



TLATEMOANI
Revista Académica de Investigación
Editada por Eumed.net
No. 16 – Agosto 2014
España
ISSN: 19899300
revista.tlatemoani@uaslp.mx

Fecha de recepción: 29 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 09 de agosto de 2014

**LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO, UNA MIRADA A LAS
REGULACIONES ESPAÑOLA, ALEMANA Y AMERICANA EN TORNO A SU
PROHIBICION Y EXCEPCIONES**

Paola Iliana De la Rosa Rodríguez
paorosro@hotmail.com

Guerrero Sierra Verónica Yadira
yadira.guerrero@hotmail.com

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de San Luis Potosí

RESUMEN

En materia penal, la prueba ilícita es aquella que vulnera los derechos fundamentales del acusado. La presente investigación describe en qué consiste la prueba ilícita, hace referencia a las reglas de exclusión de la misma y procede a analizar algunos tipos de diligencias probatorias ilícitas: como la intervención de las comunicaciones privadas, la tortura en la obtención de confesiones y la autoincriminación. Asimismo, se hace referencia a la resolución de los tribunales en algunos países en los que se regula prueba ilícita.

ABSTRACT

In the criminal procedure, the illegally obtained evidence violates the human rights of the accused. This study describes the illegally obtained evidence and explains the exclusionary rules. After that, it analyzes certain types of illegal evidence, such as the

intervention of private communications, torture used while obtaining confessions and self-incrimination. It finally describes the decisions by some Courts in countries where the evidence obtained violating human rights is regulated.

PALABRAS CLAVE

Prueba ilícita, derechos fundamentales, derecho penal, exclusionary rule, sistema acusatorio adversarial

KEYWORDS

Illegally obtained evidence, human rights, criminal law, regal de exclusion, adversarial system

INTRODUCCIÓN

En el proceso penal, la prueba es la actividad mediante la cual se persigue lograr la convicción del tribunal sobre los hechos previamente alegados por las partes. Más específicamente, en un sistema adversarial, en forma evidente existe una diferencia entre la percepción que tienen las partes sobre el hecho ocurrido pues mientras la acusación ha de procurar las pruebas de cargo para obtener el convencimiento del juzgador sobre la vinculación del acusado con el hecho punible imputado, la defensa puede proponer pruebas de descargo e incluso, adoptar una actitud de simple negativa o de absoluto silencio. Ya decía el Fuero Juzgo: “Que ámbas las partes deven dar pruebas en el pleyto” (Libro II, Título II, VI).

La prueba, pilar en la determinación del órgano judicial tiene como objeto, demostrar los hechos alegados en el proceso, que son controvertidos por las partes; en consecuencia, los hechos públicos o notorios sobre los cuales no haya disputa, se excluyen de ser objeto de prueba.

Se debe mencionar que las diligencias llevadas a cabo en la investigación del delito difieren de la prueba practicada durante el juicio oral. Las primeras persiguen el descubrimiento y conocimiento de las circunstancias del hecho punible, así como de la identidad del autor, asimismo aportan fuentes de prueba y sirven para la preparación del juicio oral. Por otro lado, la prueba practicada en la audiencia de debate es la prueba verdadera, pues tiende a lograr la convicción del juzgador sobre los hechos alegados. Es decir, en el primer caso, se investiga, sirviéndose de las diligencias correspondientes, de las fuentes de prueba, y su resultado de igual manera es útil para el enjuiciamiento,

aunque necesita de una posterior validación; en el segundo, -tratándose de materia penal-, se demuestra la verdad de los hechos utilizando al efecto los medios procesales de prueba que convenzan al tribunal resolutor sobre la inocencia o culpabilidad de una persona.

A mayor ilustración, durante el proceso judicial, las partes presentan los hechos constitutivos del objeto del proceso penal, exponiendo el hecho tipificado penalmente y haciendo una imputación a la persona a la que atribuyen su comisión u omisión. Ahora bien, estos hechos, alegados por la acusación, requieren de atención probatoria, pues sin la obtención de la convicción judicial sobre su producción, será poco preciso el fundamento de la acusación. Así también, en su caso, se deberán de atender los hechos alegados por la defensa, que excluyen, dificultan o impiden la convicción judicial sobre la responsabilidad penal del imputado, esto es, que sirven para que la realización del hecho que se imputa no sea apreciada por el tribunal y que colaboran en consecuencia con un pronunciamiento absolutorio. Igualmente se trata de demostrar las circunstancias atenuantes, cuya prueba recae sobre el acusado.

El presente trabajo aborda el estudio de la prueba así como su exclusión dentro de juicio. Con esta finalidad, se hace mención a ella, según es considerada en países europeos, siguiendo con su regulación en Estados Unidos para arribar a su tratamiento en el contexto latinoamericano, especialmente México, asimismo, se hace referencia a instrumentos que contemplan el derecho de todo imputado a aportar prueba dentro de un procedimiento judicial.

Desde esta perspectiva, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de todo acusado a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa en su artículo 6.3.b, entre las que se incluye el derecho a la prueba. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías por un tribunal en el artículo 14. 1 y el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos a su vez manifiesta que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Evidentemente, estos pactos se están refiriendo a la posibilidad de todo individuo que comparece ante un tribunal, de proponer prueba en su defensa, de que ésta sea desahogada y apreciada por los demás.

Ahora bien, en los sistemas de enjuiciamiento de corte acusatorio, sistemas a los que se hace referencia en este trabajo, el tribunal ha de resolver conforme a las pruebas practicadas en el proceso las cuales, fehacientemente, se han de ajustar a la ley. Pues como menciona Ostos: *“No resultaría razonable que el pronunciamiento judicial definitivo*

en un proceso penal estuviera fundamentado en el resultado de la práctica de unos medios probatorios que en sí no se han ajustado a lo prescrito por la ley.”¹

Con esta premisa, si las pruebas no son acordes a esta condición, serán ilegales. En este sentido, se considera que el medio de prueba es ilegal cuando no se ajusta a las exigencias señaladas en la ley, produciendo un acto judicial nulo. Como se verá más adelante, en algunos países la nulidad se reserva a los actos obtenidos directamente sin apego a la norma jurídica, mientras en otros implica la nulidad de los actos sucesivos que tuvieren relación con el primero tachado de ilícito.

Para comenzar el análisis normativo se menciona la norma española la cual dispone que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe y que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales². En virtud de la exclusión a la prueba ilícita que contempla este país, ésta no podrá ser alegada por las partes, ni podrá ser valorada por el Tribunal Español, asimismo, los resultados probatorios derivados de una actuación ilícita se verán contaminados de igual manera. En este contexto, se contempla la teoría conocida como los *frutos del árbol envenenado* de acuerdo a la cual se prohíbe tanto la prueba obtenida con violación directa de un derecho fundamental como las que, obtenidas lícitamente, deriven de la primera.

Hablar de un sistema de impartición de justicia que prohíbe la prueba ilícita sugiere un modelo garantista, empero habría que hacer la reflexión sobre ¿qué sucedería si la única manera de comprobar la participación en el hecho punible, se obtuvo de manera ilícita?, ¿se debería absolver de los cargos al imputado y dejarlo en libertad por ser acusado haciendo uso de prueba ilícita?, ó ¿debería de tomarse en cuenta esta información y comenzar una investigación formal por parte de la autoridad? También puede plantearse el caso de la obtención de un resultado inesperado a través de la práctica de un medio de prueba ilícito -por ejemplo si se viola un domicilio particular y se descubre en su interior la existencia de drogas, armas, cadáveres con muestras

¹ Ostos, José Martín. *La prueba en el sistema penal acusatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 18 de julio de 2013, de Suprema Corte de Justicia de la Nación. p. 35. Disponible en:

[http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20%20PRUEBA%20%20EN%20%20EL%20%20PROCESO%20%20PENAL%20%20ACUSATORIO%20\(Dr%20%20Mart%C3%ADn%20Ostos\)%20Modulo%20V.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20%20PRUEBA%20%20EN%20%20EL%20%20PROCESO%20%20PENAL%20%20ACUSATORIO%20(Dr%20%20Mart%C3%ADn%20Ostos)%20Modulo%20V.pdf)

² Artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial de España

evidentes de muerte violenta, etcétera-. En ese caso, la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio resulta evidente y en consecuencia, habrá que proceder penalmente contra sus autores -especialmente, si son miembros de cuerpos de seguridad del Estado-.

Estas situaciones dan pauta a que el tema de la prueba ilícita sea estudiado con mayor detenimiento pues es fundamental atendiendo a que los medios de convicción son los pilares en todo procedimiento penal. Es por ello que en el presente trabajo se analizan las reglas de exclusión de la prueba ilícita que han sido manejadas en la norma de países europeos y de América, así como algunos de los tipos de prueba ilícita que existen tales como la intervención de las comunicaciones privadas, la confesión obtenida a través de tortura y la autoincriminación. Se aterriza con una breve regulación de la prueba ilícita en México, ya que con la reforma constitucional de junio de 2008 en materia penal, se dieron grandes cambios en el procedimiento de enjuiciamiento penal.

METODOLOGÍA

En el presente trabajo se mencionan diferentes aspectos de la prueba obtenida con transgresión de los derechos fundamentales, desde el punto de vista de varias legislaciones, los conflictos que surgen por la forma en la que son introducidas a la investigación criminal y la posible solución a estos problemas. Para la elaboración de este trabajo fue necesario preguntarnos ¿cuál es uno de los principales problemas de la investigación delictiva?, ¿cuál es la seguridad de que los datos de la investigación del presunto responsable no sean alterados?, la respuesta se encuentra en una parte fundamental de la persecución penal, la forma en que los datos de prueba son obtenidos. Motivo por el que se decidió utilizar el método descriptivo y estudiar cada una de las características de la prueba, las formas de valoración de la misma y encontrar cuales son los principales conflictos que surgen a raíz del manejo de las mismas. Una vez que definimos esto continuamos con el análisis de los aspectos que regulan la admisión de la prueba, para ello se realizó un estudio de la legislación en España, Alemania y en América haciendo especial énfasis en los códigos mexicanos, con el objeto de comprender la esencia de la prueba en nuestro país. Finalmente se arribó a la conclusión de que lo necesario para que en México se cumpla con el objetivo del sistema penal acusatorio es que se tome el modelo de admisión y valoración de Alemania, debido a que al no crear ni una regla de exclusión, ni un sistema de nulidades para la prueba ilícita y al otorgarle una potestad al juez para que él sea el que determine de manera casuística cuando deberá de ser estimada, traerá como consecuencia el cumplimiento del sistema penal acusatorio.

CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Desde el punto de vista jurídico, prueba es todo aquello que nos permite descubrir la verdad procesal, es decir, es todo lo que permite a los intervinientes acreditar las proposiciones fácticas que realizan. Guillermo Colín Sánchez se refiere a la prueba en materia penal como todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente.³ Ahora bien, Sentís Melendo al referirse a la ilicitud probatoria señala que ésta se refiere a las pruebas obtenidas en violación de derechos constitucionalmente, o aún legalmente, garantizados.⁴

Retomando, para que exista licitud en la prueba se requiere que los datos y los medios probatorios hayan sido obtenidos, producidos y reproducidos también por medios lícitos. El concepto de prueba ilícita, que se tomará como base para la presente investigación, es el que nos ofrece Alex Calocca, para quien la prueba ilícita es *aquella obtenida o practicada con infracción de cualquier derecho fundamental del imputado o de terceros, reconocido a nivel constitucional en un país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos.*⁵

En razón de la teoría anterior, cuando hablamos de prueba ilícita, tenemos que remitirnos a los estándares mínimos de vigencia de los derechos fundamentales de los imputados o procesados, por lo que las reglas de la prueba ilícita se encuentran vinculadas al sistema procesal penal del país en que se desarrollen.⁶

Ahora bien, el concepto de prueba ilícita, no se concibe como un derecho fundamental autónomo, sino como una garantía de hacer valer los derechos inherentes al ser humano. Desde este ángulo, una prueba ilícita no debe gozar de validez procesal, y en efecto, cualquiera de las partes podrá denunciarla, sin embargo, será el tribunal quien

³ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. México, Porrúa. 1998. p.407.

⁴ Sentís Melendo, Santiago. La prueba en el proceso. *En*: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm. 2-3, 1977, pág. 437.

⁵ Calocca, Alex. *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. Ius et Praxis* (2).1998.

⁶ Correa Selamé, Jorge Danilo. La prueba en el proceso penal. Thomson Reuters. Chile, 2009. pp. 53-58

decidirá lo pertinente en cuanto a su admisión, quedando, lógicamente, abierta la puerta al posible planteamiento de un recurso.⁷

Es propio mencionar que no siempre se conoce la ilicitud probatoria desde un principio y en este contexto parece razonable que antes del juicio oral se habilite un trámite procesal para que las partes puedan denunciar la ilicitud de un medio de prueba aportado al proceso.⁸ También, podrían hacerlo en el propio juicio oral. Ahora bien es preciso determinar: ¿y si ninguna parte denuncia la ilicitud de dicha prueba? ¿Puede el tribunal apreciar de oficio su ilicitud?⁹ En México, de acuerdo a la normatividad, el momento propicio para solicitar que no se admita una prueba ilícita es ante el juez de control durante la audiencia intermedia. La ley es omisa respecto de si las partes pueden hacerlo durante la primera etapa del procedimiento penal oral. Lo que sí establece es que de haber sido aceptada una prueba que tenga el carácter de ilícita, ésta no deberá ser valorada por el tribunal del juicio oral.

El fundamento constitucional de la prueba ilícita en México es el artículo 20 fracción IX de la norma constitucional que a la letra dice:

IX. Cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula.

No obstante, en México es muy escueto el tratamiento que se da este tema en la legislación.

Conviene en esta parte definir las actuaciones que siendo practicadas para obtener información sobre la comisión de un ilícito, se estipulan violatorias de derechos fundamentales.

ACTOS QUE CONSTITUYEN PRUEBA ILÍCITA

Tortura en la obtención de confesiones

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁰ señala que por tortura se entiende todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

El numeral 15 de dicha Convención estipula que 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.

De la misma manera, el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura define a la tortura como todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

El derecho a no ser sometido a tortura está firmemente establecido en el derecho internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prohíben expresamente la tortura. Del mismo modo, varios instrumentos regionales como la Convención Americana de Derechos Humanos en el numeral 8.3 condiciona la validez de la confesión a que haya sido obtenida sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹¹ en su artículo 1 coincide con

¹⁰ Nueva York, 10 de diciembre de 1984

¹¹ Nueva York, 9 de diciembre de 1975

las anteriores al definir la tortura como todo acto por el cual todo funcionario público u otra persona en ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. De igual manera, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma) establece que torturar es causar intencionalmente, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control.

Aterrizando en la norma mexicana, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la tortura en el artículo 20 apartado B en el que a su vez estipula los derechos de toda persona imputada y entre ellos se menciona:

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

Además, la definición de tortura se establece en el artículo 206 bis del código penal del Distrito Federal, la cual coincide con los artículos 371, 374 y 264 de los códigos de Zacatecas, San Luis Potosí y Guanajuato respectivamente; en ellos se menciona que consiste en que un servidor público, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, inflija a una persona dolores o sufrimientos físicos o psicológicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión; castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

En congruencia con lo anterior, no se justifican las prácticas a través de las cuales se infligen torturas y malos tratos a los detenidos con el fin de obtener confesiones forzadas y declaraciones autoinculpatorias que posteriormente se utilicen con efectos probatorios dentro de un juicio. Son conocidos los casos en los que se utiliza la tortura como medio para obtener confesiones las cuales se hacen valer dentro del procedimiento penal. La tendencia que prevalece está a favor de que se niegue la admisión de este tipo de pruebas ya que vulneran los derechos fundamentales del imputado, entre ellos, su integridad personal. Los detractores están a favor de que dicha prueba sea admitida, sustentando su postura en que la persecución de la verdad material debe estar por encima de otros intereses estatales.

Los siguiente casos ilustran la serie de actos de tortura perpetrados contra los promoventes con la intención de obtener una declaración inculpatória:

El caso juzgado por el Tribunal del Land de Hessen, en Alemania Federal, es especialmente relevante desde este punto de vista debido a que en el que se presentó como prueba la confesión obtenida por medio de amenazas de tortura por la policía quien así consiguió del sospechoso del secuestro de un menor datos sobre su paradero. No obstante, éste ya había sido previamente asesinado por el secuestrador. Para salvar la validez de esta prueba, el Ministerio Fiscal argumentó que lo que la policía intentaba al amenazar al sospechoso con torturarlo, era salvar la vida del menor, aunque desafortunadamente ello finalmente no fuera posible. En este caso, el tribunal alemán que juzgó la causa penal, acorde con la gran mayoría de la doctrina alemana, consideró que, incluso aunque la policía hubiera llegado a tiempo de salvar al menor, la prueba obtenida de esta forma no podía ser admitida y valorada como tal, y posteriormente condenó al jefe de la policía que había autorizado el empleo de la intimidación para obtener la confesión del sospechoso, por un delito de malos tratos al detenido. En este caso la población alemana no estaba muy de acuerdo con esta resolución, y no cabe duda de que si la policía hubiera podido salvar de esta manera la vida del menor es muy probable que el hecho se hubiera considerado como un gran “éxito policial” y el jefe de la policía hubiera sido homenajeado públicamente.¹²

Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia.- La familia Gutiérrez Soler fue objeto de agresiones físicas y psicológicas. El 27 de noviembre de 2002 los padres de Wilson Gutiérrez Soler encontraron una bomba en su casa. El 17 de mayo de 2003 la señora Reyes y sus hijas sufrieron un atentado, cuando les enviaron un libro bomba a su casa, que fue desactivado por la policía y por los efectivos antiexplosivos. Ricardo Gutiérrez Soler, fue acusado por la policía “de tener nexos con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia o con el Ejército de Liberación Nacional”. El 4 de octubre de 2003, la policía detuvo al señor Ricardo Gutiérrez Soler, sin motivo o razón aparente. Asimismo, Sulma Tatiana y Leonardo, hijos de Ricardo Gutiérrez Soler, también sufrieron agresiones por parte de agentes de la policía. Esta situación fue desintegrando poco a poco a la familia. Actualmente, algunos hijos de Ricardo Gutiérrez Soler no viven con él, a causa de los constantes temores y amenazas.

En su demanda, la Comisión de Derechos Humanos señaló que “la presunta privación de la libertad personal y vulneración de la integridad personal de Wilson Gutiérrez Soler fueron perpetradas por un agente del Estado y un particular (ex agente del Estado) que,

¹² Muñoz Conde, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 2008.p. 25

con la aquiescencia de servidores públicos, emplearon los medios a disposición de la Fuerza Pública para detener a la presunta víctima e intentar extraerle una confesión mediante torturas, por la alegada comisión de un ilícito – del cual eventualmente la justicia nacional lo declaró inocente”. A nivel interno, el señor Gutiérrez Soler “supuestamente agotó todos los medios a su alcance para lograr justicia y reparación”; sin embargo, sus denuncias fueron desestimadas. En este sentido, la Comisión señaló que “la presunta impunidad de los responsables y la falta de reparación, transcurridos diez años de los hechos, no sólo han destruido el proyecto de vida de Wilson Gutiérrez Soler y de los miembros de su familia, sino que han tenido un impacto negativo en su seguridad y en algunos casos los ha forzado al exilio”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado estas graves transgresiones y se ha manifestado en el sentido de anular los actos procesales derivados de la tortura o de tratos crueles como una medida útil para reducir las consecuencias de una violación a las garantías judiciales establecidas por el Pacto de San José. De hecho, el órgano resolutor siguiendo lo dispuesto por dicha Convención señala que —*la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción*. De hecho, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Por lo tanto, anular estas declaraciones dentro de un juicio constituye un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier tipo de coacción.

Referida Corte reiteró que la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse, pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral.

De igual forma, el Tribunal ha considerado que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser verídicas, debido a que el individuo sujeto a ellas, intenta aseverar lo necesario para lograr no seguir recibiendo los tratos crueles o la tortura o

porque la confesión puede ser consecuencia del maltrato que padeció la persona y el miedo subsistente después de estos hechos. Es por ello que se considera que aceptar o dar valor probatorio a las declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye por su parte, una infracción a un juicio justo. En este entendido, el carácter absoluto de la regla de exclusión se traduce en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. Consecuentemente, al excluir la prueba que ha sido encontrada mediante la fuerza, o derivada de la información obtenida mediante mencionados métodos, otorga a la regla de exclusión un carácter absoluto e inderogable al mismo tiempo que garantiza de manera adecuada la regla de exclusión.

El criterio de la Corte concluyó que los tribunales que conocieron la causa en todas las etapas del proceso debieron excluir totalmente las declaraciones ante el Ministerio Público y la confesión rendida, por cuanto la existencia de tratos crueles e inhumanos inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias, de conformidad con los estándares internacionales que ya han sido expuestos.

Conviene mencionar que la tortura está íntimamente ligada con la autoincriminación, y debido a ello justamente la prohibición de la tortura tiene su fundamento, además de en el principio de humanidad y en la protección del derecho a vida y a la integridad física y moral, en el principio *nemo tenetur*, ya que generalmente el empleo de la misma tiene como finalidad obtener la confesión del acusado y con ello su condena.¹³

En suma, coincidimos con el jurista español Muñoz Conde, por cuanto en las primeras líneas manifiesta que “*la eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deberán ser ponderados por el juzgador.*”¹⁴ La doctrina de la ponderación, que es desarrollada en Europa consagra que el órgano decisor debe de poner en una balanza tanto los intereses de la investigación criminal como aquellos que tutelan los derechos humanos de los presuntos

¹³ Muñoz Conde, Francisco. *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Argentina. Editorial Hammurabi. 2004.p. 20

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Prueba prohibida y valoración.op.cit.* p.29.

responsables. En el caso de la tortura, sin embargo, estimamos que dichas prácticas deben de ser prohibidas y la información mediante ella obtenida no deben de ser valoradas dentro de un procedimiento.

Intervención de las comunicaciones privadas en el procedimiento penal

El empleo de los medios audiovisuales en la investigación y, en su caso, como prueba de un delito no produce el mismo rechazo o repudio que la tortura, entre otras cosas porque no implica graves afectaciones a la integridad de un individuo y porque su utilización puede ser admitida, bajo la condición, atendiendo a que ello sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano establecidos por los Pactos Internacionales. Para que se puedan intervenir las comunicaciones, se deben llevar a cabo determinados procedimientos y garantías establecidos por las Cartas Magnas de los distintos países. A manera de ilustración, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en el párrafo XII del artículo 16 que las comunicaciones privadas son inviolables y que la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas.

Al respecto del uso de información obtenida por interceptaciones telefónicas se debe considerar que si no se ven afectados los medios de defensa que puede hacer valer el imputado dentro del proceso, no existe una verdadera vulneración de derechos fundamentales y, por lo tanto, se podrían admitir los datos obtenidos, aunque constituyan prueba ilícita. En este tenor, si la defensa del imputado no se ve afectada y puede hacer valer todos los recursos que la ley le otorga, no se estaría frente a una verdadera vulneración de derechos fundamentales del imputado.

De esta manera, cabe decir que el derecho al secreto de las comunicaciones no es superior al resto de los derechos, sino igual a los demás, siendo así que en el ámbito de su protección deben imperar los mismos requisitos generales que informan la actuación

del Estado en la investigación penal, por supuesto siempre atendiendo al principio de proporcionalidad que debe procurar un marco de juego suficiente para combinar la investigación y evitar la impunidad de personas, funciones y delitos.¹⁵

Con respecto a las interceptaciones de las comunicaciones privadas, la pluralidad de situaciones en las que estas técnicas pueden ser utilizadas, dificulta una valoración unitaria de las mismas desde el punto de vista de su admisibilidad como pruebas en el proceso y de ahí que sea difícil determinar *a priori* y sin referencias a casos concretos, cuando, por ejemplo, las grabaciones audiovisuales, pueden considerarse como medios de prueba legítimos y cuando no.¹⁶

Además, al hacer el estudio de las grabaciones como pruebas en el proceso penal, es necesario establecer una división, entre las grabaciones realizadas por órganos estatales y las realizadas por particulares. Tomando en consideración la obra de Muñoz Conde se observa que en el caso de grabaciones realizadas por órganos estatales, sólo deben admitirse en los casos fijados legalmente, bajo control judicial y de acuerdo con el principio de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad entre la duración de esta y la gravedad del delito.¹⁷

En las grabaciones que son realizadas por particulares, la conducta de grabar una conversación por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro, puede quedar amparada por alguna causa de justificación, que tratándose de un particular puede ser el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho. Desde luego, este puede ser el caso, cuando el que graba pretende con la grabación defender sus legítimos derechos, sobre todo si está siendo víctima de un delito y dicha grabación puede ayudar a la identificación del autor y su castigo.¹⁸

La interceptación y grabación telefónica ha sido un tema que pone en la balanza, por un lado, la investigación de un hecho criminal y por otro, el respecto al derecho a la privacidad de las comunicaciones, con respecto a las grabaciones realizadas por particulares, Roxin establece: “en general, los Tribunales, en relación a los delitos más graves, han

¹⁵ Asencio Mellado, José María. *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*. Universidad de Alicante. p.11

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco. *Valoración de las grabaciones op.cit.*p. 47.

¹⁸ Muñoz Conde, *De las prohibiciones probatorias, op cit.* p. 98

dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los menos graves, por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado”.¹⁹

En España por su parte, ha sido debido a lo laxo del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las escuchas telefónicas han sido limitadas por la jurisprudencia únicamente en casos de delitos graves. De este modo, las escuchas telefónicas sólo pueden ser dispuestas para la investigación de delitos en virtud de su penalidad o naturaleza, no se utilizarán para infracciones delictivas que no alcancen esta entidad (SsTC 49/1999, de 5 de abril; 122/2000, de 16 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 146/2006, 8 mayo). En este sentido, nunca cabe una intervención telefónica para el descubrimiento de infracciones penales no graves, ni, obviamente, para indagar en ilícitos administrativos cualquiera que sea su entidad.²⁰

En relación con lo anterior es importante señalar que las grabaciones videográficas llevadas a cabo por la víctima de un delito pueden ser utilizadas como pruebas, siempre que después sea comprobada su autenticidad y sean incorporadas al juicio oral, para ser sometidas a contradicción y a la valoración del juzgador. Por supuesto, el mismo tratamiento hay que darle a los casos en los que el que realiza la grabación es un tercero que, de algún modo, incluso fortuitamente, actúa en beneficio de la víctima del delito.

En consecuencia, la admisión como prueba de una captación videográfica que revela actos de la intimidad personal es mucho más factible cuando el que realiza la grabación se trata de la víctima de un delito.

Si bien es cierto que existe cierta regulación sobre la intervención de llamadas telefónicas en México, dicha regulación es insuficiente toda vez que sería de suma trascendencia que el legislador incluyera criterios al regular las reglas de admisión y rechazo de las pruebas para dar un resultado favorable para la colectividad, teniendo en cuenta que es necesario incluir disposiciones sobre la admisión de la prueba ilícita en

¹⁹ Roxin, Claus. *La Evolución de la Política Criminal: el Derecho Penal y el Proceso Penal*. En: *Revista de derecho* Valdivia, 2001, pp. 263-265. Obtenido de *La Evolución de la Política Criminal: el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 2001, vol.12, no.2 [citado 20 Julio 2013], p.263-265. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_art

²⁰ Asencio Mellado, José María. *La intervención de las comunicaciones*. op. cit. p.13.

determinados casos, ya que, es lo que hace falta para que se cuente con un panorama más claro y amplio sobre la prueba y su admisión en el proceso penal, debido a que lo que establece el artículo 20 fracción IX de la CPEUM no es suficiente para el estudio de la prueba violatoria de derechos fundamentales.

Autoincriminación

El principio de no autoincriminación tiene una larga tradición. Su fuente más directa se encuentra en la máxima latina *Nemo tenetur prodere se ipsum accusare* (nadie está obligado a traicionarse a sí mismo) tomada por el derecho común europeo directamente desde el *Corpus iuris canonici*. Actualmente, el principio se encuentra ampliamente incorporado a las declaraciones internacionales de derechos humanos y a los catálogos de garantías constitucionales de los Estados.²¹

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 14. 3. g) el derecho a toda persona acusada de un delito el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. En este sentido se pronuncia la Convención Interamericana de Derechos Humanos que en su artículo 8.2. g) establece el derecho de toda persona sujeta a un procedimiento judicial a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

No obstante que en el original sistema inquisitivo, si había elementos probatorios suficientes, podía utilizarse el tormento con objeto de obtener la confesión del acusado.²² Los sistemas de procuración e impartición de justicia modernos prohíben a un inculpado, declarar contra sí mismo. Así se pronuncia la Constitución española que reconoce el derecho de todas las personas -sean españoles o extranjeros- a no declarar contra sí mismas y a no confesarse culpables, de acuerdo al artículo 24.2. Además se

²¹ López M., J. *La Prueba" en Derecho Procesal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Chile: Jurídica de Chile. 2008.

²² Ostos José Martín, *op. cit.* p. 3.

establece en el artículo 17.3 que el acusado no puede ser obligado a declarar, pudiendo constituir un delito la infracción de dichos derechos -por ejemplo que se obtenga por medio de tortura. El principio ha tenido varias formas de concreción que pueden ser consideradas por separado: en un primer sentido, el principio de no autoincriminación se ha identificado con el derecho a no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo sentido, se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio. A continuación, analizaremos cada uno de estos aspectos.

El derecho a no prestar juramento. El principio de no autoincriminación ha sido tradicionalmente identificado con una prohibición constitucional y legal de tomar juramento al imputado al momento de prestar declaración. Al no aparecer así consagrado un derecho al silencio, el reconocimiento del derecho a no prestar juramento era considerado, entonces, como una manifestación concreta y suficiente del principio de no autoincriminación. En la misma medida en que el imputado no era obligado a prestar juramento, sin embargo, las autoridades de la persecución penal tenían un amplio derecho a interrogarlo, sin que éste pudiera hacer cesar el interrogatorio de manera alguna.²³

La identificación del principio de no autoincriminación con el derecho a no prestar juramento tiene su raíz histórica en la concepción predominante de ese principio durante los siglos XVI, XVII y XVIII. La idea latente detrás de este criterio es que la exigencia de juramento representa una forma inadmisibles de "coacción" en cuanto pone al imputado en la necesidad de inculparse, bajo amenaza de cometer el delito de perjurio. La Suprema Corte norteamericana ha denominado a esta situación como el "cruel trilemma", toda vez que, de no aceptarse el principio de no autoincriminación, el imputado quedaría sujeto a decidir entre acusarse a sí mismo -si declara la verdad-cometer perjurio si falta a la verdad, o incurrir en desacato -si se niega a responder-.

El derecho al silencio. Muchas de las veces se equipara el derecho a guardar silencio con el principio de no autoincriminación. Debido a que de tal manera, se evita que con las declaraciones que pueda llegar a hacer el imputado, se autoincrimine.²⁴

En México se encuentra fundamentado este principio de no autoincriminación dentro de la CPEUM en su artículo 20 apartado B fracción II que a la letra dice:

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

Artículo 20

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

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

Como es evidente, se observa que, el principio de no autoincriminación involucra el derecho que tiene el imputado a guardar silencio. En clara oposición al silencio de los testigos, la negativa del acusado a declarar no conlleva sanción alguna, por lo que tiene derecho a callar; también, puede contestar a las preguntas del tribunal o de una o varias de las partes, así como solamente a algunas de las planteadas. Él decide en exclusividad si responde o no, a quién lo hace y en qué medida.

Del principio de no autoincriminación, se deducen derechos tan fundamentales en el moderno proceso penal como el derecho del acusado a la defensa, a guardar silencio, a no estar obligado a declarar o incluso a declarar falsamente, a la asistencia desde el primer momento de su detención de un abogado que le asesore, y, en definitiva a que no se le obligue de un modo directo, mediante coacción, o indirecto, mediante engaño, a declararse culpable, como ya se mencionó con anterioridad.

Es menester señalar que, dentro de este principio, debido a que la autoincriminación es un tipo de prueba ilícita, se deben de considerar las excepciones a que se hará referencia en este estudio. Por ejemplo, de acuerdo a la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicios las pruebas que derivan de una ilícita pero cuya fuente no haya sido contaminada por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales. La doctrina hace referencia de ello y por ello se considera que “si a raíz de unas declaraciones autoincriminatorias obtenidas bajo coacción se obtienen otras pruebas, las pruebas de segundo nivel no se verían contaminadas por la ilicitud primigenia.”²⁵

²⁵ Sarró Riu, Jorge. *Consecuencias de la vulneración de garantías frente a la autoincriminación* en el derecho a no autoinculparse del contribuyente. Barcelona: J.M. Bosch., 2009.

Es en ese sentido que la legislación tiene que ser muy específica al respecto y señalar los actos que constituyen medios de convicción ilícitos y si se contemplan casos en que pruebas derivadas de las diligencias manchadas de ilicitud serán tomados en cuenta durante el juicio ya que de no definirlo puntualmente, se puede prestar a confusiones que pueden generar injusticia o bien impunidad.

Habiendo expuesto lo anterior, a continuación se estudiará las reglas de exclusión a la prohibición de la prueba ilícita, punto toral en el procedimiento penal pues como se explicó en líneas anteriores, el no admitir la prueba ilícita puede presentar situaciones de abuso, o inclusive irresponsabilidad por parte del infractor de la ley. A tal efecto, hay que distinguir entre pruebas obtenidas con violación directa de derechos fundamentales y las que se han obtenido a partir de éstas, pero que no deben necesariamente resultar contaminadas. Por ejemplo: una intervención telefónica ilícita contamina el posterior registro de un domicilio, pero no la declaración del acusado reconociendo los hechos.

EXTENSION DE LA PRUEBA ILÍCITA

Reglas de exclusión a la prueba ilícita y excepciones a dicha reglas

Un punto nodal sobre la prueba ilícita es su extensión, por ello es menester determinarla. De lo que se trata pues es de determinar si la exclusión o la prohibición del valor probatorio de ésta incluye únicamente la prueba obtenida directamente por medios ilícitos o también comprende la prueba obtenida indirectamente por medios ilícitos. De este modo, es menester analizar las diferentes teorías que existen sobre la exclusión de la prueba ilícita.

Teoría de los frutos del árbol envenenado. Dicha teoría establece que si una prueba se obtiene directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales debe de ser rechazada para valorarse en el juicio, así también, todas las que se deriven de ella. Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939 caso en el cual fue interceptada ilegalmente una llamada en la que Frank C Nardone hablaba sobre transportar y comercializar artículos de contrabando en Estados Unidos. En el juicio, la Suprema Corte estableció que tal prueba no solo es ilícita, sino además toda la información y elementos materiales que se obtengan de ella.

En este respecto, el doctrinario chileno, Correa Selamé al respecto dice, *“No debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no solo estos), comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, a la integridad corporal, derecho a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, derecho de defensa, derecho de asistencia letrada, derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes)”*.²⁶

Ahora bien, existen varias teorías que excepcionan el fruto del árbol envenenado, como las siguientes:

²⁶ Correa Selamé, op.cit. p.55.

Teoría de la fuente o cauce independiente. De acuerdo con esta teoría serán aceptables dentro de un procedimiento judicial las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido contaminada por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales. Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. versus United States*, de 1920.²⁷ En realidad no estamos frente a una teoría que limite el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, sino frente a un ámbito exento del mismo, toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente -por derivar de una fuente independiente, “limpia”- con una cierta violación de derechos fundamentales.²⁸

Teoría del descubrimiento inevitable. Permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Por ejemplo, si el cadáver de una persona que ha sido secuestrada se encuentra por la confesión del secuestrador obtenida mediante amenazas pero igualmente se hubiera podido encontrar por otros medios de investigación admisibles. En este caso, se admitirá la prueba debido a que el descubrimiento de ese hecho era inevitable, independientemente del medio por el cual se obtuvo conocimiento del hecho delictivo.

Teoría del vínculo atenuado o de la conexión atenuada. Según esta teoría, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y una segunda prueba no permita considerar que la primera afecta a la otra, de forma que la mancha original haya sido “borrada”.²⁹

En este respecto, hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una “mancha” ha sido en efecto limpiada y no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se menciona:

²⁷ Los hechos del caso fueron los siguientes: En 1920 Frederick W. Silverthorne fue arrestado bajo la sospecha de evasión de impuestos, y para demostrarlo los agentes federales efectuaron un allanamiento sin orden judicial a las oficinas de los sospechosos e incautaron ilegalmente documentos, libros y papeles de comercio.

En el curso del proceso, la Fiscalía argumentó que si bien el allanamiento y la incautación fueron inconstitucionales, pues se efectuaron sin una orden judicial previa y sin la existencia de una causa probable, las pruebas aportadas al proceso no eran ilícitas en tanto que se presentaron fotografías y copias mas no los documentos originales.

(⁶) Carbonel, Miguel. *No admitamos las pruebas ilícitas*. En: El mundo del abogado. número 115. Año 2008. pp.20-22.

²⁹ *Ibidem*. p. 34.

- a) El tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada);
- b) Los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy amplia, es más probable que la prueba sea admitida; si tal cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable);
- c) La gravedad de la violación originaria, dentro de la cual se aplica la máxima según la cual, si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos;
- d) la naturaleza de la prueba derivada.³⁰

Teoría de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad sirve para delimitar el contenido esencial de los derechos de forma que se adecuen a las diversas situaciones impidiendo tanto la impunidad, como el excesivo poder del Estado en la investigación. La flexibilidad que concede es vital para el funcionamiento adecuado del proceso penal democrático.

Bajo este supuesto, se deduce que se puede obtener ilícitamente prueba, pero su aceptación, podría estar condicionada a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable, si con ello se evita un acto que pone en peligro a un sector importante de la sociedad.

Principio de Buena Fe. Otra excepción la constituyen aquellos casos en los que se deben aplicar criterios de buena fe (*good faith*), que legitiman la actuación ilegal de la policía en cuanto que la finalidad que se busca -la condena de personas que se saben, a ciencia cierta, culpables del delito queda subsanada al no actuar el aparato policial de una forma dolosa, quedando patente la buena fe de los agentes que participaron en la actividad que se considera, *ab initio*, ilícita.³¹ Esta se obtiene, por mencionar un ejemplo, cuando un policía ingresa a un domicilio con una orden judicial irregular pensando que ésta contiene todos los requisitos que señala la norma jurídica para que sea válida, cuando en realidad contiene vicios. En este caso y de acuerdo al principio de buena fe, las pruebas que deriven de esta diligencia policiaca, serán consideradas dentro del juicio y tendrán efectos jurídicos.

³⁰ Carbonel, Miguel. *op. cit.* p. 21

³¹ Pérez Marín, M. Á. (2001). "En torno a la prueba ilícita". *En: Revista de Derecho Procesal, núm. 1/2001, 233-260*

Prueba ilícita en favor del reo. Esta excepción, contemplada en países latinoamericanos, establece que se podrá hacer valer una prueba ilícita en el juicio, siempre y cuando, traiga consigo un beneficio para el imputado. Una muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo 9 julio 1994, (R.Ar. 5885) del ponente Ruiz Vadillo quien se muestra anuente a la valoración de la prueba ilícita favorable al acusado al declarar que “*si de una prueba nula, porque se ha practicado, con vulneración de determinados derechos, pudieran nacer argumentos de defensa, es evidente que podrían utilizarse si de ella se obtenía una consecuencia favorable al inculpado, por ejemplo, en la diligencia de registro que se declara nula se constata la inexistencia de la droga o de las armas que se buscaban*”.³²

En Chile se encuentran fundamentalmente y con variantes poco significativas, tres soluciones que se han propuesto hasta ahora, con respecto de la admisión de las pruebas ilícitas.

En primer lugar, una posición conservadora, llega a la conclusión de que las pruebas ilícitas deben admitirse y valorarse, aún cuando se hubieren obtenido con base en un procedimiento viciado, porque haya sido irrelevante el modo de obtenerlas. Esto es así por considerarse siempre superior el interés de la colectividad y procurar que no deje sin castigo una conducta delictiva en razón de un simple formalismo o tecnicismo procesal.³³

Tanto la jurisprudencia como la doctrina mantienen una posición totalmente opuesta, pues prohíben la valoración de la prueba indirectamente ilícita. En efecto, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado la ya mencionada tesis del fruto del árbol envenenado, a la que también se conoce como la regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente, según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado en el proceso penal.³⁴

Hay que tener en cuenta que, la regla de exclusión es sólo para la prueba que afecte al imputado, pues sí puede ser utilizada aquella que lo pueda favorecer aun cuando se hubiere practicado observando las formalidades legales, aspecto que se desprende

³² Miranda Estrampes, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona. 2004.

³³ Correa Selamé, op cit., pp. 54 55.

³⁴ *Ibid.*

claramente del Código Tipo³⁵ cuando establece en el artículo primero que “la inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio”, lo que equivale a señalar que si puede invocarse en su favor. Es decir, aplicando el *principio indubio pro reo*.³⁶

Entre estas dos posiciones se encuentra aquella que confirma la jurisprudencia de Chile, al afirmar que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, sino que ello debe establecerse caso por caso, teniendo en cuenta muy diversos factores que deben analizarse en concreto, para poder ser conclusivos. Así por ejemplo, si un policía ingresa a un domicilio sin autorización y decomisa un elemento de prueba, debe examinarse si el juez pudo haber autorizado el acto, resultando irrelevante la conducta ilícita del funcionario policial; o bien si el descubrimiento de la fuente de prueba resulta inevitable, aún cuando de ella se hubiere obtenido noticia por un medio ilícito; también debe analizarse la necesidad de establecer la relación existente entre las dos fuentes de prueba, para determinar los alcances de la ilicitud caso por caso.³⁷

A mayor abundamiento en este tenor, se cita a continuación el criterio de la Suprema Corte estadounidense, modelo al cual han recurrido países de América Latina para reglamentar el tema. Dicha Corte decide no valorar el material que demostraba una conducta ilícita el cual fue encontrado en la casa registrada a la cual la policía ingresó con el propósito de localizar a un presunto delincuente. Este caso, que demuestra la postura firme que en un inicio se tuvo en Estados Unidos, tiene lugar en 1957 cuando la policía de Cleveland visitó la residencia de Mrs. Dollree Mapp para comprobar una información según la cual ésta refugiaba y protegía a un presunto instalador y programador de bombas. Como los agentes no tenían una orden judicial de allanamiento, Mapp les impidió la entrada a su vivienda, pero finalmente ellos vencieron su resistencia, ingresaron al inmueble, y aunque no hallaron a ningún prófugo de la justicia sí encontraron fotografías y revistas con contenido pornográfico, lo cual violaba la ley penal del Estado de Ohio. Finalmente, la Suprema Corte de Estados Unidos desestimó el material “obsceno” como prueba en contra de Dollree Mapp, y sentó un precedente de la extensión de la exclusión de evidencias ilícitas a los litigios estatales.

Tomando de manifiesto lo sucedido en este caso, se encuentran las posturas que consideran que las pruebas debieron de ser admitidas en el juicio, debido a que eran

³⁵ Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Elaborado en 1989.

³⁶ Correa Selamé, *op.cit.* p.56

³⁷ *Ibid.* p. 57

contundentes. Desde esta perspectiva se considera que el juzgador pudo haber realizado un estudio casuístico y pudo haber ponderando los intereses involucrados en esta causa, esto es, por una parte la actuación violatoria de derechos humanos llevada a cabo por los policías de Cleveland y por otra parte, la afectación que los actos evidentemente realizados por Mrs. Dollree Mapp, producían a la sociedad, situación que debido a la estricta práctica norteamericana no se lleva a cabo por lo que dicho material probatorio no pudo ser valorado durante el procedimiento judicial. Es justo señalar, sin embargo que la postura de Estados Unidos ha cambiado a partir del ataque terrorista del once de septiembre ya que han relajado la postura prohibitiva y permitido gradualmente la incorporación de pruebas ilícitas en casos de ataques terroristas.

Pues bien, habiendo expuesto estas posturas, dentro de las tres soluciones propuestas en Chile y que han sido expuestas en párrafos anteriores, este estudio concuerda con la posición intermedia que establece que debe de analizarse en cada caso en concreto si la prueba ilícita será admitida o se va a rechazar dentro del proceso penal, ya que es preciso tomar en consideración cada uno de los aspectos que puedan surgir y hacer un estudio detenido de los intereses que se encuentran en conflicto.

CONCLUSIONES

El problema de la admisibilidad de la prueba obtenida al margen de la ley lleva implícito una pugna de intereses, debiéndose así, elegir entre la necesaria procuración de la verdad durante el juicio y el respeto al debido proceso de los presuntos responsables de haber cometido un delito. Razón por la cual se debe de considerar de sobremanera, qué pesa más dentro de una investigación, si conseguir que el posible inculpado de un delito sea castigado, basándose en la prueba que ha sido obtenida de manera ilícita, o respetar su derecho al debido proceso y dejarlo en libertad al no valorar la prueba ilícita. Es decir, se debe de poner en una balanza perseguir la verdad material, o respetar un derecho particular.

En una arista se encuentran los que aconsejan que el objetivo del proceso penal es conseguir la verdad real, pues ésta coincide con lo acontecido verdaderamente y no con lo que, en ocasiones, las partes presentan como tal. Ahora bien, el sentido común y una debida práctica en un Estado de Derecho aconsejan que la administración de justicia se establece para resolver un litigio con acierto y plena satisfacción, no para impartir una solución a cualquier precio. En este sentido coinciden los que señalan que la verdad real ha de obtenerse por medios y en forma lícitos, que razonablemente han de coincidir con lo que la ley autoriza -por ejemplo, con absoluta prohibición de la tortura-. Pero, no toda

regulación legal al respecto coincide siempre con las exigencias del proceso con todas las garantías o del debido proceso. En consecuencia, el ideal a perseguir es que la verdad obtenida en el proceso coincida en la mayor medida posible con la realidad del asunto debatido. A ello debe servir la regulación procesal, siempre con escrupuloso respeto a las garantías que, al fin y al cabo, atienden a los derechos fundamentales de la persona.

Como se puede apreciar, lo expuesto hasta aquí no significa que se esté a favor de la violación de los derechos fundamentales de una persona, la intención es que se persiga la verdad material durante un proceso de investigación de delitos graves, de tal manera que se valore la prueba ilícita y que en el caso de los delitos de menor gravedad, se deseche dicha prueba. Esto con la finalidad de tener el menor margen de error, puesto que de esta manera no se dejará en libertad a los sospechosos de delitos graves, dejando de lado la idea de excluir del procedimiento dichas pruebas como regla general y adoptando un carácter casuístico para determinar su admisión.

A tal efecto, se concuerda con la manera de tratar la prueba ilícita en Alemania, debido a que al no crear ni una regla de exclusión, ni un sistema de nulidades para la prueba ilícita, se deja un margen de error mínimo, porque al otorgarle una potestad al juez para que él sea el que determine de manera casuística cuando deberá de ser estimada, esto con base en un estudio en el cual deberá ponderar los interés que se encuentran en el procedimiento, tales como lo son, optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones subjetivas de los ciudadanos, se podrá llegar a proporcionar a la sociedad una mejor protección.

Dentro de la regulación de la prueba ilícita, Alemania ofrece el principio de proporcionalidad que consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente en permitir la producción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas, por ejemplo, utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades, pero si por uno de los interlocutores.

Dicho principio de proporcionalidad impediría el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos renunciando a bienes de menor entidad. Esta posición específicamente denominada “Teoría de la ponderación de los intereses en conflicto” es la que se propone dentro de esta investigación para que sea aplicada por los tribunales mexicanos, debido a que con su aplicación y la adecuada armonía de los principios procesales penales, atendiendo a las

circunstancias de cada momento histórico y a las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de la persona, ayudará a la búsqueda de un más acertado modelo de justicia penal. Esta tendencia apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad notable y excepcional.

Todo ello con el objetivo de que se atenúe la existencia de impunidad dentro del sistema penal. Ello conlleva a eliminar una posición garantista-formal exagerada ante cualquier violación de normas procesales. En todo caso es evidente que esta regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de esclarecimiento de los hechos objeto del proceso acusatorio. Debido a que no todos los casos de infracción a un derecho, implican la presencia de la prueba ilícita ni la violación a la presunción de inocencia, sino que se debe valorar en el caso concreto la trascendencia de la infracción.

Por su parte, en Estados Unidos importa menos reparar la arbitrariedad en el caso juzgado con base en una prueba ilícita, que evitar que en el futuro se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en deterioro de todo el sistema constitucional de derechos y libertades. De ahí que sospechosos de haber cometido graves crímenes sean dejados en libertad cuando la evidencia que los incrimina es obtenida de manera ilícita; se sacrifica de esta forma la verdad real del caso concreto; en cambio como ya ha sido establecido, en Alemania pesa mucho más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita; en la función disuasiva hacia el futuro de la exclusión de ciertas pruebas, lo que cuenta es que en el caso presente se realicen cabalmente los principios e intereses públicos indispensables para que se haga justicia, por lo que en Alemania es más difícil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina.

En uno y otro casos, la flexibilidad en la inadmisión de la prueba ilícita, deviene del reclamo social de lucha contra la criminalidad, el factor negativo más destacado es la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los sujetos acusados. Al respecto y en el mismo sentido, la Comisión Procesal Penal reunida en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, discutió la conveniencia de balancear la aplicación de las reglas de exclusión en función de un criterio de proporcionalidad que atendiera la gravedad del delito que se investiga. Habiéndose emitido opiniones en diversos sentidos, se concluyó que resultaría aconsejable la consideración de este tópico en futuros congresos. Además la Sala 2.^a del Tribunal Supremo Español en la sentencia de 29 de marzo de 1990 (R.Ar. 2647) resumía, desde una visión crítica, las razones aducidas en favor de la admisibilidad de las pruebas ilícitas, destacando como «tradicionalmente la doctrina venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía

que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual».

Finalmente, se propone que la legislación mexicana tome el modelo de Alemania, debido a que al no crear ni una regla de exclusión, ni un sistema de nulidades para la prueba ilícita y al otorgarle una potestad al juez para que él sea el que determine de manera casuística cuando deberá de ser estimada, traerá como consecuencia el cumplimiento de la finalidad del sistema penal acusatorio, el cual es contribuir a asegurar el acceso a la justicia, restaurar la armonía social; resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito; proteger al inocente; procurar que el culpable sea sancionado, y que los daños causados por el delito se reparen.

BIBLIOGRAFÍA

AsencioMellado, J. M. (s.f.). *Université de Fribourg*. Recuperado el 10 de julio de 2013, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110507_02.pdf

Caloca, Alex. "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile". *Ius et Praxis*(2).1998.

Carbonell, Miguel. "No admitamos las pruebas ilícitas". *El mundo del abogado*,2008. número 115, 20-22.

Correa Selamé, Jorge Danilo. *"La Prueba en el Proceso Penal"*. Chile: Thomson Reuters, 2009.

De Urbano Castrillo, E. *"La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial"*. España: Aranzadi, 2007.

Editorial Jurídica de Chile. (12 de julio de 2013). *Vlex*. Obtenido de <http://vlex.com/vid/57261880>

González Navarro, A. L. *"Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio"*. Colombia: Leyer, Bogotá D.C. 2005.

López M., J. *"La Prueba" en Derecho Procesal Chileno II. Preparación del juicio, procediminetos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Chile: Juridica de Chile, 2008.

Miguel, C. "No admitamos las pruebas ilícitas". *El mundo del abogado*, núm. 115 , 2008, p. 20-22.

Miranda Estrampes, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona. 2004.

Muñoz Conde, Francisco. *"Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal"*. Argentina: Hammurabi. 2004.

Muñoz Conde, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi. 2008.

Ostos, José Martín. La prueba en el sistema penal acusatorio. Documento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 18 de julio de 2013, de Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cur>

[soderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO%20\(Dr%20Mart%C3%ADn%20Ostos\)%20Modulo%20V.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/cur/soderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO%20(Dr%20Mart%C3%ADn%20Ostos)%20Modulo%20V.pdf)

Pérez Marín, M. Á. "En torno a la prueba ilícita". *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1/2001, 233-260.

Roxin, Claus. "La Evolución de la Política Criminal: el Derecho Penal y el Proceso Penal". *Revista de derecho (Valdivia)*, 263-265. Obtenido de La Evolución de la Política Criminal: el Derecho Penal y el Proceso Penal. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 2001, vol.12, no.2 [citado 20 Julio 2013], p.263-265. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_art

Sarró Riu, J. "*Consecuencias de la vulneración de garantías frente a la autoincriminación*" en *El derecho a no autoinculparse del contribuyente*. Barcelona: J.M. Bosch.2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s.f.). *SCJN*. Recuperado el 20 de julio de 2013, de Curso de Derecho Penal: [http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20\(Mag.%20Aguilar\)%20Modulo%20VII.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20(Mag.%20Aguilar)%20Modulo%20VII.pdf)