toma en consideración el supuesto de que la ilicitud de la prueba, de conformidad con las reglas procesales mexicanas - en específico el artículo 264 del CNPP - puede ser cuestionada en cualquier momento, incluso en la audiencia de juicio oral, donde el órgano jurisdiccional que preside sobre la misma estará llamado a resolver sobre el asunto. El único resultado a esperar de dicha resolución será la consideración de si la prueba es o no lícita y, si en base a tal resultado, es factible su valoración, dada la existencia de criterios atemperadores de la ilicitud, plasmados en diversa jurisprudencia.

⁷⁹⁷ Tesis Aislada. Registro: 2010354. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala de la SCJN. Tesis: 1ª. CCCXXVI/2015 (10a.). Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, pág. 993. PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

⁷⁹⁸ *Ídem*.

- dichos procesos en el propio Código, plasmado en el numeral 263.
- b. La definición de prueba ilícita, contenida en el artículo 264, asociándola a la obtenida con violación de derechos fundamentales. Atribuyéndole como consecuencia su exclusión o nulidad, así como la regla procesal relativa al tratamiento de la misma, permitiendo su denuncia en cualquier etapa del proceso.
 - c. La posibilidad de la aplicación del remedio de exclusión como consecuencia de la actuación *ex officio*, ejecutada por el Juez de Control, en la etapa intermedia a efectos de delimitar el acervo probatorio e impedir la inclusión de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales en el proceso.
 - d. El criterio rígido de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, referido a la imposibilidad de valoración, derivado de su obtención con violación de derechos fundamentales o su incorporación al proceso con omisión de los requisitos legales contenidos en la norma adjetiva, contenido en el art. 357.
- 3) La incorporación paulatina de las llamadas excepciones a la regla de exclusión, representadas por:
- a. La adaptación de la doctrina del fruto del árbol envenenado y su relación/distinción con la tesis del efecto corruptor del proceso penal.
 - b. La doctrina del nexo causal atenuado a nivel Jurisprudencia⁷⁹⁹ para la depuración del vínculo de ilicitud en pruebas relacionadas indirectamente a la prueba ilícita y el reconocimiento de la posibilidad de aplicación de la excepción de fuente independiente como criterio de admisión de pruebas relacionadas a una tachada de ilícita.

⁷⁹⁹ Construcción basada extensamente en el *purged taint* norteamericano, establecido a partir del caso United States V Ceccolini 435 U.S. 268 (1978).

2. La prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En referencia a la regulación de la prueba a nivel procesal, el CNPP, divide el tratamiento de la misma en 5 secciones:

- a) De los datos de prueba, medios de prueba y pruebas del artículo 259 al 265;
- b) Sobre la prueba anticipada e los artículos 304 al 306;
- c) De la normativa aplicable a la exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate en etapa intermedia en el artículo 346;
- d) De las disposiciones generales sobre la prueba del artículo 356 al 390; y
- e) De lo relativo a la valoración de la prueba como elemento de construcción de la resolución por parte del Tribunal de Enjuiciamiento en el artículo 402.

Por cuanto hace a la prueba ilícita en específico, el tema es abordado de manera por demás sucinta en los artículos 263 y 264, en el artículo 346, fracción II y, finalmente, en el artículo 357. Para aclarar esta cuestión, primero debemos comprender lo que la legislación adjetiva en materia penal considera como dato prueba, medio de prueba y prueba. Elemento abordado en el numeral 261, bajo una sintética redacción que busca dejar poco margen de error con respecto al tratamiento de cada uno de estos conceptos. En primer lugar, el código determina que será considerado como dato de prueba toda referencia al contenido de un determinado medio de convicción, aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional y supeditado a los parámetros de idoneidad y pertinencia que le relacionen con el hecho materia del proceso y a la utilidad que estos representen como elemento de acreditación del elemento subjetivo.

Por medio de prueba, el CNPP reconoce toda fuente de información que permita reconstruir los hechos, siempre y cuando la misma respete las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos. En este espacio, el elemento preponderante en el escenario resulta el de la legalidad, es decir, del respeto a la normativa en relación a los medios probatorios, pasando desde su obtención hasta su eventual práctica en la audiencia de juicio, así como la valoración que de los mismos realice el órgano jurisdiccional. Es aquí que la exigencia constitucional relativa al requisito de licitud de la prueba utilizada a efectos de acreditar hechos materia de un proceso penal, misma que aparece por primera vez en el CNPP en el artículo 259, cobra relevancia, pues establece un límite, si acaso en este momento probable, al derecho probatorio, comúnmente identificado en esta vertiente como la denominada “libertad probatoria”. Este numeral crea una relación de dependencia entre la posibilidad de acreditación del hecho y los medios para

hacerlo, supeditando la validez o, en este caso, la factibilidad de utilización de los mismos, sujeta desde luego, a la condición de legalidad.

Los artículos 263 y 264 hacen referencia a la prueba nula y a la prueba ilícita, respectivamente, más sin embargo, reflejan la incapacidad del CNPP al distinguirlas, en tanto en el artículo 263 que lleva por título licitud probatoria se ocupa de hablar del apego que deberá tener la obtención, producción y reproducción de los datos y pruebas a la norma procesal a efectos de lograr su admisión y desahogo – práctica – en el juicio, lo cual se debería analizar a la luz del principio de legalidad y, por ende, ser tramitado vía el incidente de nulidad:

Art. 263: “Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código”.

Según el propio ordenamiento, la declaración de nulidad, contemplada en los artículos 97 al 102 del mismo, puede ser invocada por dos razones distintas, cuando el acto hubiese sido cometido con violación de derechos humanos, lo que acarrea como sanción la nulidad absoluta y, por otro lado, cuando la ejecución del acto contravenga formalidades previstas en el propio ordenamiento, a lo que acompaña la sanción de nulidad relativa, de eventual y posible reparación bajo el concepto de saneamiento.⁸⁰⁰ Como tal, la eventualidad del rompimiento del vínculo que impone el principio de legalidad con respecto a la obtención, producción y reproducción del medio probatorio

Mientras que, en el artículo 264, que lleva como título la nulidad de la prueba, se aborda la definición de prueba ilícita, la cual se limita a transcribir el contenido del art. 20 apartado A fracción IX de la CPEUM y a establecer la consecuencia de infracción, ahora si, en referencia a la nulidad de la prueba adquirida mediante vulneración de derechos fundamentales.⁸⁰¹

En el párrafo segundo del artículo 264 se aborda el tratamiento procesal de la prueba estimada ilícita, señalando que no existe límite por cuanto hace a la etapa

⁸⁰⁰ Art. 99 CNPP.

⁸⁰¹ Art. 264 CNPP: Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

del proceso donde esto se hará valer, y que corresponderá al órgano jurisdiccional hacer el pronunciamiento respectivo.⁸⁰²

El artículo 346, fracción II, donde se habla de la posibilidad de excluir de la audiencia de debate un medio de prueba que hubiera sido obtenido con violación de derechos fundamentales expresa la facultad *ex officio* con que cuenta el juez de control, durante la etapa intermedia, de ordenar la expulsión de elementos probatorios del proceso, en este caso, por contravención del mandato constitucional que condiciona su obtención mediante un proceso compatible con los derechos fundamentales.

Es, sin embargo, la fracción III del numeral la que considera la aplicación de la sanción para aquellos medios de prueba que hubieran sido sancionados con nulidad, por faltar a alguna de las formalidades legales establecidas en el propio CNPP. Esta integración o asimilación de la denominada prueba ilícita y la prueba irregular, entendida como aquella afectada por un vicio de carácter procesal y, por ende, susceptible de trámite por la vía de nulidad, hace que el tratamiento procesal de ambas figuras se confunda, integrando un “bloque”, lo que en la práctica dificulta o hace poco relevante la distinción entre un supuesto y otro.

Por su parte el artículo 357 aborda las consecuencias de la ilicitud y la nulidad, haciendo referencia a la imposibilidad de su valoración por parte del Órgano jurisdiccional.⁸⁰³

Es de notarse en este apartado que el CNPP no contempla mecanismos para admitir en el procedimiento prueba que haya sido declarada como ilícita, así como tampoco contempla remedios para la admisión y valoración de las pruebas tratadas por la vía de nulidad que propone, dado que no regula dicha consideración. Esto en concordancia estricta al contenido del artículo 20 de la

⁸⁰² Art. 265 CNPP, párrafo segundo: Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto”.

⁸⁰³ Art. 357 CNPP: La prueba no tendrá valor probatorio si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

CPEUM en el apartado A fracción IX y el apartado B fracción IV,⁸⁰⁴ no siendo esto cierto para los criterios jurisprudenciales analizados en la sección anterior

Las excepciones reseñadas en cuanto hace a la prueba anticipada, se contienen en el texto del CNPP, en cuya regulación no se advierte discrepancia alguna con la normal regulación de la materia en otros sistemas legales, por ejemplo, en el español. Siendo las excepciones en el ámbito mexicano, las siguientes:

- Art. 259 párrafo 3ro. “Los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones previstas por este Código y en la legislación aplicable”
- Art. 259 párrafo 4to. “Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código”.

Por cuanto hace al tema de la valoración de la prueba, encontramos recabado, en el artículo 402 del CNPP, la regulación relativa a la convicción que deberá alcanzar el Tribunal de Enjuiciamiento mediante la valoración de la prueba establece como requisito que, aquella prueba desahogada en juicio sólo será valorable y sometida a la crítica del Tribunal si cumple con el requisito de legalidad y ha sido incorporada al debate mediante a las disposiciones del Código. En la práctica, esta exigencia equivale al doble cumplimiento, tanto del principio de legalidad en sentido estricto, mediante el tratamiento apegado a la ley que garantice la regularidad del medio probatorio, como al requisito de exigencia constitucional, consistente en la legalidad en sentido amplio, o la conformidad del método de obtención de la prueba en apego a la exigencia de respeto a los derechos fundamentales contenida en el artículo 20 CPEUM⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Previo a la reforma del 18 de junio de 2008, donde esta redacción era inexistente y por tal, no se contemplaba de manera textual la regla de exclusión probatoria a nivel constitucional, el único elemento de interpretación que permitía su análisis se situaba en el párrafo 10mo. del artículo 16 de la propia Constitución, que señalaba la carencia de valor probatorio para las pruebas – relativas a intervención de comunicaciones privadas – que no se ajustaran a las reglas establecidas en el párrafo anterior. Cabe señalar que el Código Federal de Procedimientos Penales, vigente previo a la entrada en vigor del CNPP a nivel nacional, no contemplaba tampoco mecanismos de exclusión probatoria, salvo los criterios de admisión contenidos en el artículo 206 de dicho ordenamiento.

⁸⁰⁵ Como complemento a las exigencias contenidas en los artículos 14 y 17 CPEUM.

3. La Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El 29 de abril de 2016 y mediante proyecto de decreto CS-LXIII-I-2P-81, se presentó en la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el proyecto para expedir la Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de ahora en más LGPIST). El 26 de junio de 2017 la misma fue publicada en el DOF, tras haber transcurrido por el periodo de discusión en el Senado y haber sido objeto de un exhaustivo análisis por parte de las comisiones unidas de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores (en más Comisiones Unidas)⁸⁰⁶. Tras el mencionado análisis y a la luz del dictamen que se publicó sobre el mismo, el proyecto dio paso a un texto más entendido con la realidad de la necesidad de legislación en la materia, así como también se eliminaron imprecisiones en materia de utilización de terminología. Cobra relevancia para nuestro estudio la evolución de dicho proyecto, pues en su capítulo segundo se dedica al tema de las reglas para la exclusión de la prueba, estableciendo en 5 artículos el procedimiento a seguir en el supuesto referido y tocando, como es de esperarse, el tema de la prueba ilícita y su tratamiento procesal.

El primer numeral que trata de la prueba ilícita es el artículo 50, mismo que en su párrafo primero establece, de manera inequívoca, el posicionamiento que el legislador mexicano ha mantenido con respecto al alcance y efectos que interesan a la figura de la prueba ilícita. Estiman las Comisiones Unidas que, la exclusión de toda prueba obtenida con violación de derechos humanos o fundamentales, así como aquellas adquiridas mediante la tortura u otros tratos crueles constituye una obligación adquirida por el Estado Mexicano tras la ratificación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, misma que en su artículo 15 prevé la denominada regla de exclusión⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶Dictamen emitido el 25 de abril de 2017. Consultado por última vez el 26 de octubre de 2017 y disponible en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-04-26-1/assets/documentos/DictamenMinuta%20Tortura_26abril2017.pdf

⁸⁰⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 36/46 de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987. Ratificado por México el 23 de enero de 1986. El texto de las Comisiones Unidas omite señalar que con tal determinación se logra a la vez el cumplimiento del artículo 10mo. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Firmado en 1986 y ratificado por el Estado Mexicano el 28 de febrero de 1987.

De esta manera, se establece como resultado de la obtención por medio de actos de tortura o cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, la exclusión o declaración de nulidad de la prueba, por carecer esta de valor probatorio.

En este sentido destacan varios factores, que procedemos a analizar de manera individual. En primer lugar debemos destacar la permanente falta de distinción entre la sanción de nulidad y la aplicación de la de exclusión como consecuencias de la declaración de ilicitud sobre el medio probatorio. Esta indeterminación, arrastrada de la experiencia española, afecta al tratamiento procesal de la prueba declarada ilícita, dado que la sanción de nulidad, como se ha repetido reiteradamente, conoce de actos de carácter procesal y, por tanto, es inútil para tratar de obtención de medios probatorios, mismos que se adquieren al margen del proceso, por preceder a este.

En segundo término, importa la declaración de carencia de valor, equiparada al efecto de la declaración de ilicitud y, como tal, comparable a la determinación de privación de efecto que se maneja en el plano del derecho ibérico. De manera adicional, se destaca que la adición del efecto innova sobre el contenido constitucional, así como la representación del mismo contenida en el artículo 264 del CNPP, mismos que se limitan a determinar la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, aunque mediante interpretación parece razonable determinar que el ánimo del legislador contemplaba, más que la sola declaración de nulidad, la sanción de no utilización, entendida en el caso mexicano como la falta de valor.

En un tercer momento, pareciera que este párrafo actualiza la aplicación en el marco jurídico mexicano de la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado, al establecer que toda prueba derivada de actos de tortura o tratamientos crueles o inhumanos y, en el caso de la redacción del párrafo primero del artículo 50 de la Ley en análisis, de cualquier violación de derechos humanos o fundamentales, será también excluida. Este reconocimiento, como veremos más adelante, recoge criterios judiciales dispersos que, hasta la fecha de publicación de la LGPIST no contaban con un reflejo en el ámbito normativo.

Por otro lado, cabe destacar que el proyecto de la LGPIST contemplaba, como parte de la redacción de este artículo 50 la consideración de la eventual admisión de la prueba ilícita, siempre y cuando se actualizara uno de los criterios de excepción previstos en la redacción de la misma. Determinación que, en principio,

se acopla al contenido del texto constitucional, más al incluir los supuestos de excepción al mismo, se considera puede tacharse de inconstitucional y, por tanto, de inaplicable⁸⁰⁸.

Hay que agradecer al análisis realizado por las Comisiones Unidas la corrección del gravísimo error de técnica legislativa y legalidad que hubiera supuesto el reconocimiento normativo de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita que, en muchos casos, no cuentan con suficiente desarrollo jurisprudencial para avalar, ya no únicamente su reconocimiento, sino su aplicación en el ámbito legal mexicano, ya que de lo contrario, resultaría sumamente curioso el hecho de que, se abordara a nivel normativo la aplicación de supuestos de excepción de la regla de exclusión. En especial siendo que, tradicionalmente, se trata de figuras que surgen de la interpretación jurisprudencial sobre el alcance de la normativa constitucional. Por no mencionar el hecho de que la ley en cuestión no desarrolla sobre los contenidos o regulación de dichos elementos. Se entiende que la redacción del numeral que nos ocupa ha “*tomado prestado*” del contenido de los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004 de Colombia (Ley por la que se expide el Código de Procedimiento Penal).⁸⁰⁹, sin que de dicha inspiración derivaran sustanciales modificaciones al texto.⁸¹⁰:

Nótese, por ejemplo, la peligrosidad de la inclusión de la excepción de la fuente independiente en el tema que nos ocupa. No sólo el imputado sufrirá tortura y se

⁸⁰⁸ Art. 50. *Serán excluidas o declaradas nulas, por carecer de valor probatorio, todas las pruebas obtenidas directa o indirectamente a través de actos de tortura y de cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, así como las pruebas obtenidas por medios legales pero derivadas de dichos actos, **excepto en los casos en los que el descubrimiento de dicha prueba fuera inevitable, se hubiere obtenido de fuente independiente o el vínculo de su ilicitud estuviere atenuado.*** Las negritas son propias.

⁸⁰⁹ Art. 23: “*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, igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia*”.

Art. 455: “*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*”.

⁸¹⁰ Pareciera que no es la primera vez que el Legislador Mexicano toma cuenta de la riqueza legal del pueblo Colombiano, en una situación similar a la incorporación del término “vinculación a proceso”, apropiado de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal de Colombia), la cual establecía en su artículo 332 el concepto reseñado, hoy día apropiado en el CNPP mexicano (a su vez rescatado de la redacción del Código de Chihuahua), y que ha servido de base para sustentar la creación de la figura de la vinculación a proceso, hoy día endémica al proceso mexicano, al actualizarse la legislación procesal Colombiana y abandonar la misma.

verá forzado a romper el privilegio de no declarar y el derecho a no autoincriminarse, sino que, con la existencia de un elemento probatorio independiente y ajeno al mismo, (como podría ser un testigo), la violación flagrante de derechos que ha sufrido en su persona no servirá para restar valor probatorio a dicha declaración.

El párrafo segundo del artículo en cuestión procede indicar los lineamientos a seguir en caso de que, derivado de la tortura o malos tratos ejecutados sobre un sujeto se obtengan datos de prueba, de conformidad con los instrumentos internacionales que inspiran la redacción del apartado correspondiente. La eventual utilización del material probatorio obtenido con violación de derechos fundamentales, plasmado en el párrafo segundo del artículo 50 de la Ley en análisis,⁸¹¹ es un asunto delicado, más este criterio refleja la obligación de los Estados firmantes, contenida en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.⁸¹²

El artículo 51 de la ley en análisis propone el marco temporal de vigencia para la manifestación de la eventual exclusión de la prueba obtenida a través de tortura o “cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales”, extendiéndose este a cualquier etapa del procedimiento y permitiendo que dicha exclusión sea ordenada por el propio órgano jurisdiccional o a petición de las partes.⁸¹³

Esta consideración parece atinada, sin embargo existe el siempre patente riesgo de que la declaración de exclusión se dé en etapa de juicio y al momento del desahogo de la prueba (tal como la propia redacción del artículo 51 prevé al

⁸¹¹ Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Art. 50, párrafo segundo: “*Las pruebas obtenidas bajo tortura u otras violaciones a los derechos humanos o fundamentales podrán ser admitidas en aquellos casos en que se solicite su inclusión a fin de probar los actos cometidos por una persona investigada o imputada, en juicio diverso, de cometer el delito de tortura*”.

⁸¹² Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículo 15: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

⁸¹³ En consonancia con el contenido del artículo 264 del CNPP, más agregando la potestad de la solicitud a las partes integrantes del proceso (sin distinguir entre las mismas).

señalar “*En cualquier etapa del procedimiento*”),⁸¹⁴ situación que podría acarrear un impacto negativo en la conciencia del juzgador al momento de la valoración de las pruebas, tal como exponen diversos autores⁸¹⁵. Esta consideración parece tratarse en el segundo párrafo del artículo 52 de la propia LGPIST, más dejaremos su estudio para la sección relativa al tratamiento procesal de la prueba ilícita en el sistema procesal penal mexicano.

El segundo párrafo del numeral considera, en su última parte, la obligación del Ministerio Público de acreditar la licitud de la prueba. Esta asignación de la carga de la prueba es consistente con el esquema lógico que sigue el proceso de asignación de la misma. De manera adicional, esta imposición obedece al contenido de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Se constituye como un método adicional para asegurar la exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura.

4. La Ley de Seguridad Interior.

Publicada en el DOF el 12 de diciembre de 2017, tras un álgido debate entre distintas organizaciones de derechos humanos y representantes de asociaciones civiles, la Ley de Seguridad Interior se expidió con la finalidad de regular la actuación de las fuerzas armadas en las tareas de seguridad interior y seguridad nacional que actualmente desarrollan en México, bajo la polémica tutela de

⁸¹⁴ Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Art. 51: “En cualquier etapa del procedimiento, cuando el órgano jurisdiccional advierta la inclusión o el desahogo de un medio de prueba obtenido a través de actos de tortura, o por cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, declarará la exclusión o nulidad de la prueba, según corresponda

Cuando a petición de parte se solicite la exclusión o nulidad de un medio de prueba sobre el que haya razones fundadas para presumir que hubiere sido obtenido de actos de tortura o por cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, el órgano jurisdiccional, escuchando a las partes, se pronunciará al respecto. En todos los casos, el Ministerio Público tendrá la carga de acreditar que la prueba ha sido obtenida de manera lícita”.

⁸¹⁵ Entre ellos: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Ed. Akal. Madrid. 1989. 272 pp.

diversas interpretaciones doctrinales de la SCJN⁸¹⁶, amparadas bajo la acción de inconstitucionalidad de la que fue objeto la “Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública”, por la afrenta que el contenido de la misma, al considerar a representantes de las Fuerzas Armadas como integrantes de las tareas de seguridad pública, suponían a los artículos 21 y 129 de la CPEUM.

En cuanto al contenido específico que importa a la materia en estudio, resalta el otorgamiento de facultades en materia de lo que el proyecto de decreto⁸¹⁷ que contenía la Ley denominaba “técnicas especiales de investigación”, relativo a la intervención de comunicaciones privadas, la extracción de información, la

⁸¹⁶ La primera de estas interpretaciones, contenida en la tesis aislada P. XXIX/96, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en Marzo de 1996, con número de registro 819511. : EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN). La interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional, autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. Por esta razón, el instituto armado está constitucionalmente facultado para actuar en materias de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes (...). La segunda consiste en la jurisprudencia registrada con número 192081, publicada en el Semanario Judicial de la Federación en abril de 2000: EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON Estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla. El artículo 89, fracción VI, de la Constitución faculta al presidente de la República a utilizar al instituto armado para salvaguardar no sólo la seguridad exterior del país, sino también la interior lo que, de conformidad con el artículo 16 del propio ordenamiento, exige fundar y motivar una decisión de tanta trascendencia. Por estas razones las fuerzas armadas están constitucionalmente facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, cuando sin llegar a los extremos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto -previstos por el artículo 29 constitucional se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características que, de no enfrentarse de inmediato, sería inminente precipitarse en alguna o todas esas graves situaciones. En este supuesto, al no decretarse la suspensión de garantías, ante alternativas viables de solucionar pacíficamente los conflictos o que por no llegar éstos a la gravedad que supone el texto constitucional, o por algún otro motivo, se prevea que podrán controlarse con rapidez, se deberá cuidar escrupulosamente que se respeten las garantías individuales, estableciendo, incluso, a través de los organismos competentes, una estrecha vigilancia para que se actúe del modo especificado.

⁸¹⁷ El proyecto de decreto fue consultado por última vez el día 8 de enero de 2018 y está disponible en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-09-27-1/assets/documentos/Inic_PAN_Ley_Seg_Interior.pdf

geolocalización⁸¹⁸, así como la entrega de datos conservados en sistemas informáticos. Cabe señalar que el texto de la Ley publicada en el DOF, difiere del contenido del proyecto de decreto en gran medida, dejando de lado algunos temas que, desde luego también serán objeto de análisis en los párrafos siguientes.

Así, mientras que el proyecto de decreto preveía, con respecto a la intervención de las comunicaciones privadas, un amplio espectro de comunicaciones, también consideraba un procedimiento para la habilitación de dicha intervención, ubicado en el artículo 32 del proyecto de ley, mismo que contenía los requisitos de legalidad y temporalidad considerados en la legislación adjetiva en materia penal, con la excepción de la cláusula de reserva, contenida en el numeral 35 y aplicable al personal del juzgado que conociera y resolviera dicha solicitud de intervención. Esta reserva se hace extensiva a los resultados de la intervención⁸¹⁹, más queda facultado el juzgado que hubiere concedido la aplicación de la medida para requerir informes sobre las intervenciones realizadas, sin que se precise el alcance de los mismos⁸²⁰. El texto de la Ley, tal cual se ha publicado en el DOF, prescindió del apartado respectivo, dejando de lado la mención de la solicitud de intervención de comunicaciones por parte de las fuerzas armadas en los supuestos que interesen a su acción en materia de seguridad nacional o interior, sin que se precise si dicha facultad se encuentra considerada o regulada en un cuerpo normativo diverso, más deja abierta la puerta a la recolección de información por parte de las fuerzas armadas en lo que denomina “el ámbito de sus respectivas competencias”, definición por demás opaca⁸²¹.

Con respecto al tema de la localización geográfica en tiempo real (geolocalización), el proyecto de decreto contemplaba la necesidad de solicitar a los Juzgados de Control la autorización respectiva, con los mismos requisitos que para la intervención, sin embargo el texto final de la ley omite el tratamiento de la

⁸¹⁸ Recordemos la polémica generada en torno a este tema y la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el contenido del artículo 303 del CNPP.

⁸¹⁹ Artículo 37 del proyecto de decreto.

⁸²⁰ Art. 36, párrafo segundo.

⁸²¹ Ley de Seguridad Interior, Art. 30: Artículo 30. Las Fuerzas Federales y las Fuerzas Armadas desarrollarán actividades de inteligencia en materia de Seguridad Interior en los ámbitos de sus respectivas competencias. Al realizar tareas de inteligencia, las autoridades facultadas por esta Ley podrán hacer uso de cualquier método lícito de recolección de información. Toda obtención de información de inteligencia se realizará con pleno respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

materia, al igual que con los temas de extracción de información y la entrega de datos.

Si algo queda claro con respecto al debate formulado en torno a la aprobación del decreto, así como en relación al contenido del proyecto mismo, es que tanto la preocupación de la ciudadanía con respecto a los posibles excesos en el ejercicio de las facultades de investigación relacionadas a la intervención de comunicaciones, así como la intención del gobierno de migrar a esquemas de investigación cada vez más apegados a la adquisición de información, son elementos íntimamente relacionados a la regulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus distintas vertientes, en tanto la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna cobra trascendental importancia, al delimitar el rango de acción que la autoridad puede ejercer en la obtención de dichos datos.

V. Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el sistema procesal penal mexicano.

1. Momento en que se puede apreciar la existencia de la ilicitud.

Si bien la legislación procesal en la materia no especifica que la solicitud de determinación de ilicitud de la prueba deba ser realizada a por las partes o por el Juez vía ex officio, si reconoce la facultad de ambos de actuar. Esto implica que quien tenga la opción de realizar la solicitud o apreciar la litud de la prueba variará de manera específica según la etapa, en el caso de la facultad del órgano jurisdiccional⁸²² y de manera discrecional y general en el caso de las partes⁸²³. Por lo tanto y, en consecuencia, cabe hacer un estudio individual del tratamiento que debe recibir la apreciación o solicitud de declaración de ilicitud de la prueba en las fases previas al juicio (investigación e intermedia) y en este. Si bien cabe aclarar que se entiende que la facultad de declarar la ilicitud de un medio probatorio y, por tanto, ordenar la aplicación de la sanción de exclusión corresponde, de manera exclusiva, al órgano jurisdiccional que conoce de la causa⁸²⁴. Cabe destacar que existe la obligación de que dicho órgano se pronuncie con respecto a la solicitud de las partes en este sentido, siendo recalcada dicha obligación, por demás fundada en el derecho a la tutela judicial efectiva⁸²⁵, en el numeral 264, párrafo segundo del CNPP.

⁸²² Estableciendo la facultad de manera específica en al etapa intermedia según el artículo 346 CNPP, permitiendo la LGPIST la exclusión en cualquier momento del procedimiento, según art. 51.

⁸²³ Por partes en el proceso y, ante el silencio del CNPP cabe entender: Al Ministerio Público, el imputado y la defensa, la víctima u ofendido que se hubieran constituido como acusador coadyuvante, así como a su asesor jurídico. Sobre la idoneidad de la utilización del término “partes” *Vid:* LUNA CASTRO, José Nieves. *Las partes y otras peculiaridades del sistema procesal penal mexicano en su proceso de conformación*. Conferencia. Documento visitado por última vez el 28 de octubre de 2017 y disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Curso%20de%20Especialización%20en%20Sistema%20Acusatorio.%20Modulo%20VII.pdf> Art. 264, párrafo segundo CNPP.

⁸²⁴ Arts. 264 y 346 CNPP y 51 LGPIST.

⁸²⁵ En específico al componente de prohibición que pesa sobre el *non liquet*, equivalente a la prohibición de negarse a resolver jurídicamente cualquier controversia planteada legalmente ante un juez, so pretexto de la obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley al respecto.

1.1. Tratamiento previo a la fase de juicio.

Dos elementos de la regulación en materia destacan por motivos particulares, en primer lugar, el tratamiento que debe recibir la prueba ilícita en la fase de investigación y, en segundo, el tratamiento durante la etapa intermedia, aún cuando esta última recibe mayor atención por parte del legislador, dada la naturaleza de “filtro” para la cuestión probatoria con la que se ha orientado su construcción en el proceso penal mexicano.

La legislación procesal en la materia permite la determinación de ilicitud del medio de prueba en cualquiera de las dos etapas previas a la de Juicio (entiéndase la etapa de investigación y la etapa intermedia), dado que la declaración debe ser emitida por el órgano jurisdiccional, se espera que la misma sea formulada por parte del Juez de Control que conoce del proceso, si bien no especifica si la misma debe ser realizada a solicitud de las partes o por parte del Juez de manera unilateral, por lo que se entiende legal ya sea decretada *ex officio*⁸²⁶ o emitida a petición de alguna de las partes que en el proceso intervienen⁸²⁷.

Si bien en el caso de la etapa de investigación aún no puede hablarse de “admisión” de medios de prueba, siendo la etapa intermedia donde se actualiza esta actividad, si es factible destacar la participación de la prueba como un elemento de convicción a efectos de fundar la llamada vinculación a proceso y, por ende, la judicialización del proceso iniciada con la solicitud de formulación de la imputación y perfeccionada con la emisión del auto de vinculación a proceso, según lo ordenado en los artículos 311 y 316, fracción III del CNPP, permite el reconocimiento de prueba ilícita y su eventual exclusión del proceso. Cabe señalar que, la eventual declaración de ilicitud sobre un medio de prueba en esta etapa puede suponer la imposibilidad de decretar la vinculación a proceso y, por ende, representar un obstáculo a la formalización de la investigación del Ministerio Público.

El supuesto en que lo anterior podría ocurrir radica precisamente, en el contenido del artículo 316, fracción III, cuando en la oportunidad otorgada al imputado, en los numerales 312 y 315, se presentara como alegación la solicitud de reconocimiento

⁸²⁶ Artículo 346 CNPP y art. 51 LGPIST.

⁸²⁷ Artículo 264 CNPP.

de ilicitud⁸²⁸, avalada por el contenido del artículo 264 del propio CNPP. La presentación de la solicitud para declarar como ilícito un medio probatorio acarrearía la prohibición de efectos, causada por la exclusión del mismo del proceso, lo que impediría al Juez de Control fundar la aplicación del auto de vinculación a proceso en el medio probatorio en concreto. Bajo este supuesto, de no existir elementos adicionales o subsidiarios, aún con la expectativa de aplicación de un estándar probatorio reducido⁸²⁹, podría decretarse la no vinculación a proceso.

Por cuanto hace al supuesto de la solicitud de declaración de ilicitud del medio probatorio en la etapa intermedia, resulta mucho más claro el proceder dado que, tal como se dijo anteriormente, la propia arquitectura de la etapa facilita el tratamiento de la prueba ilícita⁸³⁰ y, por tanto, el de la aplicación de la sanción de privación de efectos, operada bajo la expulsión del elemento probatorio del proceso. Es en esta etapa que cobra relevancia la aplicación del artículo 346 del CNPP, así como del art. 51 LGPIST.

Cabe destacar, de manera adicional, que la negativa por parte del Juez de Control de excluir o inadmitir un medio de prueba en la etapa intermedia no es considerada un acto de juicio al no afectar derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política⁸³¹, elemento que refuerza la interpretación que el alcance de la sanción de la declaración de ilicitud debe orientarse sobre la causación de efectos/prohibición de valoración del elemento probatorio afectado.

Desde luego el efecto de la declaración de ilicitud en las etapas previas a la de juicio acarrearán consecuencias distintas. En la práctica, la prueba declarada ilícita en la fase de investigación tiene poca relevancia, ya que en caso de no obtener la

⁸²⁸ Oportunidad de declarar por parte del imputado, contemplada en el art. 312 o la presentación de datos de prueba aportados por el mismo, según el art. 315.

⁸²⁹ Según el propio contenido del art. 19 CPEUM: Existencia de datos de prueba que establezcan la existencia de un hecho, el carácter de delito que la ley pudiera atribuirle al mismo y la probabilidad de participación del imputado en la comisión del mismo.

⁸³⁰ El propio art. 334 del CNPP establece como objeto de la etapa intermedia el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba.

⁸³¹ Tesis Aislada. ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. CONTRA LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL QUE NIEGA EXCLUIR O INADMITIR MEDIOS DE PRUEBA EN DICHA FASE, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, AL NO CONSTITUIR UN ACTO EN JUICIO, CUYOS EFECTOS SEAN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN. Tribunales Colegiados de Circuito. Número de Registro 2014367. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 42, mayo de 2017, Tomo III. I.5o.p.51 P (10a.). página 1909.

vinculación a proceso del imputado la parte acusadora puede realizar de nuevo la solicitud de audiencia a efectos de formalizar la investigación, pudiendo incluso subsanar la lesión a derechos fundamentales realizada al momento de obtención de la prueba, si las circunstancias propias lo permiten.

Por otra parte, en la etapa intermedia y dado que existe ya un resultado que se introduce directamente a la etapa de juicio (el auto de apertura a juicio) las consecuencias de la privación de efecto por aplicación de la regla de exclusión repercuten de manera más trascendental en el desarrollo del proceso.

1.2. Tratamiento en fase de juicio oral.

El CNPP omite hacer referencia al procedimiento a seguir cuando sea el Tribunal de Enjuiciamiento el que detecte la ilicitud de la prueba, esperando zanjar el tema con las disposiciones contenidas en los arts. 264 y 346. En el primero con referencia al contenido del párrafo segundo, que permite “en cualquier etapa del proceso” la solicitud de nulidad, realizada por las partes, del medio de prueba (que debemos entender como la declaración de ilicitud y la correspondiente sanción), y por cuanto hace al segundo numeral invocado, con respecto a la actuación revisora del Juez de Control sobre el material probatorio en la audiencia intermedia.

Por su parte, la LGPIST establece, en el numeral 52, párrafo 2do. que durante el juicio, únicamente podrá solicitarse la nulidad de una prueba admitida por el órgano jurisdiccional competente sobre la que ya se decretó su licitud, cuando no se hubiera conocido de su ilicitud de manera previa o surgieran indicios supervinientes que permitieran una sospecha fundada de la condición de ilicitud de la misma. Se sobreentiende que la finalidad del sentido de la redacción de esta norma propone la conservación de los actos procesales celebrados hasta el punto, así como también de la legalidad y buena fe en la actuación dentro del proceso, impidiendo que las partes aleguen la ilicitud de un medio de prueba cuando este está próximo a practicarse, esta posición se refuerza con la disposición contenida en el artículo 51 de la propia LGPIST, pero parece encontrarse en contraposición del contenido del art. 264 CNPP, que permite la solicitud de la declaración de ilicitud en cualquier momento y sin condición de “desconocimiento previo” o de hechos novedosos.

El punto más delicado de la apreciación de la existencia de una prueba ilícita en el proceso resulta, desde luego, la “contaminación” que del elemento probatorio en concreto pudiera impregnarse el Tribunal enjuiciador, debiendo impedir que en el trámite de declaración de ilicitud se revelen datos particulares del medio probatorio que pudieran influir indebidamente en la *ratio* del órgano de decisión.

2. Incidencia de la carga de la prueba.

Para PRIETO CASTRO, “*la teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de la falta de prueba*”⁸³². Esta falta de prueba puede estar representada por la que debiera, en el supuesto que nos ocupa de incidencia sobre la ilicitud de un medio probatorio, soportar tal afirmación. La diferencia aquí es esencial. Tradicionalmente, por el término carga de la prueba se entiende lo que en la teoría se denomina “carga de la prueba legal” es decir, *aquella obligación que recae sobre una de las partes por una regla jurídica de acreditar en un proceso un hecho en concreto*⁸³³. En contraposición a esta acreditación de un hecho en específico, encontramos la llamada carga de probar, la cual tiene un objetivo distinto, de marcada importancia en el tema que nos ocupa.

La carga legal de la prueba, según explica KEANE, se asume una sola vez, ante el órgano que decide sobre los hechos⁸³⁴ y cobra relevancia al momento de decidir sobre la cuestión en particular. En otras palabras, la carga legal de la prueba y su imposición sobre la parte de probar un hecho concreto se cumple si el actor en cuestión ha logrado la acreditación que pretendía al ofrecer el medio de prueba. Este *onus probandi* no es factible de ser “invertido” ni trasladado, en tanto que la satisfacción del mismo está sujeta a la valoración realizada al final del juicio. Por otro lado, la llamada carga de probar, entendida como la obligación de proveer evidencia suficiente a efectos de que el Tribunal decida a favor de la pretensión de una de las partes. En el caso concreto, sobre la licitud del medio probatorio sobre el que recae el análisis, sobre si la prueba en cuestión fue obtenida con violación de derechos fundamentales o no.

⁸³² PRIETO CASTRO, Luis. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Tecnos. Madrid. 1978, pp. 138.

⁸³³ KEANE, Adrian. *The Modern Law of Evidence*. Fifth Edition, p. 72.

⁸³⁴ Tomando en cuenta que el proceso legal donde el autor realiza su análisis cuenta con juicio por jurado y que el juez tiene una tarea específica de control del proceso, mientras que el jurado actúa como el decisor de los hechos.

Esta carga de probar generalmente afecta a quien ofrece la prueba legal materia del hecho, es decir, sobre quien ofrece el medio probatorio sobre el cual exista sospecha de ilicitud. En este sentido y considerando que es el Ministerio Público el encargado de acreditar los extremos del tipo penal a efectos de solicitar la condena por parte del Tribunal de Enjuiciamiento, siempre que la prueba sea de cargo corresponderá a órgano acusador satisfacer el estándar de prueba, así como el estándar de probar pertinente.

El supuesto que regularía la incidencia con respecto a la carga de probar la ilicitud de un medio de prueba, se encuentra plasmado en el art. 51, párrafo segundo de la LGPIST, el cual obliga al Ministerio Público a acreditar la licitud en la obtención del medio probatorio. Esto no impide que las partes refuercen la solicitud mediante elementos probatorios adicionales, en especial en supuestos como el contenido en el art. 52, párrafo segundo de la LGPIST, o en la etapa de investigación en la oportunidad que ofrece la audiencia de vinculación a proceso para que el imputado presente pruebas.⁸³⁵

3. Efectos de la declaración de ilicitud.

Siendo que el efecto propuesto por la CPEUM es el de nulidad⁸³⁶ y la sanción reconocida por el CNPP para la prueba ilícita es la exclusión o nulidad (misma sanción reconocida por la LGPIST), debemos remitirnos a la jurisprudencia más reciente a efectos de determinar si la declaración de exclusión y la de nulidad son equivalentes o, por el contrario y tal como hemos afirmado en el apartado correspondiente al estudio del caso español, son sanciones disímiles, cuya relación es únicamente casuística y creada a partir del error en la apreciación del alcance y aplicación de las mismas, a efectos de alcanzar el resultado propuesto para la prueba ilícita, es decir, la privación de causalidad de efecto, aspiración reflejada en criterios ya emitidos por la Primera Sala de la SCJN⁸³⁷:

⁸³⁵ Art. 315 CNPP.

⁸³⁶ Art. 20, apartado A, fracción IX.

⁸³⁷PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. (...) A juicio de esta Primera Sala de la SCJN, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno (...) por lo que no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

La pretensión a este resultado de privación de efectos, fundado en el entendimiento que la utilización de una prueba ilícita en la convicción de un imputado es una violación al derecho al debido proceso⁸³⁸, es visiblemente manifestada por el legislador en el párrafo primero del art. 50 LGPIST, donde establece que la exclusión o declaración de nulidad será consecuencia de la carencia de valor probatorio que dichos medios guardan con respecto a los hechos materia del proceso y únicamente con respecto de la prueba viciada por la ilicitud y aquellas que de esta derivaran directamente. Esta privación de valor equivaldría, según PLANCHADELL GARGALLO⁸³⁹, a la falta de causación de efecto, pues el efecto del desahogo de un medio probatorio es el de influir en la decisión del Tribunal, decisión alcanzada a través de la valoración del acervo probatorio conocido y reconocido por el mismo.

Así, la propia SCJN, reconoce que el contenido de la regla de exclusión, plasmado en el texto constitucional y desarrollado por la legislación adjetiva tiene como pretensión la eliminación de la prueba viciada del caudal probatorio, al reconocer que:

“La regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida (...) tiene como objetivo eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales, pero que, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento procesal o en una futura reposición del procedimiento”⁸⁴⁰.

⁸³⁸ Jurisprudencia. 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. Décima Época. Primera Sala. Registro número: 160509. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3. 1a./J. 139/2011 (9a.), página 2057.

⁸³⁹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014, p. 48.

⁸⁴⁰ Tesis Aislada. Número de Registro: 2003564. Primera Sala. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. 1a. CLXVII/2013 (10a.), página 537.

VI. Supuestos de excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en México.

Con el reconocimiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México y considerando las consecuencias de la misma, no se ha hecho esperar la aparición de criterios jurisprudenciales que adivinan o interpretan donde se ubican los límites a dicha regla. Cabe señalar al respecto que, salvo la particularidad de la doctrina del efecto corruptor del proceso penal, con sus asecunes, los demás supuestos de excepción son tomados *verbatim* de la doctrina norteamericana, con marcadas influencias de la jurisprudencia emitida por los Tribunal Supremo y Constitucional Españoles. A continuación analizaremos a detalle y de manera individual cada uno de los supuestos de excepción en el ámbito mexicano.

Piedra de toque para abordar lo relativo a la configuración de los límites a la regla de exclusión de la prueba ilícita resulta la tesis con número de registro: 2010354⁸⁴¹, misma que se encarga de desarrollar, desde el punto de vista de la Primera Sala de la SCJN los supuestos que debieran resultar como límites a la regla de exclusión, contemplada en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM.

En primer lugar, dicho criterio atina al señalar que la sanción de exclusión debe aplicar tanto a la *prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación*, reconociendo así la aplicación del efecto reflejo. Sin embargo, continúa con la determinación de lo que llama *cadena de eventos* en que la violación inicial hará posible la valoración al no ampliarse el alcance de la sanción de exclusión. Ya advierte la Primera Sala que enuncia de manera no limitativa la lista de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, entre las que atina a señalar: el nexo causal atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

⁸⁴¹ Tesis Aislada en materia Constitucional y penal. 1a. CCCXXVI/2015 (10a.) Primera Sala de la SCJN. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ma. Época. Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, pág. 993. Número de registro 2010354.

1. La doctrina de los frutos del árbol envenenado, el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta en México.

En México no existía, hasta la publicación de la LGPIST⁸⁴² expresión alguna que recogiera el contenido de la doctrina de los frutos del árbol envenenado en relación a la prueba en el proceso penal.⁸⁴³ De hecho, partiendo únicamente de la lectura del contenido normativo relativo a la regla de exclusión de la prueba ilícita, se advierte que el contenido de la regla de exclusión plasmado en el texto del artículo 20 constitucional, así como en el CNPP no recogen mención alguna de prueba derivada o ligada a aquella declarada ilícita.

Considerando lo anterior, resulta por demás interesante encontrar que, el primer antecedente registrado de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol en el ámbito legal mexicano, surge en materia administrativa a finales de los años setenta. Derivado de la sentencia de un Tribunal Colegiado de Circuito⁸⁴⁴, la jurisprudencia en cuestión aborda la inconstitucionalidad de un acto derivado de un acto originario que, a su vez, ha sido determinado como inconstitucional, dado que este origen viciado se transmite a los mismos. El resultado de esta contaminación deriva en la inutilizabilidad, representada en el ámbito administrativo como la incapacidad de aprovechamiento de las partes sobre el acto derivado del inconstitucional, a la vez que la justificación de esta sanción radica en la manera de evitar el incitar a la realización de lo que la sentencia denomina “prácticas viciosas”. Lamentablemente este criterio parece haber arrastrado poca atención a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, o incluso a la concepción de la existencia y aplicación de la regla de exclusión probatoria, dado que la materia no se desarrolló sino hasta la ya mencionada reforma de 2008.

⁸⁴² Publicada en el DOF el 26 de junio de 2017.

⁸⁴³ A nivel normativo, ni el contenido del artículo 20 de la CPEUM ni el CNPP, en sus diversos artículos que tratan sobre la prueba ilícita, lo recogían o hacían referencia al mismo.

⁸⁴⁴ Jurisprudencia en materia Común. Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, volumen 121-126, Sexta parte, pág. 280. Con número de registro 252103. “ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE. Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal”.

Su contenido se ha dado por considerado a partir de la mención que se hace de dicha doctrina en distintos criterios emitidos por el Poder Judicial, sin que los mismos validen del todo su existencia o aplicación,⁸⁴⁵ de tal manera que, es hasta la publicación de la LGPIST que se ha logrado incluir a nivel normativo y de manera inequívoca, la prohibición de valoración de prueba derivada de aquella declarada ilícita. A continuación pasaremos a analizar dichos criterios judiciales, para después analizar el contenido del artículo 50 de la LGPIST y las consecuencias que dicho reconocimiento acarrea para la configuración del tratamiento procesal de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho mexicano.

En el ámbito jurisprudencial existe un criterio, consistente en la Tesis Aislada emitida bajo número de registro 161221, de agosto de 2011, misma que establece la privación de efectos con respecto de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, de manera más o menos similar al contenido del art. 11.1 LOPJ en España⁸⁴⁶.

En fechas más recientes, los límites a la exclusión de la prueba ilícita han sido objeto de estudio de la Primera Sala de la SCJN, quien ha emitido diversos criterios en la materia. En este sentido, destaca el establecimiento de límites a la regla de exclusión contemplada en el texto constitucional, en tanto la función interpretadora del texto constitucional, encomendado a dicho órgano, acarrea consecuencias importantes, entre las que habría que prever el hecho de que a

⁸⁴⁵ En el ámbito jurisprudencial se ha hecho presente en los razonamientos que condujeron a la emisión de los criterios relativos al “efecto corruptor del proceso penal”.

⁸⁴⁶ PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. (...) Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. (...) Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultados de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

partir de un mandato de prohibición expreso y claro, pudiera caber la posibilidad de límites o excepciones⁸⁴⁷.

Más aún, si contrastamos el contenido de la regla en sus inicios, dentro de la doctrina norteamericana y derivado del caso *Weeks v. United States*⁸⁴⁸ vemos que se trataba de una regla de carácter rígido y no es sino hasta fechas más recientes (con las excepciones de la doctrina del nexo causal atenuado en *United States v. Ceccolini*⁸⁴⁹ y el descubrimiento inevitable en *Nix v. Williams*⁸⁵⁰), que se han comenzado a admitir supuestos de excepción a la “irradiación” de ilicitud que afecta a las pruebas derivadas de aquella declarada ilícita en un primer momento.

Esta construcción de carácter rígido, identificable en el contenido de la regla de exclusión vigente en México, remite a la normativa aplicable la cual no prevé la aplicación de excepciones a la declaración de ilicitud de la prueba. Esta situación sin embargo, tal y como veremos a continuación, ha quedado superada por la realidad, dada la interpretación de la aplicación de distintos criterios de exclusión ya presentes y operantes en razonamientos derivados de la aplicación del derecho a casos específicos.⁸⁵¹

Si bien es posible la exclusión de prueba derivada de otra declarada ilícita, dicha irradiación deberá ser manifiesta e insuperable y más aún, sortear los vacíos legales y omisiones existentes en los criterios de excepción, los cuales serán analizados a continuación.

⁸⁴⁷ PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN. La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente.

⁸⁴⁸ *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914).

⁸⁴⁹ *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

⁸⁵⁰ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431. (1984).

⁸⁵¹ Algunos de estos criterios incluso se presentan con mayor “peso” a la hora de ponderar el argumento de exclusión o admisión de la prueba ilícita derivada, ya que se sustentan en razonamientos que han alcanzado un nivel de jurisprudencia y como tal, se ubican por encima del peso específico que puede otorgarse a una “tesis aislada”, dado el carácter obligatorio de aplicación de las primeras.

2. El vínculo o nexo causal atenuado.

El primer criterio a efectos de atenuar la ilicitud de una prueba, en relación a pruebas próximas a esta, es la aplicación del criterio de nexo causal atenuado (conocido en la doctrina norteamericana como *purged taint*), mismo que se utiliza como remedio para acceder a la valoración de pruebas cercanas a aquella señalada como ilícita, a efectos de vencer la nulidad que esta condición acarrea y poder incorporarla a la valoración del órgano jurisdiccional como fundamento de la sentencia.

Al respecto, una de las tesis jurisprudenciales más recientes⁸⁵² parece establecer la consideración a ejercer al momento de valorar lo que constituye la aplicación de la doctrina del *purged taint* en México. Señala el criterio mencionado que:

“(...) si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas (pruebas), que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión casual puede darse por rota o inexistente jurídicamente (...)”.

Con esta adaptación de la doctrina americana, se permite la inclusión de prueba posiblemente afectada de ilicitud, siempre que se demuestre que su obtención no medió únicamente a través de una línea directa con la prueba ya calificada como ilícita, lo que permitirá su valoración por parte del órgano jurisdiccional a efectos de fundar la sentencia.

Como vemos, el criterio reseñado deja de lado otros supuestos posiblemente relevantes para la valoración, ya que no hace mención de elementos temporales (el tiempo transcurrido entre la obtención de ambos datos de prueba), tampoco prevé la posibilidad de evaluar la gravedad de la violación original del derecho fundamental, ni mucho menos toma en cuenta la naturaleza de la prueba derivada.

Todas estas consideraciones, abordadas por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana aún se encuentran vacantes en la construcción de un criterio

⁸⁵² PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INculpADO. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III; Pág. 2065. I.9o.P. J/12 (10a.). Época: Décima Época Registro: 2005726 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: I.9o.P. J/12 (10a.) Página: 2065. Esta jurisprudencia apareció primero como tesis aislada bajo el número de registro 2004971 en noviembre de 2013.

sólido de aplicación de la regla del vínculo o nexo causal atenuado en el caso mexicano.

3. Excepción de la fuente independiente.

La excepción que nos ocupa, no ha tardado en ser plasmada a nivel jurisprudencial por la Primera Sala de la SCJN, en atención a la tendencia de la misma de ir encontrando límites a la norma constitucional⁸⁵³.

Esta doctrina ha cobrado relevancia en la separación que debe hacerse con respecto a las pruebas declaradas nulas y otras que integran el acervo probatorio dentro del proceso, generadas u obtenidas con independencia de la prueba declarada como viciada.

La utilidad radica, al menos en el caso de los criterios hasta ahora emitidos en México, no en imponer un límite a la irradiación de ilicitud en aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, sino en aclarar el alcance o límites que dicha irradiación puede alcanzar una vez declarada ilícita una prueba dentro del proceso.

Así, vemos como los criterios vigentes en la materia se centran más en identificar la falta de relación directa y, por tanto, la declaración de independencia de una prueba con respecto a otra declarada ilícita, facilitando la tarea del juzgador a efectos de considerar que está dentro de su alcance al momento de la valoración del acervo probatorio.⁸⁵⁴

⁸⁵³ Tesis Aislada. Registro: 2010354. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala de la SCJN. Tesis: 1ª. CCCXXVI/2015 (10a.). Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, pág. 993. PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN. (...) existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: (...) b) si hay una fuente independiente para la prueba; (...)

En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso.

Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto.

⁸⁵⁴ Tesis Aisladas con Números de registro: 2007446 Y 2009552.

4. Otros criterios de excepción a la aplicación de la regla de exclusión.

Hasta la fecha, en México no se han manifestado los supuestos de excepción a la aplicación de la regla de exclusión, consistentes en la excepción de buena fe, o la doctrina española de la conexión de antijuridicidad. Sin embargo, esto no significa que las mismas no se vayan a ver reflejadas en un futuro próximo, tal como ha sucedido con la excepción del descubrimiento inevitable, la cual, si bien no existía hasta antes de noviembre de 2015, se ha visto reflejada a partir de esta fecha en criterio emitido por la Primera Sala de la SCJN como Tesis Aislada⁸⁵⁵:

La excepción del llamado descubrimiento inevitable ha sido aplicada recientemente al resolver el amparo directo 292/2016 de fecha 20 de febrero de 2017. Mismo que presenta un caso de estudio interesante a efectos de contrastar las áreas de oportunidad para el adecuado desarrollo y aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México, tema que es abordado a continuación.

Tesis Aislada. Registro: 2010354. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala de la SCJN. Tesis: 1ª. CCCXXVI/2015 (10a.). Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, pág. 993. PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN. La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) **si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente**⁸⁵⁵.

VII. Obstáculos para el adecuado desarrollo y aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México.

Del estudio de la actual configuración y alcances de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento procesal mexicano, salen a la luz algunos problemas específicos en referencia al tratamiento de la prueba ilícita en México:

- a) La asociación y confusión de los conceptos de nulidad y exclusión de la prueba ilícita.
- b) La incorporación de criterios de excepción a la admisión y utilización de prueba ilícita directa o derivada sin consideraciones previas sobre la factibilidad de su aplicación.

1. Un caso de estudio. El amparo directo 292/2016 de 20 de febrero de 2017 y los criterios para la valoración de la prueba ilícita en los tribunales mexicanos.

Derivada del amparo directo 292/2016, la tesis aislada con número de registro 2015004⁸⁵⁶ resulta de especial interés, en tanto propone una de las más nuevas interpretaciones de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México, así como la aplicación de la “irradiación” de la ilicitud en aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenado y la exclusión de la teoría del descubrimiento inevitable. En el caso en concreto, siendo este materia del amparo directo 292/2016, conocido por el TCC, se resuelve sobre la detención, declarada ilegal, de un sujeto y las declaraciones que este realizó una vez detenido.

Sobre la detención, aún y cuando el juez de la causa decretó la legalidad de la misma, basado en el supuesto del caso urgente, el Tribunal de alzada consideró modificar la calificación de la misma, al decretarla ilegal, consideración que deriva de la falta de registro del día y hora de la aprehensión, así como la puesta a disposición⁸⁵⁷. Esta declaración de ilicitud, a los ojos del Tribunal que resuelve el amparo, es suficiente para que lo actuado a partir de la misma, es decir, la declaración emitidas por el quejoso, fueran decretadas como prueba ilícita⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Tesis Aislada. I.1o.P.50P (10a.) en materia Penal. Número de registro 2015004. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 45, Tomo IV, página 3031 en Agosto de 2017.

⁸⁵⁷ Amparo Directo 292/2016, considerandos 33 y 34.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, considerandos 42 al 51.

El razonamiento del Tribunal parece ser en extremo proteccionista, dado que consideran que la detención, ahora decretada como ilegal, es el origen de todas las demás pruebas⁸⁵⁹. Así, aún y cuando anteriormente se habían emitido criterios que separaban la ilegalidad de la detención de la validez de la confesión (y alguna otra prueba derivada de la misma)⁸⁶⁰, el Tribunal procede determinar la ilicitud, como derivada de la ilegalidad de la detención, de la declaración del quejoso en la que acepta los hechos⁸⁶¹, las declaraciones de los oficiales quienes detuvieron al quejoso⁸⁶², el oficio de puesta a disposición⁸⁶³, los objetos o evidencias (*sic*) obtenidas por esta captura⁸⁶⁴, así como también la declaración del padre del quejoso⁸⁶⁵.

Es de esta extensa interpretación, realizada por Tribunal que conoce del amparo, que resulta la sanción de ilicitud de las declaraciones del imputado, un testigo y los agentes aprehensores e, incluso de un documento que forma parte de la carpeta de investigación y, que por tanto, consiste únicamente en un antecedente de la investigación y no en un elemento probatorio, entendemos que confunde los contenidos y alcances de la regla de exclusión contenidos en el artículo 20, apartado A, fracción IX CPEUM.

Esta interpretación parece partir de la tendencia existente entre los Juzgados Penales en el ámbito Federal, quienes consideran que la “reparación constitucional” aplicable al caso de las detenciones en que se agota el plazo constitucional debe resultar en “*declarar la invalidez de la confesión emitida pro el imputado, así como la invalidez de todas las pruebas que hubieran sido obtenidas*”

⁸⁵⁹ *Ibidem*, considerando 43.

⁸⁶⁰ *Vid*: Tesis Aislada en materia Penal. Tribunales Colegiados de Circuito. 8va. Época. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Marzo de 1993, pág. 265. Registro: 216939. “*DETENCIÓN ILEGAL. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INCULPADO. Aun admitiendo que el inculpado fue privado ilegalmente de su libertad, las violaciones que ello implica a disposiciones constitucionales no son reclamables en amparo directo (...) y tampoco tienen el alcance de anular la confesión del sentenciado ante la policía judicial (...)*”.

⁸⁶¹ Amparo Directo 292/2016, considerando 43.

⁸⁶² *Ibidem*, considerando 44.

⁸⁶³ *Ibidem*, considerando 45.

⁸⁶⁴ *Ídem*.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, considerando 46.

a partir de que feneció el plazo constitucional establecido”⁸⁶⁶. Sin embargo consideramos que la aplicación de dicho criterio en el proceso penal acusatorio carece de fundamento, dado que el derecho violado no consiste en la obtención de la prueba, sino el derecho de libertad.

Dicho lo anterior estimamos que, desde un punto de vista técnico, el exceso en la aplicación de la regla de exclusión obedece, más que a una falta de entendimiento del contenido y alcances de la misma, a un esfuerzo del Tribunal por conciliar la fragmentaria y poco redondeada jurisprudencia y criterios que se han emitido al respecto, con la regla establecida a nivel constitucional y el parco desarrollo que, de la misma, realiza la legislación adjetiva en la materia (CNPP).

Así, mientras que la aplicación normalizada de la regla de exclusión y la interpretación de la doctrina de la prueba ilícita indirecta hubiera rendido como de imposible valoración sólo aquellos elementos probatorios derivados directamente del acto vulnerador de derechos fundamentales, la interpretación que realiza el Tribunal lleva implícita una consideración de carácter temporal a efectos de determinar la aplicación de la regla, declarando ilícito todo lo que ocurre en un momento posterior a la detención⁸⁶⁷. Sin embargo se entiende que el propio Tribunal identifica un límite al criterio amplio con el que aplica la sanción de ilicitud, en tanto el mismo reconoce que la misma no resulta aplicable a actos que no se encuentran directamente ligados con la detención, al no aplicar la pena a la declaración de testigos, por considerar que estas hubieran ocurrido indistintamente⁸⁶⁸.

Queda claro con el caso en estudio que el actual desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita, así como su desarrollo jurisprudencial debe ser más claro y, en específico, partir de una base sólida, como lo es el propio texto constitucional donde la misma se consagra. Claro está que el supuesto que analizamos supone la interpretación de la prueba derivada de aquella que pudiera ser determinada como ilícita, más parece que el Tribunal que realiza el razonamiento se preocupa en exceso por aplicar la regla. Pudiendo ser esto

⁸⁶⁶ Amparo directo en revisión 2748/2014, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sentencia de 25 de marzo de 2015, apartado 6.1, página 49.

⁸⁶⁷ Amparo Directo 292/2016, considerando 51. “De este modo, la detención del quejoso fue ilegal y se le puso a disposición en un plazo no razonable o justificado, por lo que las pruebas generadas **después** de esa actuación ilegal deben ser ilícitas, como son la declaración ministerial de aquél y la de los oficiales (...)”. (Las negritas son propias).

⁸⁶⁸ *Ídem*.

consecuencia de la posición jerárquica que la misma guarda en el ordenamiento mexicano, al situarse en la cúspide del mismo, dado su origen constitucional. No se anticipa que esta determinación, por su amplitud y las consecuencias que esto implicaría, forme un criterio que perdure en los razonamientos de los tribunales que conozcan de amparos en reclamación a las pruebas derivadas de detenciones declaradas ilegales, sin embargo es necesario considerar la posibilidad de que esto ocurriese y, por ende, las consecuencias de dicha determinación.

A favor del desarrollo de dicha doctrina, es decir, la extensión de ilicitud a las pruebas derivadas de un acto declarado ilícito *a posteriori*, como podría ser la detención de un sujeto y la declaración que este realiza tras ser detenido podría argumentarse sólo desde una posición en extremo limitada de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, situación que ha sido agotada en diversas determinaciones en escenarios jurídicos muy diversos, como lo son Estados Unidos y España, donde las más recientes sentencias parecen indicar que, fuera de lo que pueda considerar el Tribunal Colegiado de Circuito mexicano que dictó la sentencia de amparo en análisis, la confesión del imputado en sede policial tras su detención (ilícita o no) constituye una prueba independiente y por tanto lícita, en atención a la aplicación de la doctrina del llamado “nexo causal atenuado” o, en el caso de España de la conexión de antijuridicidad⁸⁶⁹, más aún cuando la declaración en sede policial está provista de garantías que aseguran su licitud e independencia del acto vulnerador original.

2. La inadvertida naturaleza jurídica de la regla de exclusión de la prueba ilícita según el derecho mexicano.

Derivado de la interpretación que la SCJN hiciera con respecto al contenido del derecho al debido proceso y su reconocimiento y protección por parte de la Norma fundamental mexicana, en específico en el art. 20 y con la aplicación de la denominada regla de exclusión de la prueba ilícita, se dota de reconocimiento jurídico y pertenencia a dicha regla, lo que permite determinar su naturaleza jurídica.

Contrario a lo que ocurre en España, donde recuerda DE LA OLIVA que:

⁸⁶⁹ Para efectos del análisis esta afirmación, nos remitimos a los casos Oregon V. Elstad, 470 US (1985) en EEUU y STC 86/1995 de 6 de junio en España (entre otros que han desarrollado la excepción de la llamada “confesión voluntaria del inculpado”, equivalente a una interpretación derivada de la doctrina del nexo causal atenuado o de la conexión de antijuridicidad.

*“La CE de 1978 no exige, ni por su tenor literal ni por una interpretación jurídica certera de ninguna de sus normas (...) que las leyes procesales ordenen la inadmisibilidad y, en todo caso, la ineficacia de las fuentes de prueba obtenidas (...)”*⁸⁷⁰.

En México toda prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales debe, por mandato constitucional, ser privada de eficacia⁸⁷¹. Siendo esta regla un mecanismo de protección de los derechos que integran el núcleo de la garantía al debido proceso, interpretación que estimamos compatible con aquella que se hiciera con respecto a la naturaleza jurídica de la regla de exclusión en el ámbito español bajo el llamado *derecho al proceso con todas las garantías*, reconocido en el art. 24.2 CE, da pauta a la interpretación y aplicación que de la misma debe esperarse por parte de los Tribunales.

En todo caso, la doctrina mexicana parece apenas haberse percatado de la relación existente entre la garantía del debido proceso y la regla de exclusión, puesto que no se había ocupado, hasta recientemente⁸⁷², de abordar una como clave de interpretación o desarrollo de la otra, siquiera a nivel jurisprudencial. Dada esta “inadvertida” relación, presente como se ha afirmado en la doctrina española, se entiende que, al día de hoy, se carece de la clave interpretativa correcta para desarrollar el contenido de la regla en el ámbito legal mexicano. Mismo que además cuenta con la difícil tarea de conciliar, si decide hacerlo, las llamadas excepciones con el rigor del mandato constitucional, ante el cual poco valdrán los criterios (tesis aisladas) emitidas por los Tribunales en aplicación de un incompleto y fragmentado conocimiento de los alcances de la figura con la que tratan.

⁸⁷⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p. 195.

⁸⁷¹ Art. 20, apartado A, fracción IX CPEUM: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

⁸⁷² Entre los autores que, más recientemente, destacan por atinar a realizar dicha interpretación encontramos a: ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Liliana. *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio. Un panorama doctrinario, normativo, jurisprudencial y casos relevantes*. Flores Editor. México. 2017, pp. 1 – 16.

3. La prueba ilícita, la prueba irregular y su tratamiento por las vías de nulidad y exclusión.

Como resultado de la distancia entre la representación constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita como contenido de la garantía al debido proceso y la capacidad de los Tribunales mexicanos en aplicar la misma ha ocurrido que, de forma harto similar a lo acontecido en los inicios del desarrollo de la figura de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el ámbito legal español, la consideración de que la nulidad importa un efecto de la declaración de ilicitud del material probatorio ha sido considerada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como una vía válida para el tratamiento de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales⁸⁷³. Esta conclusión, alcanzada por la influencia que ha tenido la aplicación de la nulidad como elemento orientador en la función protectora de derechos y garantías de las partes en el derecho procesal latinoamericano, nos sitúa en la posición de analizar, tal como se hizo en el supuesto español, la validez de tal argumento.

Tal como señala COUTURE, *la cuestión preliminar consiste en determinar qué se entiende por nulidad*⁸⁷⁴, el autor atribuye a la misma consistencia con *el apartamiento del conjunto de formas establecidas en la ley y, con dicha equivalencia, atribuye a la nulidad el carácter de error en los medios dados para alcanzar los fines del proceso*⁸⁷⁵, es decir, el rompimiento con los requisitos o formas legales establecidas para la validez de los actos procesales⁸⁷⁶. COUTURE reconoce que la nulidad tiene distintos alcances en tanto se oriente sobre el derecho público o el derecho privado, reconociendo su influencia en relación a la prueba únicamente en el segundo supuesto⁸⁷⁷.

⁸⁷³ Esta preferencia de tratamiento también obedece, según GONZÁLEZ NAVARRO, a la tradición de los países que han desarrollado dicha vía de tratamiento, como Italia y Francia y, desde luego, a la influencia que esta última ha tenido en la configuración del derecho mexicano en distintas materias a lo largo de la historia. *Víd:* GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. Editorial Leyer. Colombia. 2005, p. 1063.

⁸⁷⁴ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, pp. 373.

⁸⁷⁵ *Ídem*.

⁸⁷⁶ Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Diccionario de Derecho Procesal*. Ed. Oxford. México. 2004, pp. 178 y 179.

⁸⁷⁷ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, pp. 374.

Como se explica en el supuesto español la prohibición, constitucional en el caso de México, de aprovechar la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, equivale de facto a la privación de efectos. Es decir, a la no utilización de tal material como útil para fundar la condena de la persona a quien se sigue el proceso. En el caso mexicano, la sanción aplicable frente a la acción de valoración de la prueba es equivalente a una infracción constitucional, dado que el mandato, orientado al tribunal, consiste en la prohibición de atribuir validez o, desarrollar efecto, a través de una prueba que ha sido obtenida con la infracción sustancial a las garantías del gobernado. Desde esta perspectiva y, contrario a lo que afirman ANAYA RÍOS y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, la eventual aplicación de la regla de exclusión a un elemento probatorio obtenido con infracción de derechos fundamentales no producirá la nulidad del acto de obtención, puesto que este ha ocurrido al margen del proceso (idealmente en la etapa de investigación), pero acarreará la ineficacia probatoria de dicho elemento como sanción constitucional a la vulneración⁸⁷⁸.

Los citados autores atinan en considerar la posición de HARABEDIÁN, para quien la nulidad constituye una sanción procesal a la inobservancia de formalidades legales⁸⁷⁹, al identificar la necesidad de distinguir entre el plano de la constitucionalidad y aquel de la mera legalidad, así como el diferente resultado que estas diversas violaciones alcanzan, sin embargo, al final reducen la infracción de ambas irregularidades a aquella de ineficacia, la cual confunden como resultado de la sanción de nulidad, siendo que los alcances de la sanción, diversos en naturaleza, son apropiados por figuras jurídicas distintas, como sería la sanción de inconstitucionalidad del acto de una autoridad (tribunal) en omitir la exigencia de la Carta Magna y la sanción de legalidad ordinaria procedente del incumplimiento de la formalidad exigida a un acto procesal, como podría ser la incorporación del elemento probatorio al proceso por una vía irregular.

Como resultado, la nulidad no resulta aplicable al acto de investigación, de naturaleza extra procesal, se ha agotado con la obtención misma del elemento probatorio y en tanto la sanción de ineficacia no acarrió la declaración de inexistencia de dicho elemento, no puede aplicarse sanción de nulidad, cuyo resultado es la eliminación del elemento probatorio del proceso.

⁸⁷⁸ ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana. *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el Sistema Penal Acusatorio*. Ed. Flores. México, 2017, p. 134.

⁸⁷⁹ HARABEDIÁN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Ad-Hoc Editor. Buenos Aires, Argentina. 2002, p. 60.

Conclusiones.

I

El proceso penal moderno implica el reconocimiento y respeto de diversos derechos y garantías, siendo la materia probatoria uno de los principales escenarios donde destaca la necesidad de este reconocimiento. Este respeto debe mantener en equilibrio el interés del Estado, representado por la efectiva persecución penal y la protección de los derechos del individuo.

II

Este equilibrio sólo puede ser mantenido si se toman en cuenta tres ideas:

- a. No todo vale en la obtención de la verdad. Existen límites al ejercicio de la actividad probatoria, en particular con la búsqueda y obtención de pruebas.
- b. Se debe mantener un óptimo nivel de control sobre la calidad de la prueba, a fin de asegurar su fiabilidad.
- c. Debe existir igual capacidad entre las partes para ofrecer pruebas, si bien esta iniciativa puede ser reemplazada por el ejercicio efectivo de búsqueda y obtención de pruebas por el propio órgano jurisdiccional.

III

La identificación de los límites a la prueba debe abordarse a partir de una decisión que busque el equilibrio de los intereses en conflicto. La inclinación por la tutela de un interés sobre otro se manifiesta como un límite al ejercicio de la actividad probatoria. Este límite puede presentarse como una prohibición de carácter general o en una prohibición específica, como en el supuesto de la regla de exclusión.

IV

Las prohibiciones probatorias son fórmulas de carácter general, que pretenden prohibir actividades de búsqueda y obtención de prueba antes de que ocurran, a efectos de no contaminar el desarrollo del proceso. A su vez, las reglas específicas, derivadas de dichas prohibiciones como la regla de exclusión, buscan ejercer un control posterior a la actividad. Dado que el supuesto de aplicación exige la determinación de la infracción una vez ocurrida la conducta, la cual se analiza de manera particular. Esta distinción debería acabar la confusión existente entre la utilización de los términos prueba prohibida y prueba ilícita, usados de manera indistinta en la doctrina y jurisprudencia españolas.

V

Según lo establecido originalmente en la LECrim y la CE de 1978, España no contaba con una regla de exclusión de prueba ilícita. Lo que si permitieron estos textos fue sentar las bases para el desarrollo de la interpretación contenida en la STC 114/1984, al plantear la posición preferente de los derechos fundamentales frente a la actividad estatal en la búsqueda de pruebas. Esta interpretación, aunada al desarrollo del contenido del derecho al proceso debido, otorgaron naturaleza jurídica a la regla, prestándole relevancia a nivel constitucional.

VI

La principal razón para admitir la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema jurídico español, fue la necesidad de otorgar un medio legal para dar tratamiento a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Esta necesidad parte de la idea de que las mismas son incompatibles con la posición preferente de los derechos fundamentales, descrita en la CE. La solución inmediata pasó por la importación de la doctrina de la llamada *exclusionary rule*, elaborada originalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

VII

Otro motivo para la adopción y desarrollo de la regla de exclusión, fue la idea de replantear los límites a la prueba, creados a partir de los clásicos requisitos de idoneidad y pertinencia. Estos conceptos, hoy en día considerados insuficientes, limitaban la capacidad de tratamiento en los supuestos en que, con la obtención de pruebas, se vulneran derechos fundamentales, ya sea por desconocimiento de los agentes investigadores o por una actuación de mala fe.

VIII

La STC 114/1984, considerada la primera aproximación a la regla de exclusión en España, trata sobre la idea que los derechos fundamentales deben contar con la correspondiente garantía de no ser vulnerados. Esta resistencia, pensada como un método para garantizar la tutela constitucional de los mismos, debe ser de grado máximo, situación que ocasionó que la regla de exclusión tuviera, en sus primeros años de aplicación, un carácter absoluto.

IX

En la propia STC 114/1984, el TC se pronunció sobre el mecanismo de valoración para determinar la exclusión de la prueba ilícita, optando por el llamado criterio de ponderación. Este criterio implica el análisis de cada caso de manera individual, con lo que las resoluciones anteriores cumplen únicamente una función informadora. En este análisis, debe tenerse en cuenta la relación entre los intereses “procesales” en juego y la posición “preferente” de los derechos fundamentales.

X

La primera propuesta de tratamiento a la ilicitud de la prueba, vino de la mano de la aplicación del régimen de nulidad. Sin embargo, rápidamente quedó en evidencia que el querer resolver la ilicitud por esta vía era resultado de una confusión, consecuencia del apego al tratamiento de las prohibiciones probatorias, que respondían a irregularidades en el procedimiento. Fue necesario repensar el alcance de la declaración de la ilicitud, a partir del efecto de la prohibición de utilización, quedando el tratamiento a aplicar como la privación de efectos.

XI

La redacción la regla de exclusión en el art. 11.1 LOPJ, ha dado paso a la interpretación jurisprudencial de excepciones a la aplicación de la regla. Estas excepciones son producto, única y exclusivamente, de una corriente jurisprudencial que incorpora criterios de derecho extranjero o, como el caso de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, reinterpreta mecanismos de ponderación de intereses jurídicos en conflicto, también bajo influencia de criterios presentes en el derecho comparado.

XII

La eventual creación de excepciones a la regla, ocurrió gracias a la pérdida del carácter constitucional que a la misma se le había otorgado mediante la STC 114/1984. Al trasladar el criterio jurisprudencial a una fórmula normativa, establecida como un mandamiento de prohibición dirigido a la autoridad jurisdiccional, se le ordenó a ésta que interpretara la aplicación de la regla sólo en aquellos supuestos donde se encontrase vulneración de un derecho fundamental, cuando hubiera ocurrido en la acción de obtención de un elemento probatorio. Situación que relativizó su aplicación a un ejercicio de carácter lógico.

XIII

Fue la tendencia a valorar la exclusión a partir de un *test*, el elemento clave de la evolución de la misma hacia su desnaturalización. Esta pérdida de esencia se representa por la doctrina de la “conexión de antijuridicidad”, creada por el propio Tribunal Constitucional español. Fue la evolución de esta doctrina la que terminó por clausurar el periodo expansionista de la aplicación de la regla, al sostener la dudosa independencia del medio de prueba respecto a la lesión del derecho fundamental. Esta situación crearía, a la postre, vías de acceso a nuevas excepciones a la aplicación de la regla.

XIV

Entre los efectos negativos del cambio en la aplicación de la regla, hallamos la restricción de la capacidad de valorar la prueba derivada, situación que terminó por erradicar la doctrina de los frutos del árbol envenenado, así como el cambio del fundamento jurídico de la regla hacia la figura del efecto disuasorio, incompatible con la naturaleza jurídica de la regla en el sentido expresado en el art. 11.1 LOPJ.

XV

Las más recientes excepciones a la regla, como la de la confesión voluntaria del inculpado, evidencian la tendencia a dar total validez a prueba ilícita derivada, cuando se permita su “desconexión” en aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

XVI

Esta tendencia a aplicar excepciones, encuentra su origen en la idea de que el fundamento de la aplicación de la regla no se ubica en el derecho al proceso con todas las garantías, sino en el llamado efecto disuasorio, fundamento tomado de la doctrina norteamericana.

XVII

Si bien la idea de usar el efecto disuasorio como fundamento para la aplicación de la regla se encuentra presente desde la STC 114/1984, la doctrina lo considera no apto para dicha función. Mientras que en Estados Unidos se establece que la autoridad debe acatar normas específicas en su actuación, en España, partimos de la idea que la constitución exige se utilicen únicamente pruebas que hubieran sido obtenidas de forma lícita para condenar a una persona.

XVIII

Continuar en el camino de trasladar el fundamento jurídico hacia el efecto disuasorio, ocasionará mayor confusión a la ya debilitada aplicación de la regla, corriendo el riesgo de dejar de aplicarla en su totalidad, perdiendo un importante parámetro de protección para los derechos fundamentales.

XIX

Por otro lado, en los recientes proyectos de reforma a la LECrim se deja en claro que las técnicas de investigación modernas, basadas en la recopilación de datos por medios informáticos y electrónicos, debe contar con una completa y adecuada legislación, tendiente a la preservación de los derechos de los ciudadanos frente al abuso en la captación de información. El tratamiento del derecho al propio entorno virtual, aunque se encuentra correctamente tratado por la jurisprudencia, debe ser trasladado a la legislación, complementando lo que la reforma de 2015 añadió a la LECrim.

XX

En la más reciente jurisprudencia, resultado del “caso Falciani”, se echa en falta que el Tribunal Supremo español considere las posiciones que otros tribunales a nivel europeo han tomado con respecto a la utilización de prueba ilícita, así como de sus derivadas, al negarles relevancia en un proceso penal. La tentación de utilizar pruebas en un proceso puede resultar peligrosa, si no se pondera cuidadosamente el impacto que dicha utilización puede tener en un futuro en otros procesos.

XXI

El habilitar la recolección y búsqueda activa de elementos que pudieran ser utilizados como prueba por particulares, puede desembocar en una situación de riesgo para con los datos e información personales de muchos individuos e, incluso, ser utilizados de manera indebida.

XXII

La regla de exclusión de la prueba ilícita en México, es mayoritariamente considerada como consecuencia de la actualización del contenido constitucional relativo al proceso penal. Incorporada de manera definitiva a la realidad jurídica mexicana con la reforma de junio de 2008. Esto no significa que no se tuviera, anteriormente, alguna consideración con respecto a dicha regla, cuando existían antecedentes para su aplicación en materia administrativa e, incluso, la SCJN había reconocido su existencia mediante interpretación.

XXIII

Antes de la materialización de la regla a nivel constitucional y entre las razones que avalan su adopción, encontramos varios casos que destacaron la importancia de contar con un mecanismo de protección de derechos frente a la actividad investigadora del Estado. Estos casos, examinados de manera exhaustiva en el presente trabajo, aportaron razonamientos esenciales a la necesidad de contar con la regla de exclusión.

XXIV

En primer lugar, refiriéndonos al “caso Acteal”, podemos afirmar que el mismo fue determinante al entender, que ante el riesgo de la influencia indebida en la investigación de los delitos, criterios de control como la regla de exclusión de prueba ilícita, ayudan a proteger los derechos de las personas, como la garantía de ser juzgado únicamente con pruebas obtenidas de conformidad con la ley.

XXV

El “caso Rubí”, gracias a la amplia cobertura y difusión que recibió por parte de los medios de comunicación, puso de manifiesto los riesgos que acompañan a la aplicación ineficaz de la regla. El aplicar la exclusión de la prueba declarada ilícita, de manera automática y sin que exista una clara orientación a la decisión que debe tomar el Tribunal, puso de manifiesto la necesidad de continuar el desarrollo de la regla de exclusión, de forma clara y completa.

XXVI

Por último, el “caso Cassez”, centrado en la fabricación de pruebas por parte del órgano investigador, propuso un novedoso tratamiento para la acumulación de violaciones a derechos fundamentales en un proceso, el llamado efecto corruptor. Esta doctrina, presente en la jurisprudencia mexicana, podría presentar un método de tratamiento novedoso cuando se tratara de la resolución de casos en que el acervo probatorio se ha visto gravemente viciado por la ilicitud, dotando de una medida de protección adicional a los derechos fundamentales.

XXVII

Debemos considerar que la decisión de colocar la regla de exclusión en el texto constitucional, origina particularidades con respecto al tratamiento de la misma, en tanto su rango hace difícil conciliar la aplicación de excepciones. Este obstáculo, apreciado en menor medida por la SCJN, no ha impedido la incorporación de distintos criterios para a la no aplicación de la regla. Se estima que, de seguir por

este camino, en los próximos años se podrían manifestar criterios aún no considerados, tales como las excepciones de buena fe y, probablemente, el criterio de la conexión de antijuridicidad.

XXVIII

Por otro lado, el desarrollo que la legislación complementaria, con especial referencia al CNPP, parece no alcanzar un punto de utilidad satisfactorio. Esta legislación no prevé las herramientas necesarias para tratar la regla constitucional de exclusión, al encontrarse plagada de imprecisiones y omisiones. Situación que dificulta el manejo de la regla por parte de los órganos jurisdiccionales y complican el entendimiento de la operación a los actores en el proceso penal.

XXIX

No se debe obviar la más reciente legislación, que contempla aspectos relacionados con la regla de exclusión y las medidas de investigación tecnológicas, de manera similar a la legislación española. Sin embargo, en el caso mexicano, debe considerarse la falta de desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión como una circunstancia que exige aún mayor claridad al momento de elaborar la regulación en la materia, así como la dinámica propia del tratamiento de la regla, impuesta desde su posición constitucional.

XXX

Si dirigimos nuestra mirada al tratamiento procesal de la regla de exclusión en México, debemos mencionar la necesidad de aclarar conceptos básicos en la legislación procesal y la jurisprudencia, tales como la distinción entre prueba ilícita y prueba irregular. Así mismo, deberán incluirse herramientas que faciliten el tratamiento de las solicitudes de determinación de exclusión por las partes en el proceso y habilite, de manera efectiva, la revisión *ex officio* por parte del órgano jurisdiccional, ya sea en la etapa inicial con la audiencia de vinculación a proceso, o en la etapa intermedia al definir el acervo probatorio que deberá ser llevado a juicio.

XXXI

Sin lugar a dudas, desarrollar una completa y útil regulación en torno a la regla de exclusión contenida en el art. 20 CPEUM se nos presenta como la gran oportunidad para otorgar a la reforma del sistema de justicia penal en México un elemento innovador y destacado, que le permita consolidar la transición y derivarse en un sistema garantista efectivo. Para la adopción de criterios de restricción, se debería esperar a la consolidación de la regla de exclusión como

elemento normativo, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en posiciones de difícil tratamiento. Por ejemplo, cabe considerar las dificultades que podría acarrear la aplicación de criterios como el de la excepción de “buena fe”, por mencionar alguno.

XXXII

Por último, debemos optar por que la posición constitucional de la regla sea reconocida e identificada por la SCJN, sin que esto implique inmiscuirse en competencias del Legislador. Este reconocimiento deberá otorgar un marco de interpretación acorde a dicha posición, dando preferencia a la aplicación de la regla por encima de cualquier criterio de excepción y, por tanto, impulsar una necesaria tendencia de expansión en la aplicación de la regla, orientada al perfeccionamiento de la misma a través de la identificación de su máxima aplicación posible.

XXXIII

Visto lo anterior y, considerando las particularidades de cada uno de los sistemas legales que hemos visitado (español y mexicano), cabría proponer un punto de conciliación entre el desarrollo que, en ambos, ha tenido la regla de exclusión de la prueba ilícita. El punto donde ambos se tocan es, sin duda, la interpretación del fundamento de aplicación de la regla de exclusión, a lo que destaca el tratamiento que España ha dado al tema de protección de los derechos fundamentales. En el caso mexicano, las particularidades de la posición constitucional de la regla, a como se ha mencionado reiteradamente, suponen un nivel de tutela aún mayor de los ya mencionados derechos, situación irreconciliable con la actual posición española, que supedita la protección a un criterio de ponderación con bastantes atajos.

Conclusions.

I

Modern criminal procedure implies the recognition and respect to several rights and warranties, being the subject of evidence one of the main stages in which this necessity arises. Respect on this matter, must maintain equilibrium between the States interest, represented in effective criminal prosecution, and the protection of individual rights.

II

The aforementioned equilibrium can only be maintained if the following ideas are considered:

- A. Not everything goes in the pursue of truth. There are limits on the exercise of evidence gathering, in particular, related to the search and seizure of evidence.
- B. An optimum level of control must be kept over the quality of evidence, in order to warrant its trustworthiness.
- C. The same capacity must be assigned to parties when it comes to gather and presents evidence, not foregoing the fact that such initiative can be replaced by the exercise of such prerogatives on behalf of the Judge himself.

III

Identification of the limits to evidence must be undertaken from a decision, based on equilibrium to interests in dispute. The inclination towards the preference of an interest over another manifests as a limit in the exercise of evidentiary matters. This limit may be presented as a prohibition when it's on the general subject or, in a specific matter, as in case of the exclusionary rule.

IV

Evidentiary prohibitions are formulas of a general approach, they seek to prohibit activities in search and acquisition of evidence before they occur, in order to prevent contamination of the trial. On the other hand, specific rules, derived from such prohibitions, like the exclusionary rule, seek to control the activity at a later stage. Given that the application of the rule depends upon an infraction, analysed in a particular manner. This distinction should suffice in order to end the existing confusion regarding the use of irregular and illicit proof, used indistinctly by Spanish jurisprudence and doctrine.

V

According to the original text of the Spanish Criminal Code and Constitution of 1978, Spain did not have an exclusionary rule to evidence. What these texts did allow, was for an interpretation, provided by the STC 114/1984, by setting foreground in the matter of protection of fundamental rights against the states active role in the gathering of evidence. This interpretation, paired with the development of the right to due process, provided the exclusionary rule with constitutional relevance.

VI

The main reason to consider the application of the exclusionary rule in Spanish criminal law, was the necessity to provide legal treatment to evidence obtained with violations to fundamental rights. This necessity is rooted on the idea that such violations are incompatible with the preferred position of fundamental rights, described in the Spanish constitution. The immediate solution was to import the exclusionary rule doctrine, originally conceived by the US Supreme Court.

VII

Another reason for the adoption and development of the exclusionary rule, was the idea of the need to rethink limits to evidence, originally settled in the requirements of pertinence and ideality. This concepts, considered insufficient by todays standards, limited the capabilities to settle disputes when the gathering of evidence was derived from fundamental rights violations, albeit the lack of understanding of reason by the agents of the law or blatant bad faith actuations.

VIII

STC 114/1984, largely considered the first step towards the application of an exclusionary rule in Spain, argued over the idea of fundamental rights being backed by a warranty of their respect. Such warranty, thought of as a method of constitutional protection, should be provided the highest degree, situation that made the application of the exclusionary rule, if only in it's first years, absolute.

IX

In the STC 114/1984, the TC itself determined the adequate method of adjudication in order to provide for the application of the exclusionary rule, opting for the use of the "Balancing Test "doctrine. This criteria implies the individual consideration of each case, in an approach that assigns previous decisions a purely informing function. In this analysis, the relation between procedural interests and the preferred position of fundamental rights becomes the relevant aspect.

X

The first proposal of treatment to illicit evidence, came with the application of the regime of nullity. Nevertheless it quickly came to show that such treatment was derived from confusion, consequence of wanting to apply old formulas, previously used in matters of evidentiary prohibitions, only applicable to procedural irregularities. It was necessary to rethink the scope of the declaration of exclusion, from the effect point of view, to realise that the prohibition of effect was the right answer.

XI

The redaction of the exclusionary rule, as interpreted in art. 11.1 LOPJ, has given way to jurisprudential interpretation in the subject of exceptions to the application of the rule. These exceptions are product, exclusively, of the incorporation of foreign law criteria or, as in the case of the *doctrina de la conexión de antijuridicidad*, a reinterpretation of balancing mechanisms to the interests in conflict, also developed under the influence of comparative law.

XII

The eventual creation of exceptions to the rule, occurred thanks to the loss in constitutional range of the interpretation provided by STC 114/1984. By moving the exclusionary rule to a normative formula, assigning a prohibition mandate to the Judge, the rule was to only be enacted when the violation of a fundamental right occurred in the obtention of evidence. This displaced the application of the rule to a logical exercise.

XIII

It was the tendency to value exclusion of illicit evidence from the application of a test, the key element in the evolution of the rule towards denaturalisation. This loss of essence is most represented by the *doctrina de la conexión de antijuridicidad*, created by the TC itself. It was the evolution of this doctrine which alone closed the expansionist period for the application of the rule, by declaring the doubtful independence between the evidence itself and the violation of the fundamental right. This would ultimately make way to new exceptions to the application of the exclusionary rule.

XIV

Along with the negative effects in the change of the rules foundations, we find that the restriction to evaluate evidence derived from other evidence declared illicit,

practically eradicated the application of the fruits of the poisonous tree doctrine, as well as eroded the legal foundation of the rule, now aimed towards the deterrent effect, an incompatible concept to the nature of the exclusionary rule, as portrayed in art. 11.1 LOPJ.

XV

The most recent exceptions to the rule, as the accused's voluntary confession, bring to evidence the tendency to provide full validity to evidence derived from other evidence subject to the exclusionary clause, as long as the disconnection from the original source is provided by the *doctrina de la conexión de antijuridicidad*.

XVI

This tendency to the application of exceptions, finds its origin in the idea that the legal foundation of the application of the rule is not rooted within the contents of the right to a due process, but on the so called deterrent effect, a construction provided by American doctrine.

XVII

Notwithstanding the fact that the idea to provide legal foundation to the exclusionary rule came to analysis in the construction of STC 114/1984, Spanish doctrine largely considers it not able to provide that function. As in the USA authority must respect certain rules while exercising their functions, thus the deterrent effect. On the other hand, in Spain, the constitution sets a limit to evidence, as only evidence obtained in a licit manner can be used to condemn a person.

XVIII

Continuing the idea to trade the foundation of the exclusionary rule towards the deterrent effect in Spain, would result in further confusion on the already weakened application of the rule. This risks forfeiting its application altogether, which would result in an important loss on the capacity to protect fundamental rights.

XIX

On the other hand, recent projects to update the LECrim have left a clear sense of the need to improve legislation in regards to modern investigative techniques, based on the compilation of data by electronic means. This legislation should tend to preserve the rights of individuals subject to such measures. The treatment of the right to an own virtual scenario, even though it receives great treatment on behalf

of the jurisprudence, must be translated into legislation, complementing the 2015 reform of the LECrim.

XX

The most recent decisions by the TS, represented in the “caso Falciani” should prompt us to ask the TS to consider the positions advocated by other Tribunals in the European landscape, regarding the use of illicit evidence, as well as the application of the fruit of the poisonous tree doctrine. The temptation to use evidence in a criminal procedure may be great, but it can result in great danger, specially when it could bare repercussions in future procedures.

XXI

Making the active search and appropriation of evidence by private entities and persons available to be used in court may end up providing grounds for great risks in personal data of several individuals, also promoting the misuse of information.

XXII

The enactment of the exclusionary rule in México is largely considered a result of the criminal procedure reform and the changes it made to the Mexican constitution, established in Mexican legislation on June 2008. This doesn't mean that there where no previous considerations in regards to the exclusionary rule, as it was made present in matters of administrative law, as well as criteria by the SCJN, which recognised its application through interpretation.

XXIII

Previous to the materialisation of the rule at a constitutional level and considered as one of the reasons for its adoption, we find several cases that came to show the relevance of the need to provide a mechanism for the protection of fundamental rights in opposition to the investigative task of the states authority. This cases, examined in great detail in this work, provided deep and fundamental reasoning to the exposed necessity.

XXIV

First of all, in regards to “caso Acteal”, we can affirm it's important as a determinant case to understand that, in the face of the risk of undue influence in the investigation of crimes, control criteria, such as the exclusionary rule provide useful protection of the rights of the individuals, such as the warranty of due process.

XXV

The so called “caso Rubí”, thanks to its wide diffusion by the press, presented the risks of applying the exclusionary rule in a non effective manner. Application of exclusionary rule, without the use of a balancing approach and without guidance to the role of the Court in its application is dangerous to the preservation of balance and justice. This provided clear understanding of the need to continue the development of the exclusionary rule in the Mexican context.

XXVI

Finally, “caso Cassez”, centred on the illicit fabrication of evidence by the prosecution, proposed a novel treatment of the accumulation of fundamental rights violations in a criminal trial, the so called “*efecto corruptor del proceso penal*”. This doctrine, present in Mexican jurisprudence, could present itself as a new method to guide resolution of cases in which the evidence has been greatly affected by illicit acts on behalf of the authority, providing further protection to fundamental rights.

XXVII

We must consider the decision to place the exclusionary rule clause in the constitution, as one that provides a particular set of considerations with regards to its application. Constitutional placement means a hard time when it comes to reconcile the use of exceptions to the rule. This obstacle, however, doesn't seem to present a clear barrier to the application of exclusions, as the SCJN has allowed their use. However, we consider that continuing down this road may lead to the application of new and unconsidered method of exception, such as the good faith doctrine or an interpretation of the *conexión de antijuridicidad*.

XXVIII

With regards to the development of complementary legislation, providing special attention to the CNPP, it seems that such legislation has not reached a satisfactory development stage. This legislation fails to provide useful tools to deal with the application of the exclusionary rule, as a result of the lack of clarity and omissions present in its text. This situation makes difficult to reconcile the use of the rule by courts and complicates understanding of the operational aspect to actors in the procedure.

XXIX

It should be noted that the most recent legislation, related to exclusionary rule and technological investigative measures, looks very similar to that of Spain. However, in the Mexican case, it should be brought to consideration that, due to the lack of

jurisprudence and doctrinal development in the exclusionary rule treatment, further clarity should be exercised when addressing such issues, as the constitutional position of the rule determines a different approach to the subject.

XXX

If we turn towards the procedural treatment of the exclusionary rule in México, it should be mentioned that one of the top necessities results in the effort to clear up basic concepts in procedural legislation and jurisprudence, such as the difference between illicit and irregular evidence. Another important task to undertake is the inclusion of tools that facilitate the treatment on application of the exclusionary rule on the procedure, and allows the *ex officio* treatment of the application by the Judge, whenever there's suspicion of illicit evidence, be it in the pre-trial stage of the proceedings, with the *audiencia de vinculación*, or the intermediate stage, where the definitive discovery is carried out and saved for the trial.

XXXI

Without a doubt, developing a comprehensive and useful regulation on the subject of the exclusionary rule of the Mexican constitution, is presented as the great challenge towards giving the Mexican criminal reform it's final touches. This would provide a modern and innovative subject, which would allow for a better transition and application of an effective warranty based system. In order to be able to adopt exclusions to the application of the rule, we must first wait for the rule to settle, alas running into dangerous areas. For example, consider the difficulties of applying the good faith doctrine in a system like Mexico's.

XXII

Finally, we must opt for the constitutional position of the exclusionary rule to be identified and respected by the SCJN, without it running into legislative ground. This recognition should provide a frame of interpretation of the rule coherent to such position, giving preference to the application of the exclusion over any exception and, thus, pushing forward a much needed expansionist view of the application, aimed towards the polishing of the exclusionary rule, thought the identification of it's maximum application standard.

XXXIII

Having visited, and considering, both legal systems particularities, it's now time to propose a point of contact between them, in regards to the development of the exclusionary rule doctrine. This point is, undoubtedly, represented by the legal foundation to the application of the rule, regarding the preservation of fundamental

rights. In this matter, the treatment of their protection is reflected primarily in the Spanish system. In the Mexican scenario, the position of the rule in the constitution provides, as we've already mentioned, an irreconcilable approach to the actual stage of the Spanish reality, which supeditates the application of the rule to a criteria of a balancing test with many shortcuts on it's outcome.

Bibliografía.

AGUILAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 14. 1993, pp. 9-34.

AGUILERA MORALES, Marien. *La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Ante una común y preocupante tendencia*. Revista General de Derecho Público Comparado Número 3. 2008. 17 pp.

AHUMADA RUÍZ, Ma. Ángeles; ROCA TRÍAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma, Octubre 2013. 37 pp.

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Exclusionary Rule de EE. UU. Y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Tesis doctoral. NAVARRO VILLANUEVA, María del Carmen (Directora). Universitat Autònoma de Barcelona. 2012. 589 pp.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Síntesis del Derecho Procesal*. En: LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. II: Derecho Procesal. UNAM. 1978. p. 167 y ss.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993, 607 pp.

ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Liliana. *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio. Un panorama doctrinario, normativo, jurisprudencial y casos relevantes*. Flores Editor. México. 2017, 376 pp.

ARMENTA DEU, Teresa. *Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español*. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. GÓMEZ LARA, Cipriano y STORME Marcel. (Coords.) UNAM, México. 2005, pp. 293 - 348.

ARMENTA DEU, Teresa. *Exclusionary Rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América*. Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile. Nº. 11, 2009, pp. 81 - 110.

ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda Edición. Marcial Pons. 2011. 223 pp.

ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. Revista *Ius et Praxis* 13, núm. 2. 2007, pp. 345 - 377.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 10ª. Edición, Ed. Marcial Pons. Madrid. 2017, 448 pp.

ARMENTA DEU, Teresa. *Los derechos fundamentales y su limitación. Garantías y consecuencias de su vulneración*. Conferencia realizada en Bogotá, Colombia, 2013, 26 pp.

ARMENTA DEU, Teresa. *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*. Revista del Poder Judicial, No. 19. 2006, pp. 177 - 211.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*. Marcial Pons, España. 2012.

ARRIAGA VALENZUELA, Luis y HERNÁNDEZ LEÓN, Simón Alejandro. "Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva". En: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. (Coordinador). *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia constitucional e Interamericana*. T. II. México. UNAM. 2013, pp. 1868-1899.

ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional. STC 114/1984, de 29 de noviembre*. Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics 1985, núm. 1, p. 289.

ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, 1era. Ed. Madrid. 1989. 198 pp.

A.A.V.V. Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Diccionario de Derecho Procesal*. Ed. Oxford. México. 2004, pp. 178 y 179.

BACHOF, Otto. *Grundgesetz und Richtermacht*. Traducción de BERCOVITZ, Rodrigo. "Jueces y Constitución". Ed. Civitas. Madrid. 1985, pp. 72.

BACHMAIER WINTER, Lorena. *European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, no. 9. 2010, p. 586.

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*. *Utrecht Law Review*. Vol. 9, Issue 4. Septiembre 2013, p. 140.

BANDES, Susan A. *The Robert's Court and the Future of the Exclusionary Rule*. American Constitution Society for Law and Policy. 2009, 9 pp.

BELING, Ernst. *Las prohibiciones probatorias*. Trad. de AMBOS, Kai y GUERRERO, Óscar Julián. Ed. Temis. Bogotá, Colombia. 2009, pp. 3 – 56. Traducción de la obra original de 1903: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*.

BINDER, Alberto. *Ministerio Público como gestor de intereses: ubicación orgánica e independencia*. Ministerio Público. Órgano de difusión de la Procuraduría General de la República. República Dominicana, núm. 6. 2008, p. 31.

CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*. 3ra. Edición. Depalma Ediciones. Buenos Aires. 1998, 228 pp.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*. En: *Temas de Derecho Procesal Penal*. Depalma Editores. Buenos Aires. 1988.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Cuadernos de Derecho Público, número 10 (mayo-agosto 2000), pp. 153-178.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 2015, pp. 319.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime. *Pruebas obtenidas por particulares de modo delictivo. De la lista Falciani a las agendas de Nadine Heredia*. Diciembre de 2017, 106 pp.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXVIII, Número 83, mayo – agosto 1995, pp. 523 - 562.

CARNELLUTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. Ed. Depalma. 2da. Ed. 1982. 273 pp.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Trad. de ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. Ed. UTEHA. Buenos Aires. 1944.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Martínez de Castro y el Código Penal de 1871*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo VIII, Número 31. 1946, pp. 213 - 215.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Síntesis del derecho penal. Historia*. En: AAVV. Panorama de Derecho Mexicano. T. I. UNAM. 1965, p. 318.

CIANCIARDO, Juan. *Los límites de los derechos fundamentales*. Díkaion: revista de actualidad jurídica. Nº. 10. 2001, pp. 54 – 73.

Consultado el 3 de abril de 2017 y disponible en: https://www.researchgate.net/publication/292152401_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_Y_SU_LIMITACION_GARANTIAS_Y_CONSECUENCIAS_DE_SU_VULNERACION

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *La Sustanciación de los Procesos Penales Federales con Anterioridad al Código de 1908*. Revista Mexicana de Historia del Derecho. Vol. XXVII, Segunda Época. Enero – Junio 2013, pp. 154-155.

COSTA TORNÉ, Ma. Cinta. *La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones*. Revista de Derecho UNED, núm. 11. 2012, pp. 137 - 161.

COUTURE, Eduardo J. *Tutela constitucional del proceso*. En: *Fundamentos de Derecho Civil*. 3ra. Edición. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1958. 492 pp.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ra. Ed. Depalma Editor. Buenos Aires, 1958. 492 p.

CRUCES AGUILAR, Priscila. *¿La Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado en México?*. Abril 2014. Consultado el 13 de julio de 2015 y disponible en: https://www.academia.edu/7751155/_La_doctrina_del_fruto_del_arbol_envenenado_en_México

CRUZ BARNEY, Óscar. *Influencias del Código Penal de Martínez de Castro en la Codificación Penal Mexicana*. Revista Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Número 17. 2011, pp. 99 – 128.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica Núm. 275. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, 209 pp.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguél Ángel. *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial.*, 4ta. Ed. Thomson - Aranzadi. 2007. 446 pp.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. *La regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho español: excepciones y eficacia*. Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013. 21 pp.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Corpus Juris. Introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*. Economica. Paris. 1997.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 5a. Ed. Víctor P. de Zavalia, Editor. Buenos Aires, 1981. 780 pp.

DÍAZ ARANDA, Enrique. *Cuerpo del delito ¿Causalismo o Finalismo?*. En: Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. 2ª. Reimpresión. AAVV, DÍAZ ARANDA (Editor). UNAM 2012, pp. 9 – 37.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Ed. Civitas. Madrid. 2001. 248 pp.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. Jueces para la democracia No. 43. 2002, pp. 39 - 49.

DÍAZ CABIALE, José Antonio. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. 1992. 279 pp.

DÍEZ-PICAZO, Ignacio. *Artículo 24. Garantías Procesales*. En: Comentarios a la Constitución Española de 1978. Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Vol. III. Madrid, 1996, pp. 19 – 124. Consultado el 10 abril 2017 y disponible en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-24-garantias-procesales-331146>

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel y VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *Validez de los medios de prueba tecnológicos*. Diario La Ley, N°. 9005, Sección Dossier, 21 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer. 28 pp.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch Editor. 1995. 264 pp.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid. 1995. 991 pp.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2007. 166 pp.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Primera Ed. Centro de estudios poíticos y constitucionales, Madrid. 2003. 525 pp.

FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. *¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970 – 2000)*, pp. 503 – 603. Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización. FIX-FIERRO, Héctor, FRIEDMAN, Lawrence M. Y PÉREZ PERDOMO, Rogelio. (Editores). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 139. 2003, pp. 769.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal*. UNAM. 1991, pp. 89-91.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1993, 509 pp.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. Primera reimpresión 2004, 199 pp.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Ministerio Público*. En: *El Ministerio Público en el Distrito Federal*. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: E, Núm. 84, México. 1997, 273 pp.

GARRIDO LORENZO, María Ángeles. *Valoración en el juicio oral de la prueba y conexión de antijuridicidad*. Diario La Ley, No. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011, pp. 1709 – 1713.

GARZÓN, Adela. *El Jurado en las Democracias Actuales*. Psicología y Jurados. 1989.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. Jueces para la democracia No. 52. 2005, pp. 47 - 88.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim*. Gabilex, Nº. 2, Junio 2015, pp. 105 – 129.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *Constitución y proceso*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988. 248 pp.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles*. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Universidad de Friburgo. 2008, pp. 145 – 188.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. En: *Prueba y proceso penal*. (Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis). Ed. Tirant lo Blanch, 2008. 628 pp.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *El proceso penal español y la prueba ilícita*. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XVIII, No. 2. Diciembre 2005, pp. 187-211.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. En: Prueba y proceso penal. (Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis) Ed. Tirant lo Blanch, 2008. 628 pp.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La prueba ilícita*. Revista Persona y Derecho. Vol. 54. 2006, pp. 363 - 383.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)*. Revista de Derecho Procesal, 1990. núm. 1, pp. 24 - 44.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita*. En: Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 1, Núm. 2. 1993 - 1994, pp. 67 - 80.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. Editorial Leyer. Colombia. 2005, 1416 pp.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex. 1990. 352 pp.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho*. Obras completas. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2007. 352 pp.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. México, Ed. Porrúa. 2002. 269 pp.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid. 2010. 214 pp.

GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: Jueces para la democracia No. 26. 1996, pp. 76 - 80.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *La dimensión procesal de los derechos fundamentales y de la constitución*. Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú. Madrid. Universidad Complutense – Universidad Nacional Autónoma de México. 2001, pp. 1663 – 1679.

GUTTERIDGE, H.C. *Comparative Law*. 2ª. Edición. Cambridge University Press. 1949.

HARABEDIÁN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Ad-Hoc Editor. Buenos Aires, Argentina. 2002, p. 60.

HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. II: The Mirage of Social Justice. University of Chicago Press. 1977, 210 pp.

HUERTA OCHOA, Carla. *La jurisprudencia como técnica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXXII, Número 95, mayo – agosto de 1999, pp. 397 - 415.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. J. Ma. Bosch Editor, Barcelona, 1999. páginas. 132-133.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Falacias en la Jurisprudencia Penal*. En: *Contornos y pliegues del derecho: Homenaje a Roberto Bergalli*. RIVERA, Iñaki (Coord.) Ed. Antrophos, Barcelona 2006, pp. 313 – 318.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. En: *Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, pp. 215 – 242.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. 1ra. Edición. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2009. 246 pp.

IBARRA PALAFOX, Francisco. *Contra la Impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. En: *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. UNAM. Número 21, 2009, pp. 427 – 470.

IÑESTA PASTOR, Emilia. *La Proyección Hispanoamericana del Código Penal Español de 1848*. Actas y Estudios del XIII Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano. GONZÁLEZ VALES, Luis E. (Coord.) Vol. 2. 2003, pp. 493 – 520.

ÍSLAS COLÍN, Alfredo. *Las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia del Sistema de Justicia Penal (Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008)*. Derechos Humanos en México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Año 3, número 9. 2008, pp. 65 – 106.

ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*. Editorial Porrúa. México. 1979.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 1892. 382 pp.

JORGE BARREIRO, Alberto. *La prueba ilícita en el proceso penal*. CGPJ, 1992. Vol. II.

KEANE, Adrian. *The Modern Law of Evidence*. Fifth Edition, p. 72.

KUSAK, Martyna. *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU. A study of telephone tapping and house search*. Maklu Publishers, Ambers. 2016, p. 243.

LANGER, Máximo, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. American Journal of Comparative Law, Vol. 55, UCLA School of Law Research Paper No. 07-22. 2007, pp. 617 - 676.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Ed. Akal. Madrid. 1989. 272 pp.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. COLEX, Madrid. 1991.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 79 - 114.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*, 3ra. Edición. 1905. 471 pp. Citado según referencia en: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, p. 241.

LUNA CASTRO, José Nieves. *El concepto de tipo penal en México (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*. México. Porrúa. 1999.

MADRAZO CUELLAR, Jorge. *Las Reformas Constitucionales en Materia Penal*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales. Núm. 1. Julio – diciembre 1999, pp. 265 – 279.

MARCO URGELL, Anna. *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas de la ilicitud de la injerencia*. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. 2010, 522 pp.

MARTÍN GARCÍA, Pedro. *La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita*. En: *La prueba en el proceso penal*. Coord. MARTÍN GARCÍA, Pedro. Revista General de Derecho. 2000, 765 pp.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Ed. Civitas. Madrid. 1988, 176 pp.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. 2010. 226 pp.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Universitat de Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. 237 pp.

MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso. *El uso de información ilícitamente obtenida en materia tributaria*. Estudios y notas. Crónica tributaria 159-2006, pp. 80 - 84.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita: El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2da. Edición. J.M. Bosch Editor. 2004. 200 pp.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita*. Revista Catalana de Seguretat Pública. 2010, pp. 131 - 151.

MONTERO AROCA, Juan (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000. 370 pp.

MONTÓN REDONDO, Alberto. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso (Con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas)*. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1977. 267 pp.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos. *El Concepto de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Mexicano. Primera Aproximación*. En: Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, Primera Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. 193 pp.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y CABALLERO, José Antonio. *El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A*. En: Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana. Tomo II. FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo (Coord.) SCJN – UNAM. 2013, p. 60.

OÑATE LABORDE, Santiago. *Evolución del Derecho Procesal Mexicano. Antecedentes, Desarrollo Histórico, Problemas Centrales y Soluciones*. En; LXXV Años de la evolución jurídica en el mundo. Vol. III: Derecho Procesal. UNAM. 1978. p. 167 y ss.

ONECA; José Antón. *El Código Penal de 1870*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 23.2. 1979, pp. 229-252.

PASCUAL LÓPEZ, Silvia. *La inviolabilidad del domicilio en las constituciones españolas del siglo XX*. Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 20. Enero - Junio 2009, pp. 255 – 276.

PASTÓR BORGONÓN, Blanca. *La prueba ilegalmente obtenida*. En: Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, pp. 183 - 214.

PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Ed. Dykinson, Madrid. 2009 , 365 pp.

PELLEGRINI, GRINOVER. Ada. *O modelo acusatório de instrução processual penal como garantia dos direitos humanos*, pp. 285 – 306. Temas de derecho procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano del Derecho Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1996, pp. 828.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Teoría de la prueba y Derecho Penal*. Ed. Dykinson. 1990. 90 pp.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, Madrid. 2007 , 234 pp.

PICÓ i JUNOY, Joan. *El artículo 11.1 LOPJ*. Revista la Ley. No. 4213 de 22 de enero de 1997.

PICÓ i JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1996. 452 pp.

PICÓ i JUNOY, Joan. *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LA REA, Arturo, Coordinadores. UNAM, México. 2000, Tomo X. pp. 527 - 565.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor. Barcelona 1997. 204 pp.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida evolución jurisprudencial. Comentario a las sentencias que marcan el camino*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi. 2014. 195 pp.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Panorama del derecho mexicano. Jurisprudencia*. Universidad Nacional Autónoma de México. McGraw-Hill. 1997, 102 pp.

POOLE, Thomas. *The Law of Emergency and Reason of State*. LSE Law, Society and Economy Working papers. London School of Economics and Political Science. 2016, 24 pp.

PRIETO CASTRO, Luis. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Tecnos. Madrid. 1978, pp. 138.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Enero – junio 2000.

RÍOS ESPINOSA, Carlos. *El proceso acusatorio en el estado de Chihuahua y el caso del homicidio de Rubí Fraire. Razones para no eliminar al mensajero*. Los derechos humanos en el momento actual. CIENFUEGOS SALGADO, David y FROTO MANDARIAGA, Germán. (Coords.) México, 2012, pp. 403 - 416.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. *Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*. Consultado el 10 de marzo de 2015 y disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605->

RODRÍGUEZ, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México. 2013.

ROVIRA CANTO, María Pilar. *La prueba ilegalmente obtenida*. Plan Provincial de Girona, *Penal II*. Consejo General del Poder Judicial. 1992.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000, 601 pp.

RUÍZ HARRELL, Rafael. *Código Penal Histórico*. México. INACIPE. 2002, 338 pp.

RUIZ VADILLO, Enrique. *Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.* En: *Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. XXIX, Madrid. 1993, pp. 9 - 58.

SCHÖNKE, Adolf. *Límites de la prueba en el Derecho Procesal*. Revista de Derecho Procesal, Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. Año XI, Núm. 3. Julio – agosto – septiembre 1955, pp. 373 -378.

SCHUSTER. *Verwertbarkeit in Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess*. 2006 , p. 276.

SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal*. Tomo I. Teoría General. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963. 314 pp.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Los derechos fundamentales en la Constitución Española*. Revista de Estudios Políticos, N°. 105, 1999, pp. 9-28.

TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel proceso civile*. Rivista di Diritto Processuale. Vol. 1. 1984, pp. 74 – 120.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. de FERRER BELTRÁN, Jordi. Ed. Trotta. 4ta. Edición. 2011. 542 pp.

THAMAN, Stephen C. *Exclusionary rules in comparative law. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 20*. Springer. Estados Unidos. 2003. 454 pp.

TINOCO MIRANDA, Jaime Efraín. *Inaplicación de la jurisprudencia bajo un control difuso de la constitucionalidad y/o convencionalidad*. Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Revista PRAXIS de la Justicia Fiscal y Administrativa, año 8, núm. 20. 2016 , 60 pp.

UREÑA CARAZO, Belén. *Constitución, garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales*. En: REÁL ALCALÁ, J. Alberto (Editor). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. 2016, pp. 297 – 315.

VAN HOECKE, Mark. *Methodology of Comparative Legal Research*. Law and Method, Junio 2015, p. 1.

VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. *Reforma procesal y Ministerio Público*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México. 2014, 117 pp.

VESCOVI, Enrique. *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una aproximación comparatista entre el “civil law” y el “common law”*. En: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Núm. 2. 1970, pp. 341-384

VIVES ANTÓN, Tomás. *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los “Frutos del árbol emponzoñado”*. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Núm. 4. 2002, pp. 5 – 20.

WOLFE, Christopher. *Judicial Activism*. Rowman & Littlefield, 1997. 149 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Las garantías penales en la Constitución de 1857, en perspectiva juiscomparatista*. En: Entre libertad y castigo: Dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz. CAMPOS DOMÍNGUEZ, Fernando Gerardo (Coord.) UNAM. 2011, pp. 869 – 890.

Legislación (España).

Código Penal de 27 de octubre de 1932.

Ley Orgánica 1979 del T.C.; Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Legislación (México).

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Ley de Seguridad Interior.

Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

Jurisprudencia nacional (España).

Tribunal Constitucional.

ATC 299/1984 de 16 de mayo.

ATC 46/1983.

STC 11/1981.

STC 126/2000.

STC 127/2000.

STC 131/1995.

STC 136/2000.

STC 139/1999 de 22 de julio.

STC 14/1999 de 22 de febrero.

STC 145/2014 de 22 de septiembre.

STC 147/1987.

STC 161/1999 de 27 de septiembre.

STC 165/2001.

STC 166/1999.

STC 171/1999.

STC 173/2011 de 7 de noviembre.

STC 174/1985.

STC 183/1999.

STC 184/2003 de 23 de octubre.

STC 19/2001.

STC 196/2004 de 15 de noviembre.

STC 197/2009 de 28 de septiembre.

STC 2/1982.

STC 26/2010 de 27 de abril.

STC 207/1996 de 16 de diciembre.

STC 217/1998.

STC 22/2003, de 10 de febrero.

STC 235/2006 de 11 de septiembre.

STC 236/2002.

STC 238/1999.

STC 239/1999.

STC 244/1994.

STC 246/1994.

STC 246/2000.

STC 26/2000.

STC 299/2000.

STC 37/1989 de 15 de febrero.
STC 37/2000.
STC 49/1999.
STC 5/1981.
STC 5/2000.
STC 5/2010 de 7 de abril.
STC 50/1998.
STC 50/2000 de 28 de febrero.
STC 51/1985.
STC 56/2003 de 24 de marzo.
STC 57/1994 de 28 de febrero.
STC 59/1991.
STC 61/1993.
STC 64/1986 de 21 de mayo.
STC 66/2099.
STC 68/2010.
STC 70/2002 de 3 de abril.
STC 73/2001.
STC 8/2000 de 17 de enero.
STC 81/1998 de 2 de abril.
STC 85/1994 de 14 de marzo.
STC 86/1995 de 6 de junio.
STC 91/2000.
STC 94/1999.
STC 166/1999.
STC 171/1999.
STC 740/2012 de 10 de octubre.

Tribunal Supremo.

Auto Sala 2ª. TS de 18 de junio de 1992, R. Ar. 6102, Caso Naseiro. F.J. 4.
STS 1092/2010.
STS 113/2010.
STS 1151/2002.
STS 1203/2002.
STS 1218/2016.
STS 1273/2014.
STS 129/2005.
STS 136/2007.
STS 1432/2011 del 16 de diciembre.

STS 1451/2003.
STS 1154/2005.
STS 16 diciembre 1991 R. Ar. 9350.
STS 165/2016 de 2 de marzo.
STS 197/2009.
STS 2/2011.
STS 200/2017 de 27 de marzo.
STS 2054/1994.
STS 210/1992.
STS 2210/2001.
STS 245/2011.
STS 250/2017.
STS 256/2008 de 14 de mayo.
STS 256/2017 de 6 de abril.
STS 272/2017 de 18 de abril.
STS 273/2007.
STS 2783/2009.
STS 28/2003.
STS 287/2017 de 19 de abril.
STS 290/1999.
STS 298/1994.
STS 298/2015 de 13 de mayo.
STS 300/2015 de 19 de mayo.
STS 301/2013.
STS 311/1994.
STS 320/2011.
STS 329/2016 de 20 de abril.
STS 340/2000.
STS 342/2013.
STS 373/2016 de 3 de mayo.
STS 44/2013 de 24 de enero.
STS 406/2010.
STS 416/2005.
STS 436/2005.
STS 484/2005.
STS 492/2016 de 8 de junio.
STS 501/1997.
STS 511/2015.
STS 529/2010.

STS 538/1997.
STS 556/2006.
STS 556/2010.
STS 58/2003.
STS 589/2015 de 28 de septiembre.
STS 594/2012.
STS 617/1010.
STS 654/2012, Voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, punto 5º.
STS 664/2005.
STS 676/2001.
STS 725/1995.
STS 745/2015 de 23 de noviembre.
STS 747/2015.
STS 768/2010 de 15 de septiembre. Voto particular del Magistrado Ramos Gancedo.
STS 768/2010.
STS 811/2012.
STS 864/2005 de 22 de junio.
STS 864/2015 de 10 de diciembre.
STS 892/2013 de 27 de noviembre.
STS 91/2011.
STS 912/2013.
STS 963/2013.
STS 974/1997.
STS 947/2001.
STS 988/2011.
STS de 18 y 23 de abril (RJ 1997, 3611 y 3259).
STS de 22 de enero de 2013 (RJ 2013, 1288).
STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9491).
STS de 10 de enero de 2003 (RAJ 2007/588)
STS de 27 de diciembre de 2006 (RAJ 2007/588).

Jurisprudencia y criterios nacionales (México).

Amparo Directo 292/2016, considerandos 33 y 34.

Amparo directo en revisión 2748/2014, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sentencia de 25 de marzo de 2015, apartado 6.1, página 49.

Contradicción de tesis 299/2013, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época.

Jurisprudencia 2a./J. 195/2016. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, pág. 778. Décima Época. Registro: 2013380. Segunda Sala.

Jurisprudencia en materia Común. Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación, volumen 121-126, Sexta parte, pág. 280. Con número de registro 252103. ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE.

Jurisprudencia en materia penal, con número de registro: 2015603: TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL INculpADO.

Jurisprudencia registrada con número 192081, publicada en el Semanario Judicial de la Federación en abril de 2000: EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA.

Jurisprudencia. 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. Décima Época. Primera Sala. Registro número: 160509. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3. 1a./J. 139/2011 (9a.), página 2057.

Jurisprudencia. PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INCULPADO. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III; Pág. 2065. I.9o.P. J/12 (10a.). Época: Décima Época Registro: 2005726 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis:

Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: I.9o.P. J/12 (10a.) Página: 2065. Esta jurisprudencia apareció primero como tesis aislada bajo el número de registro 2004971 en noviembre de 2013.

Jurisprudencia. Registro: 2005726. Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Tesis: I.9O.P.J./12 (10a.) Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, Tomo III en febrero de 2014, página 2065.

Tesis Aislada en materia Constitucional y penal. 1a. CCCXXVI/2015 (10a.) Primera Sala de la SCJN. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ma. Época. Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, pág. 993. Número de registro 2010354.

Tesis Aislada en Materia Penal. Tribunales Colegiados de Circuito. 8va. Época. Registro: 215345. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, Agosto de 1993, pág. 384.

Tesis Aislada en materia Penal. Tribunales Colegiados de Circuito. 8va. Época. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Marzo de 1993, pág. 265. Registro: 216939. DETENCIÓN ILEGAL. NO NULIFICA LA CONFESIÓN DEL INCULPADO. Tesis aislada P. XXIX/96, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en Marzo de 1996, con número de registro 819511. : EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN).

Tesis Aislada. EFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 537. 1a. CLXVII/2013 (10a.).Época: Décima Época Registro: 2003564 Instancia: Primera Sala Tipo de

Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1 Materia(s): Penal Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.) Página: 537.

Tesis Aislada. ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. CONTRA LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL QUE NIEGA EXCLUIR O INADMITIR MEDIOS DE PRUEBA EN DICHA FASE, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, AL NO CONSTITUIR UN ACTO EN JUICIO, CUYOS EFECTOS SEAN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN. Tribunales Colegiados de Circuito. Número de Registro 2014367. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 42, mayo de 2017, Tomo III. I.5o.p.51 P (10a.). página 1909.

Tesis Aislada. I.1o.P.50P (10a.) en materia Penal. Número de registro 2015004. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 45, Tomo IV, página 3031 en Agosto de 2017.

Tesis Aislada. Número de Registro: 2003564. Primera Sala. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. 1a. CLXVII/2013 (10a.), página 537.

Tesis Aislada. Número de registro: 2010347. Primera Sala, Décima Época. Semanario Judicial de la Federación. 1a. CCCXXV/2015(10a.). COMUNICACIONES PRIVADAS. DEBE EXISTIR UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERVENIRLAS, AUN EN CASOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Tesis Aislada. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. Época: Décima Época Registro: 2000124 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. I/2012 (10a.) Página: 2917.

Tesis Aislada. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Época:

Novena Época Registro: 186185 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Agosto de 2002 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: P. XXXV/2002 Página: 14.

Tesis Aislada. PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Época: Novena Época Registro: 177538 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXII, Agosto de 2005 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 1a. LXXIV/2005 Página: 300.

Tesis Aislada. PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO ESTÁ CONTENIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 14, 16, 17, Y 20, APARTADO A, FRACCIÓN IX, Y 102, APARTADO A, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONALES, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. Época: Décima Época Registro: 2003885 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 1a. CXCV/2013 (10a.) Página: 603.

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

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

Tesis Aislada. PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

Tesis Aislada. Registro: 2010354. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala de la SCJN. Tesis: 1ª. CCCXXVI/2015 (10a.). Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, pág. 993. PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

Tesis Aislada. Registro: 2010354. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala de la SCJN. Tesis: 1ª. CCCXXVI/2015 (10a.). Libro

24, noviembre de 2015, Tomo I, pág. 993. PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

Tesis jurisprudencial 1ª./J. 139/2011 (9ª.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Décima Época, Libro III, Tomo 3, diciembre de 2011, pág. 2057. “PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MÁRGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES”.

Tesis P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

Jurisprudencia de órganos internacionales.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schenk contra Suiza, sentencia del 12 de julio de 1988.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Valenzuela Contreras contra España, sentencia del 30 de julio de 1998.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Bugallo contra España, sentencia del 18 de febrero de 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Abdulkadir Coban contra España. Decisión del 25 de septiembre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Trabajo Rueda contra España, sentencia del 30 de mayo de 2017.

Jurisprudencia extranjera.

Estados Unidos de Norteamérica.

Abrams v. U.S., 250 U.S. 616 (1919).

Burdeau vs McDowell, 256 U.S. 465 (1921).

Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905),

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

Nix v. Williams, 467 U.S. 431. (1984).

Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

U.S. v. Carolene Products Co, 304 U.S. 144 (1938).

United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978).

United States v. Janis, 428 U.S. 422 (1976).

US VS Verdugo Urquidez, 494 US 259 (1990).

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

Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

Alemania.

BGHSt (1960) 14, 358, 365.

Italia.

Corte Constitucional Italiana en la Sentencia 34/1973.

Documentos y recursos electrónicos.

Acuerdo Número 5/1996 del Tribunal Pleno de la Corte de Justicia de la Nación. Consultado el 28 de diciembre de 2017 y disponible en: <http://207.249.17.176/PLENO/JPV/Acuerdo051996.pdf>

CAVERO FORRADELLAS, Gerardo. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Consultado por última vez el 15 de marzo de 2018 y disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 36/46 de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987. Ratificado por México el 23 de enero de 1986.

Corpus Juris 2000. Contenido consultado el 26 de noviembre de 2017 y disponible en: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/corpus_juris_en.pdf

Cronología: Caso Lydia Cacho, publicado el lunes 02 de junio de 2008 en la página electrónica del periódico El Universal, disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/511533.html> y consultado el 16 de febrero de 2016.

Informe “Fuera de Control. Tortura y otros malos tratos en México”, publicado por Amnistía Internacional en septiembre de 2014, p. 5. Consultado el 1 de marzo de 2016, disponible en: http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/09/INFORME_TORTURA_AIM.pdf

LUNA CASTRO, José Nieves. *Las partes y otras peculiaridades del sistema procesal penal mexicano en su proceso de conformación*. Conferencia. Documento visitado por última vez el 28 de octubre de 2017 y disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Curso%20de%20Especialización%20en%20Sistema%20Acusatorio.%20Modulo%20VII.pdf> Art. 264, párrafo segundo CNPP.

Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1996, 1354 pp.

Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (EPPO), documento del 17/07/2013, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52013PC0534> y consultado el 30 de noviembre de 2017.

SÁNCHEZ ROJAS. Luis I. *El honor mancillado: Un código de duelo para México*. Entrada en blog. Visitado en fecha: 18 de noviembre de 2015 y disponible en: <https://facetashistoricas.wordpress.com/2011/11/07/el-honor-mancillado-un-codigo-de-duelo-para-mxico/>