

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL Y SUS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Hilda Araceli SOTENO MENA \*

## Sumario:

Introducción. I. Estado social y democrático de derecho y debido proceso.  
II. Concepto de prueba, Características y sistemas de valoración III. Prueba ilícita: Concepto, Teoría del árbol envenenado, regla de exclusión y teorías a dicha regla. IV. Legislación Mexicana aplicable al caso.  
V. Conclusión. IV. Bibliografía.

**Resumen.** *Este artículo tiene por objetivo realizar algunas reflexiones sobre la prueba ilícita y si debe valorarse según el caso concreto, alguna o algunas de las excepciones a la regla de exclusión, pues como se han señalado en distintos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales, podrían con dicha excepción generar impunidad. Desde nuestro punto de vista tales excepciones representan un riesgo para un sistema penal garantista propio de un estado social y democrático de derecho.*

**Palabras Clave:** *debido proceso, estado social y democrático de derecho, prueba ilícita, reglas de exclusión.*

## INTRODUCCIÓN

Han transcurrido poco más de diez años desde que fuera adoptado por la constitución política de los estados unidos mexicanos el llamado sistema penal de corte acusatorio y adversarial y una de las principales preocupaciones de los teóricos de este durante todo el tiempo de su implementación ha sido el de garantizar el verdadero debido proceso a los sometidos al procedimiento penal. Debemos reconocer que en este nuevo sistema penal sus principales operadores han sido los propios protagonistas del anterior, por lo que los riesgos

---

\* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

de que los vicios del éste pronto contaminen al nuevo modelo y se termine deformando como exactamente pasó con el llamado sistema penal mixto. Esta circunstancia puede evidenciarse con los distintos posicionamientos que desde la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país pretenden establecer excepciones al principio de exclusión de la prueba ilícita con el propósito de no generar impunidad, pero que, desde nuestro punto de vista, representan un riesgo para un sistema penal garantista propio de un estado social y democrático de derecho.

Son relativamente pocos los estudios que en nuestro país han desarrollado el tema de la prueba ilícita en el marco del sistema acusatorio adversarial, y de entre ellos, destaca el trabajo de Anaya Ríos y De la Rosa Rodríguez.<sup>1</sup> En esta obra, los coautores nos presentan un panorama doctrinario muy basto sobre el tema de la prueba ilícita, sin embargo, no se realiza con claridad y precisión una toma de postura en relación sobre la legitimidad o ilegitimidad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita prevista en el orden jurídico mexicano. No obstante ello, en algunas partes del texto, sugieren de forma sutil que bajo ciertos supuestos, el juzgador deberá ponderar y, en su caso, admitir, desahogar y de ser posible otorgarle valor probatorio a determinadas pruebas ilícitas, o a lo derivado de ésta (la conocida como fruto del árbol envenenado), todo ello bajo la luz de las excepciones a la regla de exclusión, argumentando que la víctima no puede quedar en estado de indefensión por *tecnicismos* en el sistema penal, generando con ello impunidad.

Es precisamente esta forma en la que se aborda dicho tema y sobre todo la *sutil* toma de postura de los autores en el tema lo que motiva a la suscrita a la elaboración de este artículo, pues considero que sugerir una regulación en la normatividad penal vigente para la inclusión de determinadas excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita atenta no solo contra los principios del derecho, sino también contra el debido proceso penal.

En este contexto, es mi intención evidenciar que la prueba ilícita así como todo lo que de ella se deriva no pueden ser valoradas, incluidas y mucho menos legislar respecto a su inclusión bajo ningún supuesto, pues aunque sabemos que es un tema muy delicado, no puede legitimarse lo que de origen es ilícito.

---

<sup>1</sup> ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana, *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el Sistema Penal Acusatorio*, 1ª ed. primera reimpresión, Flores Editor, México, 2018.

## I. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DEBIDO PROCESO PENAL

Considero que todo estado social y democrático de derecho se encuentra sustentado en el respeto a las normas que legítimamente se encuentran en vigor. De ahí que, el debido proceso sea la columna vertebral del todo procedimiento de naturaleza penal pues de este subyacen derechos fundamentales, que en nuestra calidad de gobernados no solo se nos reconocen, si no que somos garantes en relación de terceros; luego, no basta reconocer el debido proceso, observar y aplicar la normatividad vigente en nuestro país, sino garantizar su debido cumplimiento.

En la doctrina jurídica, el debido proceso ha sido conceptualizado como un derecho y como un principio. Sin embargo, ambas posturas inciden en el mismo resultado. Como derecho podemos afirmar que asegura la tutela de derechos fundamentales en un juicio con igualdad de oportunidades procesales a las partes. Y como principio, el debido proceso es reconocido en las normas procesales que sirven para guiar el desarrollo de los diversos procesos jurisdiccionales correspondientes, en este caso específico, al derecho procesal penal.

Afirma Luigi Ferrajoli que el derecho al debido proceso se refiere a la posibilidad de las partes para hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga para hacer valer sus derechos sustanciales en un procedimiento judicial.<sup>2</sup>

En voz de Sergio García Ramírez, el debido proceso constituye un límite a la actividad estatal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Miguel AFONSO RUÍZ, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLO BASOCO Y Rocío CANTERO BANDRÉS, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p.34.

<sup>3</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso. criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2012, p.22.

Así las cosas, la principal tarea de nuestro tiempo es la construcción de verdaderos estados de derecho, con legislaciones fuertes con verdadera capacidad para hacer efectivo un estado de derecho y respeto a los derechos fundamentales, pues los estados débiles o fallidos son una amenaza para el orden internacional, siendo una fuente de conflictos y de abusos a los derechos fundamentales. Es evidente que los estados son los únicos capaces de desplegar la fuerza legítima y su empoderamiento es sustancial para garantizar un estado de derecho.

Al respecto no olvidemos que la transición de un sistema penal mixto a un sistema penal de corte acusatorio se debió entre múltiples factores a una exigencia internacional, pues México ha firmado y ratificado tratados internacionales en materia de derechos humanos y que por lo tanto se han incorporado a nuestro marco normativo. Por ello, en la base de este orden jurídico se encuentra el reconocimiento de los derechos fundamentales, que no solo deben contemplarse en los ordenamientos legales que rigen al país; sino que deben aplicarse efectivamente, tal y como es el caso del reconocimiento y aplicación del debido proceso como garante de derechos procesales.

En este contexto, cabe señalar que la intención al reconocer y garantizar los derechos humanos de las personas no es debilitar al estado, sino más bien acotar debidamente sus funciones sin perder de vista la necesidad de contar con instituciones vigorosas que le den factibilidad al estado de derecho, porque de otra manera se corre el riesgo de un estado que no conoce límites en el ejercicio de sus funciones, y por consiguiente se puede caer en los excesos de poder con franca violación de los derechos humanos. Es por lo anterior que el debido proceso debe ser una institución consolidada en nuestro tiempo.

En México el debido proceso se encuentra garantizado tanto en la carta magna como también en las leyes procesales secundarias y en las convenciones internacionales que han sido ratificadas por México y que por lo tanto se han incorporado al marco normativo del país, por lo que su cumplimiento es obligatorio, además que están diseñados para constituir un límite al sistema punitivo del estado. Tal y como lo prevé el artículo 1º tercer párrafo de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar,

---

proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”.<sup>4</sup>

En el alcance e implicaciones de la reforma en comento, resulta esencial que todos los órganos del poder público, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan cabalmente con lo decretado tanto en los ordenamientos vigentes del país como en las sentencias internacionales que han fincado obligatoriedad al estado mexicano. Es claro que cualquier desacato o demora en el cumplimiento constituye una persistente violación no sólo a los derechos humanos involucrados sino a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México.

Así pues, el debido proceso lo encontramos consagrado en nuestra constitución federal, columna vertebral de todo enjuiciamiento penal, y cuyo principio le da razón, sentido y contenido a toda la codificación procesal penal. Específicamente en el párrafo segundo del Artículo 14 que señala que “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, **en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento** y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”.<sup>5</sup> (El resaltado es nuestro).

Por su parte, la suprema corte de justicia de la nación y otros tribunales federales en México han integrado jurisprudencia al respecto. De entre los diversos criterios es de destacarse el que lleva por rubro DERECHO AL DEBIDO PROCESO<sup>6</sup> analizándolo bajo dos perspectivas: primero, como el respeto irrestricto de derechos fundamentales y en segundo plano como la obligatoriedad para los tribunales de observar en todo momento las formalidades esenciales del procedimiento, volviéndose además garantes del debido proceso.

---

<sup>4</sup>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, 4 de noviembre de 2018, p. 2.

<sup>5</sup>*Ibidem*, p. 14.

<sup>6</sup>Tesis 1a./J. 139/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, t. 3, Diciembre de 2011, p. 2057.

Así pues, el debido proceso es la base de todo equilibrio social, respeto irrestricto a los derechos fundamentales y que es previsto por nuestra legislación aplicable, obligando a las autoridades y sociedad en general a su cabal cumplimiento.

## II. CONCEPTO DE PRUEBA, CARACTERÍSTICAS Y SISTEMAS DE VALORACIÓN

Todo sistema penal requiere entre otras cosas de mecanismos de comprobación de los hechos materia la persecución penal, y que dichos mecanismos den certeza jurídica, por lo que ello solo es posible mediante el empleo de medios de prueba lícitos, respetando en todo momento el debido proceso penal.

Previo a hablar de la prueba ilícita, es menester desmembrar el concepto de prueba, entender sus orígenes, su evolución, sus características y el sistema de valoración aplicable. Comencemos por algunos conceptos de prueba.

En el ámbito procesal, Rafael de Pina Vara nos dice que prueba es toda actividad procesal encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto<sup>7</sup>.

Hernando Devis Echandía señala que debemos entender por prueba judicial, el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al Juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso<sup>8</sup>.

Una vez clarificado el concepto de prueba desde su aspecto procesal, podemos advertir que la prueba es el eje motor del acto de verificar, comprobar, demostrar, ello en aras de la verdad del hecho y con un elemento para mí fundamental en el tema que analizamos, que es probar honradamente, o como su significado etimológico lo refiere en un sentido bueno, pues todos estos conceptos cobran sentido al lado de la prueba ilícita y de tratar de establecer excepciones al principio de exclusión de dicho tipo de prueba.

---

<sup>7</sup> DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de derecho*, Porrúa, México, 2012, p. 424.

<sup>8</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Temis, Bogotá Colombia, 2006, p. 7.

Ahora bien, resulta indiscutible que la prueba tiene un protagonismo central en el proceso penal, ya que con base en el caudal probatorio el tribunal de enjuiciamiento emitirá su resolución basado en la certeza jurídica que le generó la prueba. Por ello, consideramos fundamental comprender la verdadera función de la prueba en el proceso, para al momento de tomar postura entender por qué no se puede legislar respecto a excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita tal y como lo sugieren Anaya Ríos y De la Rosa Rodríguez.<sup>9</sup>

Previo a hablar propiamente de la ilicitud de la prueba, nos detendremos en hacer referencia a los conceptos fundamentales relacionados con ésta en aras de poder determinar, si aquella se genera en el medio, en el órgano, en el indicio, en la fuente, en el elemento, en el objeto, entre otros. Para Devis Echandía se debe distinguir entre necesidad, objeto, utilidad, elemento, medio, indicio, órgano y fuente de la prueba.<sup>10</sup> Veamos a que se refieren cada uno de estos elementos:

- a) Necesidad de la prueba.- Todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser constatado solo mediante pruebas allegadas legalmente al mismo.
- b) Objeto de la prueba.- Es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba.
- c) Utilidad de la prueba.- Se relaciona con la relevancia que el elemento tenga respecto al objeto que debe probarse, la prueba además de pertinente debe ser útil.
- d) Elemento de prueba.- 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. Estos datos consisten en los rastros y huellas que el hecho delictivo puede haber dejado en los objetos y cuerpo de las personas y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos.
- e) Medio de prueba.- Es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso de elementos de prueba en el proceso.
- f) Indicio de la prueba.- Circunstancia o hecho que se ha probado a través de un razonamiento lógico, argumento probatorio que va de lo desconocido a lo conocido.
- g) Órgano de prueba.- Es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.

---

<sup>9</sup> ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana *op. cit.*, nota 1, p 301.

<sup>10</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, nota 8, p. 497.

h) Fuente de prueba: Es el hecho, cosa o fenómeno que sirve para verificar la verdad del hecho afirmado.

De lo anterior podemos advertir que la prueba tiene diversas maneras de ser introducida a juicio y se requiere comprender cada uno de estas aristas, pues estas inciden de manera sustancial en lo relativo a la ilicitud y de saber diferenciarlas podremos puntualizar en donde estriba la ilicitud.

De igual manera, Devis Echandía, precisa que son conducentes aquellas pruebas permitidas por la ley y que están incluidas en la numeración taxativa de los códigos procesales. Las pruebas inconducentes son las que la ley no autoriza en general o prohíbe en un caso particular y que carecen de valor; las pruebas pertinentes tienen relación con el litigio y las pruebas impertinentes son las que no se relacionan con el litigio o materia del proceso, y que el juez deberá examinar al resolver. Las pruebas lícitas son las que están autorizadas por la ley y que el juez considera utilizables, además de que no violan alguna prohibición legal.<sup>11</sup>

Con lo anterior, podemos advertir dónde se genera la ilicitud de la prueba y que esta circunstancia no solo atiende a “formalismos” incumplidos.

Respecto a la valoración de la prueba podemos señalar que el sistema de enjuiciamiento en México sufrió un cambio trascendental, al transitar de un sistema penal mixto a un sistema penal acusatorio, con tendencia adversarial, esto derivado de la reforma de junio del 2008, donde se modificó entre muchas cosas el sistema de incorporación, desahogo y valoración de las pruebas, teniendo como finalidad un procedimiento más garantista, respetándose los principios de contradicción, continuidad, concentración, publicidad e inmediación, previéndose además que las pruebas se desahoguen únicamente en presencia de la autoridad jurisdiccional y dejándose a un lado el sistema de la prueba tazada y se adopta un sistema de libre valoración de la prueba a través de los conocimientos científicos, la sana crítica y las reglas de la lógica, teniendo como finalidad el esclarecimiento de los hechos, se proteja al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. El sistema de prueba tazada consideraba el valor de cada elemento probatorio predeterminado en la ley y como ya lo hemos señalado, antes de la reforma del 2008 se adoptaba este sistema de valoración. Ahora, la constitución política de

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.537.



los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 apartado A fracción II, establece que la valoración de las pruebas deberá realizarse de manera libre y lógica. Propone la libre valoración de los elementos producidos ya que la ley no predetermina valor alguno y al mismo tiempo la libertad de escoger los medios probatorios para comprobar un hecho.

Este sistema de libre convicción, también conocido como sana crítica, consiste en la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llamaban la higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Bajo estas premisas, el tribunal de enjuiciamiento considerará responsable al imputado del hecho que la ley señale como delito, solo si posee la convicción de que éste cometió un delito o participó en él y siempre que dicho convencimiento esté derivado de pruebas que hayan sido legalmente obtenidas e incorporadas a juicio; además que se consideren suficientes para destruir la presunción de inocencia y que gocen de pertinencia y relevancia para el caso

### III. PRUEBA ILÍCITA: CONCEPTO, TEORÍA DEL ÁRBOL ENVENENADO, REGLA DE EXCLUSIÓN Y TEORÍAS DE EXCEPCION A DICHA REGLA

Con el desarrollo realizado hasta este momento respecto a los diferentes conceptos de debido proceso, prueba, características de la prueba y valoración de la prueba, podemos sentar las bases para abordar el tema que nos ocupa, la prueba ilícita. Por lo que veamos algunos conceptos que aportan al respecto varios autores.

Según Urbano Castrillo lo ilícito es aquello contrario a la ley, es una manifestación de la antijuridicidad.<sup>12</sup>

Devis Echandía establece que las pruebas ilícitas son las 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. No obstante, considera que la ilicitud

---

<sup>12</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal*, 3ª ed., Aranzadi S.A., España, 2003, p. 40.

de una prueba radica en el medio probatorio, o en el procedimiento para su obtención, en la violación de una norma, es decir en la existencia de una prohibición legal de investigar el hecho sobre el que versa o en que el medio de prueba no está legalmente autorizado tratándose de un sistema de prueba legal.<sup>13</sup>

En consecuencia, la ilicitud de la actividad probatoria consiste en que únicamente son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a la normatividad señalada en la constitución, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en el código nacional de procedimientos penales, por lo que también comprenden las formalidades esenciales del procedimiento. En efecto posturas señalan que la prueba ilícita tiene su origen tanto en violaciones a una norma procesal, como en la violación de normas jurídicas e incluso en principios generales. Por lo tanto, y a manera de ilustración, el quebrantamiento de la formalidad en la obtención de los medios de prueba al realizar diligencias supone la ilicitud de estas.

Silva Melero afirma por su parte que para un sector doctrinal, la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana.<sup>14</sup>

Desde luego que la relevancia de esta afirmación es indiscutible, ya que este principio relativo a la dignidad de las personas y a los derechos fundamentales del ciudadano está consagrado en el orden constitucional, garante del equilibrio social. Partiendo de este principio de dignidad de las personas, es evidente que toda prueba que atente contra la misma estará afectada de ilicitud y por lo tanto será inadmisibile dentro del procedimiento penal.

La teoría de los frutos del árbol envenenado es desarrollada en Estados Unidos de América, misma que surge con el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States* en 1920. El nombre de esta teoría sin embargo, surgió en 1939 en caso *Nardone vs. United States*.<sup>15</sup>

Dicha teoría, que al paso del tiempo ha sido adoptada por varios países estima, que no solamente se excluyen del procedimiento las pruebas directamente obtenidas de manera ilícita, sino que dicha exclusión se extiende a las directamente derivadas de dicha ilicitud.

---

<sup>13</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, nota 8, p. 10.

<sup>14</sup> SILVA MELERO, Valentín, “*La prueba procesal*”, revista de derecho privado, t. I, Madrid, 1963, p. 69.

<sup>15</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, *La exclusionary rule de EE.UU y la prueba ilícita penal de España, perfiles jurisprudenciales comparativos*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2012, p. 19.

Esta regla tiene como finalidad prevenir más que reparar. Aclarando que son frutos del árbol envenenado, aquellas pruebas que tienen como única fuente, el acto violatorio y que además derivan del acto ilícito.

Antes de hablar de la nulidad y exclusión como efecto de la ilicitud de la prueba; considero relevante entender un poco las diversas teorías que otros países han desarrollado respecto a las excepciones a las reglas de exclusión de la llamada prueba ilícita.

Es importante aclarar que estas reglas no permiten la inclusión y valoración de medios probatorios que fueron obtenidos en contravención a la ley, el análisis lo hacen bajo la perspectiva de situaciones especiales que alejan a la prueba de la ilicitud, confiriéndose a los tribunales mediante la valoración dicha excepción; pero en ningún momento valida un acto ilícito. Veámoslo detenidamente.

La regla general de exclusión admite excepciones, que han sido desarrolladas esencialmente por la jurisprudencia norteamericana como formas de atenuar el impacto de la sensación de impunidad que genera la aplicación de las exclusiones probatorias, estas excepciones se han plasmado en teorías que se excluyen de dicha regla; veamos cuáles y en qué consiste cada una de ellas:

### **1. Teoría de la fuente o cause independiente**

Para Peláez Bardales, esta teoría consiste en la prueba que no está contaminada con actividad ilegal, se debe de admitir y utilizar dentro del procedimiento, siempre y cuando no exista conexión con la prueba irregular y la evidencia de esta. Implica que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a su obtención<sup>16</sup>.

Podríamos decir, que esta teoría funciona cuando el acto ilegal o sus consecuencias arrojan dato o medio de prueba que no puede presentarse a juicio por la violación a derechos fundamentales, pero si dichos datos, medios o prueba tienen independencia con la fuente, si pueden ser ofertados en el juicio.

### **2. Teoría del descubrimiento inevitable**

La excepción del descubrimiento inevitable, es también creación de la corte suprema federal estadounidense, la cuál fue objeto de aplicación en el caso Nix vs. Williams, Miranda Estrampes, señala que esta teoría se desarrolla cuando se admite una prueba a

---

<sup>16</sup> PELÁEZ BARDALES, José Antonio, *La prueba penal*, Grijley, Perú, 2014, p. 238.

juicio, no obstante se 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.<sup>17</sup>

De acuerdo a esta teoría, si, en el desarrollo de actividades ya sea policíacas, ministeriales o de orden judicial, apareciera en vía de descubrimiento y de forma inevitable otro medio de prueba a la par, aunque la primera este viciada de ilicitud, la segunda, podrá declararse no ilícita, siempre y cuando se descubra de forma inevitable por otro u otros medios.

### **3. Teoría del vínculo atenuado o de la conexión atenuada**

Por lo que hace a esta teoría, las evidencias obtenidas no serán excluidas cuando la conexión entre la actuación inconstitucional y el descubrimiento o aseguramiento de la prueba sea tan atenuado que es suficiente para desvanecer la mancha. Existe un nexo entre la prueba ilícita, que atenúa la ilicitud convirtiéndola en lícita, así lo refiere Alcaide González.<sup>18</sup>

### **4. Teoría de la buena fe**

Jorge Rosas Yataco refiere que esta doctrina admite la posibilidad de valorar la prueba ilícitamente obtenida, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia (caso León vs. U.S. 1984).<sup>19</sup>

Esta se presenta en aquellos casos en los que se debe aplicar criterios de buena fe, que legitiman la actuación ilegal; aplica siempre y cuando el aparato policial o en su caso el servidor público que la genere, no haya actuado de una forma dolosa patentándose con ello la buena fe.

### **5. Teoría de la conexión de antijuridicidad**

---

<sup>17</sup> MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, especial referencia a la exclusionary rule Estadounidense*, Ubijus Editorial, México, 2013, p. 308.

<sup>18</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, *La exclusionary rule de EE.UU y la prueba ilícita penal de España, perfiles jurisprudenciales comparativos, op. cit.*, nota 8, p. 69

<sup>19</sup> ROSAS YATACO, Jorge, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima, Legales Ediciones, 2016, t. II, p. 1185.

El propósito de la conexión de antijuridicidad es justificar las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas y solo recae en el material probatorio derivado de otro que haya vulnerado un derecho. Si no existe una conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba, entonces esta puede introducirse y valorarse dentro del proceso.

Pero como bien lo refiere Rosas Yataco, la intencionalidad del infractor, es decir, del responsable de la vulneración del derecho fundamental. Puede ser que este haya actuado con intención infractora, diferente a la buena fe, entrando en el campo del error inexcusable.<sup>20</sup>

## **6. Teoría de la proporcionalidad**

Peláez Bardales, señala para esta teoría, que se pondera por una parte el interés social referido a la eficacia de la administración de justicia, y por la otra, el derecho del procesado a no ser procesado sobre la base de una prueba ilícita, esta teoría tiene su génesis en el derecho europeo continental.<sup>21</sup>

El Principio de proporcionalidad se constituye como un mecanismo de protección frente a la actuación del poder público y tiene como premisa que todos los derechos fundamentales deben ser interpretados de una manera amplia. Supone entonces dos principios o derechos en colisión, ponderando entre los beneficios de la implementación de los actos y los perjuicios que esta produce.

## **7. Prueba ilícita en favor del reo**

En voz de Miranda Estrampes, debería reconocerse a la prueba ilícita cierto valor, en los casos en que la misma aportara elementos de descargo para el inculpado, o bien que los resultados obtenidos con la misma, fuesen favorables para el acusado.<sup>22</sup>

Respecto a esta teoría no debemos confundirla con el principio pro-persona, pues la primera se refiere cuando subyace de una violación a derechos fundamentales, la segunda estamos hablando de lo que legalmente fue introducido al juicio y la normatividad aplicable que más le favorezca al inculpado.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 1187.

<sup>21</sup> PELÁEZ BARDALES, José Antonio, *op. cit.*, nota 16, p. 243.

<sup>22</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*, *op. cit.*, nota 17, p. 182.

## 8. Teoría del error inocuo

Para Planchadell Gargallo, no procede anular una sentencia condenatoria por haberse admitido en primera instancia una prueba que debería haber sido excluida, cuando ese defecto sea considerado irrelevante para el resultado final del caso.<sup>23</sup>

En atención a lo anterior cuando una prueba ilícita o lo que de ella emane, no ha sido debidamente desestimado en juicio, indudablemente puede señalarse como concepto de agravio al imponer el medio de impugnación procedente, más de ninguna manera producirá la anulación de la sentencia, al considerarse irrelevante para el resultado final de la sentencia, cuando esta haya sido dicada.

Hasta este momento consideramos se han desarrollado en el presente artículo, todos los conceptos y características que debemos tener presentes para comprender, pero sobre todo tomar postura respecto a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita sugerida por diversos autores.

La regla de exclusión se fundamenta en depurar, del material probatorio que se ofrece dentro de todo el procedimiento penal, aquellos medios de prueba que fueron obtenidos vulnerando los derechos fundamentales o en su defecto las formalidades esenciales del procedimiento, dicho de otra forma, inobservando él debido proceso. En este sentido, el principio de libertad probatoria tiene su límite en el respeto irrestricto al debido proceso penal, la regla de exclusión se traduce en la inadmisibilidad de las pruebas para ser valoradas, cuando provengan de la inobservancia del debido proceso.

Así las cosas y ante diversas regulaciones que atienden el tema de la prueba ilícita y por ende violatoria de la normatividad aplicable, podemos señalar que la prohibición de la prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, si no que deriva directamente de tratados internacionales, pacto federal, normatividad sustantiva y adjetiva, ello le da la connotación de inviolables y ponderantemente preferente, tal y como se valoró en el punto I de este artículo.

## IV. LEGISLACIÓN MEXICANA APLICABLE AL CASO

---

<sup>23</sup> PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (comentario a las Sentencias que marcan el camino)*, España, thomson reuters aranzadi, 2014, p. 111.

En México la prohibición de la prueba ilícita se encuentra regulada expresamente en nuestra carta magna y en el ordenamiento procesal penal nacional, el cual le da sustento a nuestra toma de postura, contrario a la propuesta de admitir reglas de inclusión que no tienen fundamento ni constitucional ni legal.

La constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20 nos refiere que: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Y que además por lo que hace a los principios generales, específicamente en el apartado A fracción II que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica; particular observación lo señalado en la fracción IX del mismo ordenamiento en cita, que refiere que: Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.<sup>24</sup>

Por otra parte el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 259 señala que: Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito<sup>25</sup>

El artículo 261 en su tercer párrafo expresa que se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.<sup>26</sup> Es decir toda prueba se considerará lícita siempre y cuando no sea obtenida mediante la violación de derechos fundamentales, de ser así será excluida o se producirá su nulidad, lo anterior en armonía a lo que dispone el artículo 264 del mismo instrumento legal que se estudia<sup>27</sup> además que las partes podrán hacer valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el Juez o tribunal deberá pronunciarse al respecto.

---

<sup>24</sup> constitución política de los estados unidos mexicanos en vigor. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm>. Ultima reforma 27 de agosto del 2016.

<sup>25</sup>código nacional de procedimientos penales. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>. 4 de noviembre de 2018. p. 77

<sup>26</sup> *Ídem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 78.

Aclara en gran medida respecto a la exclusión de medios de prueba para la audiencia de debate, lo señalado en el Artículo 346 del mismo ordenamiento en cita refiere que, una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos: fracción **II**. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales; **III**. Por haber sido declaradas nulas, o **IV**. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este código para su desahogo.<sup>28</sup>

Finalmente el artículo 357 de la misma fuente normativa, señala que la prueba no tendrá valor 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<sup>29</sup>.

Basta dar una mediana lectura a los artículos enlistados en supra líneas para advertir que serán nulas las actuaciones de datos de prueba, medios de prueba y pruebas que se incorporen, admitan o desahoguen en contravención con lo ahí señalado, *dando sustento en todo momento a la toma de postura que desde el principio se generó con la elaboración de este trabajo*; pues como se advirtió también no se puede legitimar lo que de origen es ilícito. No podemos ignorar el avance que ha tenido nuestra legislación en este tema, pues legislar sobre lo ilícito, sería ir en contra de nuestra normatividad vigente.

Por otra parte no pasa desapercibido el hecho de que, la suprema corte de justicia de la nación se ha pronunciado respecto a la prueba ilícita, poniendo de manifiesto que la exclusión de esta constituye un respeto al debido proceso y específicamente se ha pronunciado respecto a los límites de la exclusión de la prueba ilícita; empero, consideramos que como se expresó en primeras líneas al abordar este tema, estas teorías de exclusión guardan independencia y autonomía, respecto a la prueba que de origen es ilícita; refiriéndome específicamente a fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado; no así a las demás analizadas.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 103



En este contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación emitió la ejecutoria bajo el rubro: “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”.<sup>30</sup>

Así como la Tesis aislada, denominada: “PRUEBA ILICITA. LIMITES DE SU EXCLUSIÓN”.<sup>31</sup>

Sin duda alguna las anteriormente citadas, permiten al juzgador o tribunal de enjuiciamiento, analizar bajo el rubro de la valoración de las pruebas si estas, fueron admitidas o desahogadas a la luz de la prueba ilícita y en relación de las teorías de exclusión poder analizar si guardan alguna independencia a esta, y de tener fuente independiente a lo ilícito, o bien que se haya realizado en descubrimiento inevitable o si el vínculo con lo ilícito se atenúa de tal manera que ya no subsista lo ilícito, se pueda otorgar valor probatorio al alejarse con ello de la ilicitud.

## V. CONCLUSIÓN

De lo anterior se colige, que no basta reconocer el debido proceso como base del sistema de justicia penal, ni hacer juicios de ponderación sobre la protección de derechos fundamentales de la víctima sobre el imputado; no es admitiendo, desahogando u otorgándole valor probatorio a pruebas ilícitas como considero podemos ayudar a resolver ciertos casos en donde la prueba descansa en la ilicitud; o como algunos países, legislando sobre la inclusión a la excepción. Tiene que ver más con la falta de una buena profesionalización de los operadores del sistema, terminar con esas viejas prácticas que más que ayudar laceran y colapsan nuestro sistema de justicia, pues como se refirió al inicio del presente trabajo, muchos de los operadores de nuestro sistema de justicia penal, son los mismo del antiguo modelo mixto.

---

<sup>30</sup> Tesis 1a./J. 139/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057.

<sup>31</sup> Tesis 1a. CCCXXVI/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 993.

En este contexto me atrevo a señalar que cada uno, desde nuestras trincheras debemos hacer lo correcto y volvernos de facto, garantes de la aplicación de derechos Fundamentales, del debido proceso como tal y sobre todo de la normatividad vigente.

Y aunque duele como sociedad la vulnerabilidad a que se exponen los protagonistas del sistema penal, ante la ausencia de un resarcimiento integral a su bien jurídico tutelado, derivado muchas veces por la impunidad, corrupción, falta de buenas políticas públicas, cambio o por lo menos un alto grado de profesionalización de los operadores del sistema, mínima infraestructura en laboratorios de criminalística, que sin duda ayudarían en el tema de los indicios, datos y medios de prueba.

No es con la inclusión de la regla de exclusión en nuestra normatividad primaria como se puede abatir dicha impunidad. Es respetando de facto los derechos fundamentales, el debido proceso, la normatividad aplicable en nuestro país, en aras de un reconocimiento del estado de derecho democrático.

Pues no solo es contradictorio en el reproche formulado, si no que compromete la buena administración de justicia, pues no basta sin embargo con que la constitución o los tratados internacionales reconozcan los derechos Fundamentales y el debido proceso penal, sino que es deber de los propios tribunales hacerlos valer, pues con ello me he referido al señalar que somos todos garantes de nuestra normatividad, que subyacen en la inviolabilidad de derechos fundamentales y debido proceso.

## VI. BIBLIOGRAFIA

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, *La Exclusionary Rule de EE.UU y la Prueba Ilícita Penal de España, Perfiles jurisprudenciales Comparativos*. Universidad Autónoma de Barcelona, 2012.

ANAYA RÍOS, Miguel Ángel y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana, *La Prueba Ilícita, sus Premisas Ilícita, sus Premisas, Regulación y Excepciones en el Sistema Penal Acusatorio*, 1ª ed. primera reimpresión, Flores Editor, México, 2018.

Código Nacional de Procedimientos Penales.  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>. 4 de noviembre de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, 4 de noviembre de 2018.

DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 2012.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La Prueba Ilícita Penal*, 3ª ed., Aranzadi S.A., España, 2003.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. I y II, Temis, Bogotá Colombia, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Miguel AFONSO RUÍZ, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLO BASOCO Y Rocío CANTERO BANDRÉS, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, Porrúa, México, 2012.

MIRANDA ESTRAMPLES, Manuel, *Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ubijus Editorial, México, 2013.

PELÁEZ BARDALES, José Antonio, *La Prueba Penal*, Grijley, Perú, 2014.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La Prueba Prohibida: Evolución Jurisprudencial (comentario a las Sentencias que marcan el camino)*, España, thomson reuters aranzadi, 2014.

ROSAS YATACO, Jorge, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, lima Perú, legales Ediciones, 2016, t.II.

SILVA MELERO, Valentín, *La Prueba Procesal*, Revista de Derecho Privado, t. I, Madrid, 1963.

Tesis 1a./J. 139/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, t. 3, Diciembre de 2011, p. 2057.

Tesis 1a. CCCXXVI/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 24, t. I, Noviembre de 2015, p. 993.