PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

Roberto Carlos FONSECA LUJÁN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptos básicos en torno a la ilicitud probatoria*. III. *Origen y desarrollo de la regla de exclusión en la jurisprudencia estadounidense*. IV. *Ilícitud de la prueba en el derecho español*. V. *Prueba ilícita en el derecho mexicano*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con Goldschmidt, el “proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos democráticos o autocráticos de su Constitución”.¹ A partir de esta cita común en la doctrina procesal, se afirma que el proceso penal es el *termómetro* del respeto a los derechos fundamentales en cada Estado. Con más precisión, puede incluso ceñirse esa idea al ámbito de la actividad probatoria y afirmarse que el verdadero dispositivo medidor son las reglas en la obtención, admisión y valoración de pruebas, pues los límites fijados por esas reglas reflejan en qué medida las personas son concebidas como sujetos con dignidad a quienes se debe un trato digno, o como una mera fuente de información y de datos necesarios para la búsqueda de la verdad.

En los procesos modernos, las sofisticadas reglas que limitan la actividad probatoria pretenden establecer un justo equilibrio entre la búsqueda de la verdad y el respeto a la dignidad del imputado, ambos obje-

* Profesor de asignatura y Técnico Académico en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Goldschmidt, James P., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 67; Aguilar López, Miguel Ángel, “Naturaleza, función y ámbitos de actuación en la etapa intermedia del juez de control”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, 2010, pp. 11-39.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

tivos procesales legítimos, aunque en tensión permanente. En el último siglo, se ha avanzado en la protección de los derechos del imputado, mediante la progresiva restricción de la indagación de la verdad a ultranza que caracterizó a los sistemas inquisitoriales. La búsqueda de la verdad sigue siendo un objetivo imprescindible, pero debe ahora sujetarse a límites. No puede haber ya indagación de la verdad de modo absoluto, a toda costa, sino que la verdad hoy reclamada ha de estar condicionada al cumplimiento de las reglas del juego. Una de esas reglas es el deber de licitud de la prueba.

El presente artículo tiene como punto de partida ese deber de licitud probatoria, del cual se desprende la noción de prueba ilícita como aquella que, precisamente, no ha cumplido con las reglas del juego procesal. La investigación desarrolla una aproximación al concepto y regulación de la prueba ilícita en el derecho español, haciendo un somero comparativo con la legislación mexicana, en el marco del reciente tránsito a un modelo procesal acusatorio dentro del que se ha hecho explícito el mandato de licitud probatoria.

En primer lugar, se revisan los conceptos básicos empleados en la doctrina al hacer mención de este tema, como son los de prueba irregular, prueba ilegal, prueba prohibida, y prueba ilícita tanto directa como derivada. Se elige la posición terminológica, por demás generalizada, que anuda la licitud a la observancia de los derechos fundamentales. A partir de esta, se comenta la consecuencia de la ilicitud, que consiste en la llamada regla de exclusión probatoria, de la cual se revisa su origen y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

El trabajo continúa con una revisión del tratamiento a la ilicitud de la prueba en el derecho español, con énfasis en el desarrollo de la regla de exclusión por la jurisprudencia constitucional. Finalmente, se estudia el tratamiento de la prueba ilícita en el derecho mexicano, su fundamento constitucional y el incipiente reconocimiento de la regla de exclusión por la jurisprudencia, ambos temas que requieren de estudios robustos en la doctrina mexicana ante el reciente tránsito al sistema de justicia acusatorio.

Entre las conclusiones, se resalta que el reconocimiento incondicionado de la regla de exclusión de la prueba ilícita significó el punto máximo en la trayectoria desde la indagación inquisitorial hacia el establecimiento de un proceso con todas las garantías. A partir de dicho reconocimiento, parece producirse en otras latitudes un cambio de dirección, en el cual el propósito de obtener la verdad de los hechos —evitando la impunidad por defecto de prueba— se ha asumido nuevamente

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

como brújula de los tribunales, mediante la progresiva fijación de excepciones a la regla de exclusión. La preocupación que se comparte es que ese viraje conduzca a un abandono de la regla de exclusión, en favor de un régimen de semi-admisibilidad de pruebas ilícitas.

II. CONCEPTOS BÁSICOS EN TORNO A LA ILICITUD PROBATORIA

1. *Prueba*

El vocablo “prueba” tiene distintas acepciones. En el lenguaje común, el sustantivo prueba se refiere al medio, instrumento, argumento u otro objeto que es útil para mostrar la verdad o falsedad de una proposición o de un hecho. En materia procesal, suele hablarse de la prueba como *actividad*, de la prueba como *elemento*, y aun de la prueba como *conocimiento*.

En el ámbito del proceso penal, los hechos que son objeto de prueba son aquellos que se refieren a la existencia de un hecho delictivo y a la participación en ese hecho de la persona que es sujeto de juicio. Este es el *themaprobandum*: constatar la existencia o no de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del sujeto. Las partes son los actores en la realización de la actividad probatoria, que consiste en la labor de traer ante el juez todo aquello que permite demostrar o verificar lo que se afirma en el proceso. La actividad probatoria tiene además una finalidad que va más allá del mero propósito de acreditar o probar: su intención última es servir como respaldo para una decisión. Según apunta Aguilar López, la prueba penal se trata del elemento o dato, racional y objetivo, idóneo para acreditar la existencia o no del delito, así como para demostrar o no la responsabilidad penal del inculpado al respecto, e inclusive la demostración de las circunstancias relevantes a ponderar en la aplicación de sanciones.²

Con énfasis en el entendimiento de la prueba como una actividad, Gascón Abellán precisa que el término prueba en el contexto jurídico “identifica los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión”. Esta actividad no es meramente retórica o argumentativa, pues no se dirige a “convencer” al juez, sino

² Aguilar López, Miguel Ángel, “La prueba ilícita. Asunto Casablanca”, *Revista Criminalia*, año LXXI, núm. 3, septiembre-diciembre de 2005, pp. 5 y 6.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

que significa un proceso cognoscitivo encaminado a conocer o acreditar “la verdad de los hechos controvertidos”.³

2. Prueba ilícita

En el ámbito penal, el término prueba generalmente ha de acompañarse de algún calificativo, referido al cumplimiento de alguna de las cualidades que debe revestir la prueba para poder ser considerada como tal, esto es, para efectivamente *probar* o *ser prueba* de un hecho dentro del proceso penal. Entre esos adjetivos suele incluirse que la prueba ha de ser idónea, pertinente, suficiente o lícita. Dichas cualidades pueden igualmente expresarse como *principios* de la actividad probatoria: de idoneidad, pertinencia, suficiencia y licitud.

En este artículo, interesa profundizar en esta última cualidad: la licitud de la prueba, característica que se explica por sí sola, como la circunstancia de que la prueba es *acorde con el derecho*. Esa concordancia con el derecho puede predicarse tanto de la actividad probatoria como de los elementos o medios materiales que la realizan, es decir, tanto del objeto destinado a fungir como prueba, como de las formas en que es producido o se obtiene, así como de la forma en que se presenta ante el órgano decisor. El que la prueba en sus distintas dimensiones pueda ser lícita, depende de un juicio normativo: será una norma la que imponga los términos requeridos para predicar esa licitud. Como es evidente, esto conlleva la posibilidad de que si el resultado de ese juicio es negativo, la prueba resulta no lícita. Surge así la noción de prueba “ilícita”, como aquella que en alguna de sus dimensiones no cumple con los parámetros normativos requeridos para otorgarle la calificación de licitud.

El estudio de esa “ilicitud” de la prueba precisa establecer, cuando menos, dos aspectos: los parámetros normativos que orientan el juicio sobre la licitud o ilicitud de la prueba, y las eventuales consecuencias jurídicas de esa calificación. Este segundo punto dependerá de la importancia que se asigne a la cualidad de licitud dentro de la noción de prueba en el proceso penal: si se entiende como una cualidad accesoria o como una cualidad sustancial. Sólo si la licitud se entiende como cua-

³ Gascón Abellán, Marina, “Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 47-88.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

lidad sustancial, la prueba calificada como ilícita deja de ser prueba: ya no puede ser empleada para *probar* ningún hecho.

En un primer acercamiento, se dice que la prueba es lícita cuando en sus distintas dimensiones cumple con los parámetros normativos requeridos para otorgarle esa calificación de licitud. Esos parámetros pueden estar previstos en normas de distinta jerarquía dentro de un sistema jurídico; de este modo, cabría hablar principalmente de una licitud de fuente convencional, de una licitud constitucional, y de licitud a nivel de legalidad ordinaria.

En el caso de la cualidad contraria, la ilicitud de la prueba, cabría igualmente hablar de ilicitud por contravención de una norma convencional, de una norma constitucional, o de una previsión de ley ordinaria. Estas distintas fuentes de la ilicitud pueden explicar la diversidad de denominaciones utilizadas para nombrar a la prueba no lícita. Miranda Estrampes refiere la utilización en la doctrina y la jurisprudencia española de cuando menos diez denominaciones diversas: prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular y prueba clandestina;⁴ las cuales no resultan ser necesariamente sinónimas, sino que implican diferencias conceptuales relevantes.

Como propuesta para precisar el concepto, el propio Miranda distingue dos grandes categorías: prueba ilícita y prueba irregular. Lo anterior, a partir de la observancia en la actividad probatoria de las partes de dos principios relevantes: el principio de legalidad de la prueba (apego a las formalidades legales previstas para el desahogo de cada prueba) y el principio de licitud de la prueba (respeto a derechos fundamentales). Para este autor, la prueba ilícita se restringe a “aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales”. Por otro lado, la prueba ilegal o irregular es la “obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales”.⁵

Del anterior concepto de prueba ilícita, se desprende que la licitud o ilicitud de la prueba es una cualidad que depende del cumplimiento o no de un parámetro normativo previsto en una norma de derecho fundamental. Prueba ilícita no es toda la que en alguna de sus dimensiones

⁴ Miranda Estrampes, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, mayo de 2010, pp. 131-151.

⁵ *Idem*.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

es desacorde con el derecho, sino sólo la que contraviene lo previsto en una norma de derecho fundamental, positivizada ya sea en un instrumento internacional o en la Constitución.

Esta ilicitud admite grados, de modo que puede hablarse de ilicitud directa, inmediata, originaria o en primer grado, y de ilicitud indirecta, mediata, derivada o en segundo grado. La primera se presenta cuando la prueba es *por sí misma* contraria a algún derecho fundamental, que fue violentado durante su producción u obtención, o incluso durante su presentación en juicio. La segunda ilicitud se da cuando la prueba no es ilícita por sí misma, pero resulta *manchada* por la existencia de una *conexión* entre esa prueba y un acto violatorio de derechos fundamentales que en alguna medida le sirvió de antecedente.

Esta segunda ilicitud es resultado de la previsión que la doctrina llama “Efecto reflejo”, según la cual, la ilicitud de un acto debe trascender —verse reflejada— en todo acto que sea su consecuencia. Para Gascón Abellán, esta ilicitud significa que “también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental”. Esto se denomina “efecto dominó de la prueba ilícita”, y recoge lo que la doctrina norteamericana ha llamado la “teoría de los frutos del árbol envenenado” (*Fruit of the poisonoustree doctrine*), que expresa “la nulidad de todo aquello que trae causa de un acto nulo”.⁶

3. Prueba irregular

Visto lo anterior, la prueba irregular o ilegal queda definida por exclusión: es toda aquella que contraviene cualquier norma distinta a una de derecho fundamental. Generalmente, será aquella que incumple una previsión de legalidad ordinaria, como pueden ser las formalidades establecidas por la legislación procesal para el ofrecimiento o desahogo de pruebas, pero sin redundar de manera directa o inmediata en la vulneración a un derecho fundamental.

En esta tesitura, Rodríguez destaca que la prueba ilegal es aquella inconducente, impertinente o ineficaz, que atenta contra el principio de economía procesal por no saber si al admitirla tendrá capacidad de conocimiento.⁷ Para Martínez García, la irregularidad refiere al incumplimiento de una norma inferior a la constitución. Así, utiliza el concepto

⁶ Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, p. 59.

⁷ Rodríguez Choconta, Orlando Alfonso, *Prueba ilícita penal*, 2a. ed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 20.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

de prueba irregular “para expresar la prueba obtenida con violación de norma de rango no constitucional tanto en su obtención como en su incorporación al proceso”. Por otro lado, la “ilicitud probatoria será aplicable a aquellas cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales. Esta última prueba se encuentra prohibida”.⁸

En otras perspectivas terminológicas, diversos autores denominan esta “ilegalidad” general que ahora se comenta como “ilicitud”, entendiéndola como categoría general. Por ejemplo, Gimeno Sendra considera que la prueba ilícita es el género de prueba que infringe cualquier norma, y la “prueba prohibida” la especie caracterizada por la violación de las normas constitucionales de derechos fundamentales.⁹

4. Prueba prohibida

Se ha dicho en los puntos anteriores que la licitud o ilicitud de la prueba es una calificación resultante de aplicar ciertos parámetros normativos a las distintas dimensiones de la prueba. Estos parámetros normativos pueden expresarse como prescripciones o como prohibiciones, es decir, pueden consistir en requisitos a cumplir o en circunstancias que deben omitirse en todo caso. En función de esto, puede darse una ilicitud probatoria por defecto en el cumplimiento de una prescripción o bien por inobservancia de una prohibición. Es esta última la que da origen al concepto de “prohibición” probatoria y prueba prohibida.

Desde otra perspectiva doctrinal, la prueba prohibida es toda aquella que ha sido obtenida o producida violando una norma legal o un principio de derecho positivo, sin distinguir la jerarquía de la norma, o si pertenece al derecho sustantivo o al orden procesal.¹⁰ De este modo, tanto la prueba ilícita como la prueba irregular o ilegal pueden incluirse en esta categoría más amplia de pruebas prohibidas. En este artículo la prueba ilícita se entiende, según ya se sugirió, como aquella que al ser producida u obtenida, o durante su incorporación al proceso, resulta violatoria de un derecho fundamental, siendo indiferente si dicha

⁸ Martínez García, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 38.

⁹ Cfr. Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 1996, pp. 384 y 385.

¹⁰ Cfr. Midón, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio. Parte General*, 2a. ed., Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2007, pp. 245 y 246; Pellegrini Grinover, Ada, “Pruebas ilícitas”, *Derecho penal. Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 306.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

ilicitud es resultado del incumplimiento de una prescripción o de una prohibición.

En la doctrina alemana, según reseña Ambos, la noción dominante es la de “prohibiciones probatorias”, categoría que abarca las “prohibiciones de producción de pruebas” y las “prohibiciones de utilización de pruebas”. Las primeras, se entiende bien, regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, disponiendo interdicciones de temas, de medios y de métodos probatorios. Las prohibiciones de utilización limitan el uso en sede judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas.¹¹

5. Regla de exclusión probatoria

Actualmente, la descalificación de una prueba por ilícita tiene aparejada como consecuencia su exclusión del proceso. Así lo prevé la norma generalizada en los sistemas jurídicos de Europa y América, denominada “regla de exclusión”. Esta regla “sanciona” la ilicitud con la nulidad: dispone que toda prueba ilícita pierde valor, se vuelve nula, deja de existir para el proceso y se descarta toda posibilidad de admitirla y valorarla.

Esto es así porque en los procesos contemporáneos, la prueba está, por definición, sujeta a los parámetros y al control que fijan las normas constitucionales, particularmente las de derecho fundamental. La proscripción del “maquiavelismo” probatorio ha supuesto la superación de la indagación de la verdad a ultranza propia de un sistema procesal inquisitorio. En los modernos sistemas procesales es un axioma que la verdad procesal no puede ni debe ser investigada “a cualquier precio”.¹² La verdad descubierta o reconstruida durante el proceso debe observar también parámetros de licitud: cuando la licitud se entiende como una cualidad sustancial e indispensable de la prueba, la prueba calificada como ilícita deja de ser prueba, y ya no puede ser empleada para probar o ser prueba de ningún hecho.

Como ya se mencionó, la regla de exclusión nulifica a la prueba de ilicitud originaria, y también extiende su efecto a todas aquellas pruebas derivadas que están vinculadas con informaciones o datos producidos por la actuación ilícita originaria, en virtud del llamado efecto reflejo. El “fruto del árbol envenenado” es una imagen retórica eficaz que muestra

¹¹ Ambos, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán, fundamentación teórica y sistematización”, *Política criminal*, vol. 4, núm. 7, julio de 2009, artículo 1o., pp. 1-56.

¹² *Ibidem*, p. 8; Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, p. 133.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

con claridad lo que la extensión de la exclusión implica: la ilicitud como una ponzoña que se transmite del tronco (prueba ilícita originaria) a todo lo que cuelgue de las ramas (pruebas ilícitas derivadas).

Aunque la regla de exclusión está generalizada actualmente, según se ha dicho, su fundamento y alcances son divergentes en los distintos sistemas jurídicos. Respecto al fundamento, en algunos sistemas se le dota de estatus constitucional, ya sea explícito o implícito, mientras en otros no se ha previsto regulación legal expresa y únicamente se reconoce la regla por desarrollo jurisprudencial. Respecto a los alcances, no se impone de modo absoluto; su efectividad puede ser objeto de modulación por los distintos sistemas jurídicos, por vía de un régimen de excepciones. Esto porque, si bien la regla de exclusión está generalizada, no es la única consecuencia normativa posible para la ilicitud: los sistemas jurídicos podrían igualmente prever un régimen de admisibilidad total o parcial, o disponer procedimientos para su subsanación. Los alcances de la regla de exclusión en cada caso dependen de la forma en que esta regla “compite” con esas otras respuestas normativas, que pueden servir para perseguir otros fines procesales también legítimos.

III. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

En el sistema de EEUU, la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente tiene una larga tradición. En principio, cabe destacar que la misma ha sido creada por evolución jurisprudencial. En este desarrollo, su concepto ha variado paulatinamente, siendo posible identificar cuando menos tres nociones diversas: a) la regla como parte de la IV enmienda; b) la regla como remedio procesal; y c) la regla como principio objeto de ponderación.

La primera concepción deriva los fundamentos de la regla de exclusión de la IV enmienda¹³ o de una unión entre esta y la V enmienda.¹⁴

¹³ IV enmienda. “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

¹⁴ V enmienda. “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

El tema se discute primeramente en el caso *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886), en el cual la Corte vincula la cláusula de pesquisa y detención con el derecho de no incriminación. Tiempo después, en el caso *Weeks v. United States* 232 U. S. 383 (1914), la V enmienda se menciona, si bien la IV aparece como fundamento principal de la regla de exclusión. Finalmente, en la decisión al caso *Mapp v. Ohio* 367 U. S. 643 (1961), la Corte ratifica a la IV enmienda como el fundamento de la regla, considerando que esta exclusión de la evidencia incautada en violación de la enmienda es el “privilegio constitucional más importante del derecho a estar libre de registros e incautaciones irrazonables”, encontrando además que la regla es “una parte esencial del derecho a la privacidad” que protege la enmienda.¹⁵

La concepción de la regla de exclusión como “remedio” se fija en los casos *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974); y *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976). En el primero de ellos, la Suprema Corte estadounidense sostiene que la regla de exclusión no es con exactitud un derecho constitucional de la parte agraviada, sino que se trata de un “remedio judicial” creado para salvaguardar los derechos de la IV enmienda, a través de su efecto disuasivo (*deterrent effect*), que busca prevenir conductas ilegales de las policías. Esta concepción como “remedio” en el derecho estadounidense permite establecer, sin mayor problema de fundamentación, la legitimidad de las excepciones a la exclusión probatoria. En la misma sentencia de *US v. Calandra* también se señala que la regla de exclusión no se interpreta como una proscripción ilimitada y absoluta del uso de evidencia obtenida ilegalmente en todos los procesos o contra todas las personas, sino que al ser entendida como un mecanismo remedial, la aplicación de la regla se restringe a aquellas áreas en las que sus propósitos remediales tienen mejor efecto.¹⁶

En la segunda sentencia mencionada, caso *United States v. Janis*, se ratifica de manera rotunda esa idea, al explicitar que el principal, si no es que “el único propósito de la regla de exclusión es disuadir la comi-

o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”

¹⁵ *Mapp v. Ohio* 367 U. S. 643 (1961), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/case.html>.

¹⁶ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/case.html>.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

sión de conductas policiales ilícitas futuras”. Incluso, se reconoce la posibilidad de que las pruebas ilegales obtenidas por un nivel de gobierno, inválidas para ser usadas por este, sí puedan ser usadas en otro ámbito procesal. Se considera que la regla de exclusión no debe extenderse a prohibir el uso de evidencia obtenida ilegalmente por un agente policial de un Estado en procedimientos civiles de otro orden, en el caso el ámbito del Gobierno Federal, puesto que el efecto disuasorio buscado no es en este caso suficiente para compensar los costos sociales que impone la exclusión de la evidencia.¹⁷

Por lo que hace a la exclusión derivada, esto es, a la extensión del efecto a los frutos de la evidencia obtenida ilegalmente, la regla se precisa en los casos *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385 (1920) y *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471 (1963). En este segundo caso se recuerda que en general, la evidencia es “fruto del árbol envenenado” cuando no hubiera salido a la luz de no ser por las acciones ilegales de la policía. Las excepciones a la aplicación de la regla se presentan cuando la evidencia se hace del conocimiento del Gobierno por “una fuente independiente”, o cuando la conexión entre la conducta ilegal de la policía y la evidencia controvertida se ha atenuado de manera suficiente como para “disipar la mancha”, o bien, cuando concedido el establecimiento de la ilegalidad primaria, la evidencia objetada no ha aprovechado directamente esa ilegalidad, sino que ha surgido de otros medios suficientemente distinguibles como para ser limpiados de esa mancha primaria.¹⁸

Otros antecedentes jurisprudenciales relacionados son las decisiones en los casos *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984); y *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984). En el primer caso, se precisa la excepción de “fuente independiente”, al señalar que la regla de la exclusión no se aplica cuando la conexión entre el comportamiento ilegal de la policía y el descubrimiento e incautación de las pruebas es “tan atenuado como para disipar la mancha”, lo cual se da, por ejemplo, cuando la policía obtiene el material probatorio de una fuente independiente.¹⁹

En el caso *Nix v. Williams*, se precisa la noción de “descubrimiento inevitable” como una excepción más a la regla de exclusión, de acuerdo con la cual, las pruebas provenientes de fuente ilegal son admisibles,

¹⁷ *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/433/case.html>.

¹⁸ *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471 (1963), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>.

¹⁹ *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

cuando se encuentre que estas pruebas hubieran terminado por ser encontradas por la policía, o hubieran sido inevitablemente descubiertas, aun si no se hubiera producido ninguna violación a la disposición constitucional.²⁰

De este modo, el efecto disuasorio se traduce en una “sanción” a la actividad policial irregular. Si el propósito de la investigación policial es llevar adelante una teoría del caso incriminatoria, para hacerlo deben respetar los deberes que les impone la IV enmienda. En caso contrario, se arriesgan a trabajar *en vano*, porque si la prueba se obtiene a costa de los derechos del acusado, no importando su relevancia para la causa, será sencillamente excluida, y junto con ella sus frutos, que ya no podrán ser utilizados en ese procedimiento penal contra esa persona, con la consecuencia evidente de que sin prueba, la decisión será contraria a la pretensión punitiva y podrá suceder que sujetos eventualmente responsables queden impunes.

De la noción de la regla como “remedio” se desprende la consideración, señalada por diversos comentaristas, de que en el sistema norteamericano la exclusión de la prueba ilícita tiene finalidades pragmáticas y una consideración meramente instrumental, que no deriva ineludiblemente de la Constitución. De acuerdo al comentario de Carlos Fidalgo: “en ningún momento la Constitución de los Estados Unidos impone expresamente la opción por el régimen de exclusión, con preferencia al tradicional de admisibilidad o cualquier otro... la regla de exclusión no es una exigencia ineludible de la Constitución federal”.²¹

La generalización de la regla ha constituido la imposición de un criterio desarrollado por la Corte Federal a los poderes de los Estados de la Unión, cuya utilidad y aun su legitimidad han sido motivo de debate las últimas décadas, al grado de que, según el mismo Fidalgo, la regla ahora se mantiene sólo por “inercia”, sumida en un impasse, siendo requerida una reforma en la materia.

Una tercera noción de la regla de exclusión se formula en *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), y en la reciente *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009). En estos casos se da un viraje importante que limita la aplicabilidad de la regla de exclusión, o visto de otra manera, flexibiliza el régimen de admisibilidad de la evidencia derivada de actos ilegales.

²⁰ Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>.

²¹ Fidalgo Gallardo, Carlos, “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América”, *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, núm. 5, mayo de 2003, p. 21.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

La decisión en el primer caso mencionado introduce dos precisiones relevantes: la excepción de la “buena fe”, y la posibilidad de ponderar los fines perseguidos por la aplicación de la regla de exclusión frente a otros objetivos igualmente legítimos en el proceso, como es primordialmente la búsqueda de la verdad.

Respecto al criterio de la buena fe, según la Suprema Corte estadounidense en esta decisión, la regla de exclusión de la IV enmienda no se debe aplicar respecto a pruebas que fueron obtenidas por oficiales de policía que llevaron a cabo una actuación intrusiva con una “confianza razonable” en que estaban amparados por una orden de registro legal, que al final resultó ser inválida, como se dio en el caso de la controversia. En complemento, la decisión establece que la aplicabilidad de la sanción de exclusión como remedio judicial en un caso particular, debe determinarse mediante una ponderación de los costos y beneficios que conlleva la utilización o no de la evidencia tangible en el caso. Esto, para prevenir efectos negativos, porque “la aplicación indiscriminada de la regla de exclusión, impidiendo la función de búsqueda de la verdad del sistema de justicia penal y permitiendo que algunos acusados culpables queden en libertad, puede generar más bien falta de respeto por la ley y la administración de justicia”.²²

En síntesis, según la Corte estadounidense en este caso, la aplicación de la regla de exclusión sólo debe mantenerse cuando la evidencia deriva de una violación sustancial y deliberada a la IV enmienda; aunque siempre desde el análisis de ponderación y equilibrio mencionado. Precisamente dicho enfoque “sugiere que la regla debe ser modificada para permitir la introducción de las pruebas obtenidas por oficiales que actúan razonablemente en cumplimiento de una orden emitida por un juez independiente y neutral”.²³

Los anteriores planteamientos se revisan en *Herring v. United States*, sentencia en la cual se sostiene además la inaplicabilidad de la regla en los casos de error, cuando el registro ilegal es resultado de una negligencia atenuada. En general, de esta argumentación destaca que se niega ya toda aplicación automática de la regla, considerando que la misma debe ponderarse siempre. Con relación al arresto, claramente se señala que “el hecho de que una detención haya sido irrazonable, no necesariamente significa que deba aplicarse la regla de exclusión”, esto porque “la regla no es un derecho individual y se aplica sólo cuando su

²² United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/case.html>.

²³ *Idem*.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

efecto disuasorio es mayor que el costo sustancial que conlleva dejar en libertad a acusados culpables y posiblemente peligrosos”. No se aplica, por ejemplo, cuando el policía actuó de buena fe, guiado por información errónea. En todo caso, para activar la regla de exclusión, la conducta de la policía debe haber sido suficientemente deliberada, y suficientemente culpable, como para que la disuasión mediante la exclusión probatoria valga la pena, pues el precio de la misma lo paga el sistema de justicia. De este modo, la conducta debe ser objetivamente culpable como para requerir la exclusión; de no serlo, “los beneficios marginales que pueden derivar de la supresión de la evidencia obtenida en esas circunstancias no pueden justificar los costos sustanciales de la exclusión”.²⁴

La evolución de la regla de exclusión en los fallos de la Suprema Corte estadounidense, brevemente descrita en este apartado, revela una tendencia a la limitación de la regla frente a otros fines procesales, como es primordialmente el de la búsqueda de la verdad, indispensable para evitar que algunos culpables queden en libertad, según la preocupación manifestada de forma expresa en *United States v. Leon*. En esta línea, la progresiva limitación de la regla bien puede interpretarse como indicador del tránsito en EEUU de un régimen de exclusión, a uno de admisibilidad o cuando menos, de semi-admisibilidad de pruebas de fuente ilegal.

No está de sobra recordar que la *exclusionary rule* surgió en la jurisprudencia de la Suprema Corte de EEUU, desde la cual se extendió a otros sistemas jurídicos. Igualmente, el régimen progresivo de excepciones desarrollado por ese órgano judicial ha sido retomado en otras latitudes. De esta suerte, habrá que poner atención en la forma en que las últimas limitaciones a la regla de exclusión influyen en los tribunales en Europa y en Latinoamérica.

IV. ILICITUD DE LA PRUEBA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Fundamento constitucional y legal de la regla de exclusión*

En los sistemas jurídicos europeos, la concepción de los Estados como Estados constitucionales de derecho, en los cuales el respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales se afirman como objetivos del conjunto de la actividad institucional, obliga por principio a la interdic-

²⁴ Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009), U.S. Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

ción de toda actividad probatoria que violente los derechos de la persona y a la consecuente exclusión procesal de la prueba ilícita. En esta línea, el principio de licitud de la prueba suele tener fundamento constitucional, siendo entendido como una garantía del ámbito procesal conectada estrechamente con los derechos al debido proceso y a un juicio justo. La licitud de la actividad probatoria —y la consecuente exclusión de la prueba aquejada de ilicitud— da legitimidad al sistema de justicia, al ser pilar de un procesamiento justo.

Según señala Ambos, para el caso de la doctrina alemana, las “prohibiciones probatorias” sirven por un lado como garantía de los derechos fundamentales, pues protegen al inculcado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra; a su vez, preservan la “integridad constitucional”, particularmente en la realización de un proceso justo (*fair trial*).²⁵

De este modo, toda actividad probatoria incompatible con o lesiva de derechos fundamentales debe simplemente estimarse como contraria al orden constitucional. Como refiere Miranda Estrampes, en alusión a decisiones del Tribunal Constitucional italiano (*SSTC 34/1973* y *81/1993*), las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos son pruebas inconstitucionales.²⁶

El texto de la Constitución Española (CE) no señala expresamente el principio de licitud de la prueba y la consecuente exclusión de la prueba ilícita. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) la encargada de dar fundamento constitucional a la regla de exclusión, entendiéndola como garantía del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), a la igualdad de las partes en el proceso (artículo 14 CE), y de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento (artículo 10.1 de la CE). La jurisdicción constitucional española ha sido receptiva en sus comienzos, al admitir ampliamente la institución en su doctrina y dotarla de contenido, si bien de forma progresiva ha establecido también sus excepciones.

La regla de exclusión tiene fundamento legal expreso en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que a la letra señala: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. La disposición concretiza en norma positiva lo reconocido un poco antes en la *STC 114/1984*, que fue pionera en la recepción de la regla de inutilizabilidad de las pruebas ilícitas. La interpretación del artículo 11.1 es

²⁵ Ambos, Kai, *op. cit.*, p. 3.

²⁶ Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, p. 135.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

unánime al establecer que el dispositivo prevé también el “efecto reflejo” de exclusión de la prueba derivada, al señalar que la sanción abarca pruebas resultantes tanto de manera directa como indirecta de violaciones a derechos fundamentales.

Según reseña López Ortega, antes de 1984, ni el derecho positivo ni la jurisprudencia habían mostrado preocupación por el tema de la ilicitud de la prueba, si bien desde una década atrás diversos procesalistas se venían manifestando por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos por procedimientos reprobables, atentatorios de la dignidad de la persona. La doctrina, si bien de forma no unánime, echaba en falta la prohibición de valoración de pruebas prohibidas, con raigambre en otras jurisdicciones.²⁷ Tras la *STC 114/1984*, y la positivización de la regla en la LOPJ de 1985, la discusión se ha desarrollado en relación con el alcance del efecto excluyente, sobre el cual la jurisprudencia se ha encargado de realizar sucesivas precisiones.

2. Desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión

La jurisprudencia española sobre la exclusión de pruebas ilícitas es muy abundante. Desde la *STC 114/1984*, pionera en el asunto (seguida de las decisiones: *107/1985*, *64/1986*, *80/1991*, *85/1994*, *49/1996*, *81/1998*, entre otras), se establece la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, interdicción que se considera derivada directamente de la CE, por la colisión que la admisión de esas pruebas ilícitas entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

La referencia obligada es la paradigmática *STC 114/1984*. En su parte sustancial, esta sentencia declara que:

...constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (artículo 24.2 C.E.), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (artículo 14 C.E.), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro.²⁸

²⁷ López Ortega, Juan José, “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999, pp. 123-144.

²⁸ *STC 114/1984*, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 5.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

La licitud, como respeto a derechos fundamentales, se considera incluida en el concepto de “medios de prueba pertinentes”, esto es, se entiende como una cualidad sustancial de la prueba. En consecuencia, se tiene que nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio obtenido por vía de la ilicitud, por carecer de parte de su contenido sustantivo. Según se ha venido señalando, la descalificación de ilicitud supone que la prueba deja de serlo: ya no puede ser empleada para *probar o ser prueba de nada*.

El segundo hito en el desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión de prueba ilícita se da con la recepción de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, o del “efecto reflejo” de la ilicitud, que implica la exclusión de prueba ilícitas derivadas. En la *STC 85/1994*, la doctrina constitucional afirma por primera vez la imposibilidad de tomar en consideración pruebas obtenidas a partir de otras conseguidas por vulneración de derechos fundamentales. En su parte sustancial se reprueba la valoración de indicios obtenidos de un hecho, “del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. En el caso, la “derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida”.²⁹

La *STC 49/1996* anuda el principio de debida licitud de la prueba con la presunción de inocencia, al confirmar que para destruir esta, es “exigencia indispensable” que la sentencia condenatoria “se funde en verdaderas pruebas, practicadas en el juicio oral con las debidas garantías procesales”. Dichas pruebas “verdaderas” sólo pueden ser pruebas lícitas, dada la “prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”.³⁰ La *STC 81/1998* vincula también la licitud de la prueba con el proceso justo, señalando que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales “implica una ignorancia de las «garantías» propias del proceso... y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo» ...debe considerarse prohibida por la Constitución”.³¹

Tras el reconocimiento jurisprudencial de la garantía, la evolución del criterio ha tendido a la modulación de la efectividad de la regla de exclusión, vía el establecimiento progresivo de excepciones, destinadas a asegurar otro fin procesal también legítimo, como es la búsqueda de la

²⁹ *STC 85/1994, de 14 de marzo*, Fundamento Jurídico 4.

³⁰ *STC 49/1996, de 26 de marzo*, Fundamento Jurídico 2.

³¹ *STC 81/1998, de 2 de abril*, Fundamento Jurídico 2.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

verdad, indispensable para una decisión justa. Para Martínez García, la doctrina jurisprudencial sobre la “eficacia de la prueba refleja” nació con una vocación absoluta, fruto del momento histórico y de la necesidad de potenciar estas garantías procesales *ad extremis*. Superadas esas circunstancias, la jurisprudencia del TC ha ido relativizando la regla por vía de las excepciones, lo cual resulta razonable pues, de otra forma, también podría llegar a propiciarse un uso indebido de la figura favorable a la impunidad.³²

Ejemplo de la aplicación de la excepción de nexo causal atenuado se da en la STC 86/1995, de 6 de junio. En este asunto, el objeto del debate había sido la existencia de pruebas obtenidas gracias a una observación telefónica realizada sin correcta autorización judicial, que habían conducido a la detención de los involucrados, tras la cual uno de los sujetos había emitido declaraciones inculpativas. El TC determinó que las pruebas derivadas de la intervención de comunicaciones realizada de forma ilegal debían efectivamente considerarse excluidas, pero no así las declaraciones, que no alcanzaban a estar viciadas por la ilegalidad original. Textualmente se señala en la sentencia que:

...contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos inculpativos puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito. Pero la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención.³³

En la delimitación de los alcances de la regla de exclusión destaca la STC 81/1998, que formula la doctrina de “la conexión de antijuridicidad”, la cual condiciona la exclusión de la prueba ilícita derivada a la existencia de un vínculo no sólo causal sino también normativo, precisamente de antijuridicidad, con la fuente original de la ilicitud. Según se desarrolla en el fundamento jurídico 4o. de dicha resolución, en el caso de pruebas reflejas que sean, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas, sólo se extenderá la prohibición de valoración a estas cuando se hallen vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, pero no solamente de forma causal, sino más bien por “un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas

³² Martínez García, Elena, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

³³ STC 86/1995, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 4.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

(conexión de antijuridicidad)". La determinación de la existencia de esa conexión de antijuridicidad requiere un análisis en dos vías: desde un "punto de vista interno", analizar si por la índole y características de la vulneración del derecho originaria, su inconstitucionalidad "se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla"; y desde un punto de vista "externo", considerar "las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho" que haya sido lesionado exige. En conclusión: "sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima".³⁴

Cabe apuntar que esta teoría de la "conexión de antijuridicidad" no fue bien recibida por la doctrina. Para Gascón Abellán, la tesis pretende simplemente justificar excepciones a la regla de exclusión de la prueba derivada con una finalidad pragmática no verbalizada, misma que obedece a la existencia de una "presión social", que se manifiesta en la "tensión entre el interés en perseguir y castigar el delito y el interés en garantizar los derechos, en grave detrimento de este último".³⁵ Igualmente críticos son Díaz Cabiale y Martínez Morales, para quienes la teoría simplemente tiene como propósito restringir la garantía: "el TC decide que resulta excesivo excluir todas las pruebas ilícitas. Opta, en definitiva, por recortar el alcance de la garantía". Las complejísticas elaboraciones del TC en la STC 81/1998 son para estos autores "juegos de artificio".³⁶

En la opinión de Miranda Estrampes, lo más preocupante de este tesis es que "no actúa como una única excepción al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita", es decir, no se ciñe a un supuesto determinado, sino que prevé una aplicabilidad en todo caso: "dados los términos excesivamente vagos e imprecisos en que ha sido formulada posibilita la introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal de las más variadas excepciones". El TC, "a través de una construcción teórica excesivamente artificiosa", ha cuestionado el carácter absoluto de la eficacia refleja, como consecuencia de lo cual, los tribunales "gozan de un excesivo espacio de discrecionalidad a los efectos de constatar y apreciar la existencia de conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita y la prueba derivada. Discrecionalidad que por su amplitud ha

³⁴ STC 81/1998, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 4.

³⁵ Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, p. 68.

³⁶ Díaz Cabiale, José Antonio y Martínez Morales, Ricardo, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 2002, pp. 39-49.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

introducido, en la práctica, una excesiva dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica”.³⁷

Según el mismo Miranda, la doctrina de la conexión de antijuridicidad ha producido en el ordenamiento jurídico español un fenómeno de progresiva *desconstitucionalización* de la regla de exclusión. Esto significa que la regla ha cambiado su fundamentación, convirtiéndose en un mero remedio procesal, a la manera del *deterrent effect* de la jurisprudencia estadounidense. La consecuencia de esto es simplemente la nueva admisión de excepciones a la regla, ahora: “el T.C. ya no se va a pronunciar con un carácter absoluto acerca de la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino que va a admitir la existencia de excepciones”.³⁸

Una última decisión del TC español que requiere ser comentada en este apartado es la *STC 22/2003*, que recepta la excepción de “buena fe” formulada en la jurisprudencia estadounidense. En el asunto, conocido por la Sala Segunda, el debate era sobre la admisión de pruebas que habían sido obtenidas mediante una entrada en domicilio autorizada por un miembro de la familia, no por el titular. En lo sustancial, la sentencia determina que la regla de exclusión puede exceptuarse en el caso, pues los agentes creían actuar conforme a derecho. Textualmente, la Sala señala que en casos

...en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.³⁹

La decisión es controversial en tanto admite un supuesto en el cual, pruebas ilícitas en primer grado, obtenidas directamente de una violación a un derecho fundamental, son admisibles en proceso, lo que parece no ser del todo compatible con el mandato expreso del artículo 11.1 de la LOPJ, y aun con la interpretación constitucional anterior de la regla de exclusión. En su voto particular a la misma sentencia citada, Jiménez Sánchez opina que pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese

³⁷ Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2004, Cap. II, p. 39, <http://vlex.com/vid/consecuencias-juridico-procesales-ilicitud-243025>.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *STC 22/2003, de 10 de febrero*, Fundamento Jurídico 10.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

a la buena fe policial, objetivamente el registro produjo una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Al existir “una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola”, de esta relación “deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de “proceso justo”, sin que esto pueda ponerse en cuestión”. Por tanto, “la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías”.⁴⁰

Aunque se trata de una decisión aislada, esta admisión de la excepción de buena fe es un punto dudoso en el desarrollo jurisprudencial del TC español. Según Miranda Estrampes: “Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de la buena fe”.⁴¹

V. PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO MEXICANO

1. *Fundamento constitucional*

La exclusión de la prueba ilícita en el sistema jurídico mexicano cuenta ya con fundamento constitucional. Este reconocimiento explícito del principio es relativamente reciente, procede de la amplia reforma de 2008 en materia de principios del proceso penal, que introdujo al artículo 20, A), fracción IX de la Constitución mexicana (CPEUM), la mención expresa de que: “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. Este mandato sanciona la ilicitud por contravención de una norma de derecho fundamental, con la nulidad, que implica la pérdida del valor probatorio dentro del proceso de que se trata.

En la doctrina mexicana se ha generalizado la denominación de “prueba ilícita”, misma que se considera como aquella que se obtiene en afectación de derechos y “está prohibida por la ley, misma que no surtirá efectos de valoración por haberse obtenido directa o indirectamente violentándolos”.⁴² Esta es la prueba prohibida “por sí misma”, que “implica una limitación tanto de los datos que pueden ser susceptibles de in-

⁴⁰ *STC 22/2003, de 10 de febrero*, Voto particular, párr. 11.

⁴¹ Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, p. 39.

⁴² Polanco Braga, Elías, *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral*, México, Porrúa, 2015.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

vestigación, como de los medios que pueden ser utilizados con el fin de obtener la convicción judicial”.⁴³ Igualmente se afirma el efecto reflejo de exclusión de la prueba derivada: “una prueba ilícita contamina su licitud a las demás, por lo que la exclusión de la prueba indebidamente obtenida, produce también la eliminación de toda la prueba de ella derivada”.⁴⁴

Antes de la mencionada reforma constitucional de 2008, el principio de licitud probatoria se interpretaba en relación con los derechos al debido proceso y la garantía de audiencia del artículo 14 de la CPEUM, y naturalmente con las garantías de los derechos de inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, y protección de la persona frente a actos de molestia arbitrarios, todos ellos dispuestos en el artículo 16 de la CPEUM.

La legislación procesal reproduce el principio constitucional. El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) de 2014 considera prueba ilícita en su artículo 264: “cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad”. En diversos lugares del articulado se ratifica la regla, al señalarse que “los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente” (artículo 263) y 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 del propio Código (artículo 357).

En el nuevo diseño procesal, la nulidad ordenada por la regla de exclusión tiene consecuencia diversa según la etapa procesal de que se trate: en fase de investigación o de preparación a juicio, la exclusión supone la no admisibilidad de la prueba, mientras que en etapa de vista oral, la exclusión supone la no trascendencia de la prueba para el fallo, esto es, la completa interdicción de su valoración. Se entiende que la inadmisibilidad ha de operar como regla general: todo desahogo de prueba ilícita en juicio es indeseable en tanto implica un riesgo de “contaminación” del tribunal, y para no traducirse en violación al debido proceso, ha de suceder sólo en casos de descubrimiento tardío de la ilicitud u otra circunstancia excepcional. Según Reyes Loaeza, la exclusión se traduce en dos mecanismos: la inadmisibilidad del medio probatorio (lo cual sucederá en etapa intermedia o de calificación de pruebas), que suprime el medio “para que no sea producido en juicio y el tribunal sen-

⁴³ Benavente Chorres, Hesbert *et al.*, *Derecho procesal aplicado*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 135.

⁴⁴ Urosa Ramírez, Gerardo Armando, *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, Porrúa, 2013, p. 88.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

tenciante no se contamine con información derivada de una ilicitud”; y el mecanismo de “no valoración”, que se presenta cuando por cualquier circunstancia la prueba ilícita ha sido admitida al debate, y como el tribunal de juicio no cuenta con facultades para excluirla, “al momento de realizar la valoración respectiva se haría el pronunciamiento de que dicha prueba no será valorada”.⁴⁵

De este modo, el derecho mexicano se inscribe en la línea de protección más robusta a los derechos fundamentales, al dar base constitucional a la prohibición de la prueba ilícita y su respectiva regla de exclusión.

2. Exclusión de prueba ilícita en la jurisprudencia

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia la Nación ha establecido en jurisprudencia que 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. Según el Tribunal: “si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida”.⁴⁶

Según se aprecia, esta jurisprudencia parece anudar la misma consecuencia de exclusión e invalidez, tanto a la prueba violatoria del texto constitucional, como a la que contraviene una disposición de legalidad ordinaria.

La misma Primera Sala precisa la anterior idea en la tesis consecutiva, al señalar que las pruebas en el procedimiento penal deben nulificarse cuando la norma transgredida establezca: garantías procesales, la forma en que se practica la diligencia, o bien derechos sustantivos en favor de la persona. La misma jurisprudencia recoge el efecto derivado de la regla de exclusión, señalando que: “las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales”.⁴⁷

⁴⁵ Reyes Loeza, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial*, México, Porrúa, 2012, pp. 21 y 22.

⁴⁶ “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”. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 139/2011.

⁴⁷ “PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA”. Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 140/2011.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

En el nivel jurisdiccional inferior, la jurisprudencia de Tribunales Colegiados de Circuito ha afirmado que la prohibición o exclusión de la prueba ilícita es “un derecho fundamental que asiste al inculpado durante todo el proceso”, vinculado a los derechos al debido proceso, a la imparcialidad de los jueces y a una defensa adecuada.⁴⁸

El desarrollo jurisprudencial en México de eventuales excepciones o limitaciones al alcance de la regla de exclusión probatoria es escaso, aunque sin duda previsible. Destaca en la misma tesis jurisprudencial mencionada en el párrafo anterior una referencia a “la teoría del vínculo o nexo causal atenuado”. En el entendimiento jurisprudencial de esta doctrina —derivada de un caso de segunda declaración lícita relacionada con una declaración inicial ilícita—, se autoriza a que el órgano decisor lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, ponderando en cada caso en particular si el vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada es tenue o débil. Si esa “conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente”.⁴⁹

VI. CONCLUSIONES

La licitud o ilicitud de la prueba es una cualidad que depende del cumplimiento o no de un parámetro normativo previsto en una norma de derecho fundamental. La prueba ilícita es aquella que en alguna de sus dimensiones, al ser producida u obtenida, o durante su incorporación al proceso, conlleva una violación a un derecho fundamental.

La prueba ilícita puede serlo de forma directa o de forma derivada. De forma directa o inmediata, cuando fue por sí misma contraria a algún derecho fundamental. De forma indirecta o mediata, cuando por sí misma es lícita, pero está conectada con un acto violatorio de derechos fundamentales que le sirvió de antecedente y sin el cual no habría podido producirse. Esto último constituye la ilicitud por efecto reflejo. El efecto generalizado de la ilicitud de una prueba es su nulidad e inexistencia para el proceso, según la regla de exclusión. Esta exclusión sanciona tanto a las pruebas de ilicitud originaria, como a las pruebas que derivan de aquellas.

⁴⁸ PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INculpADO. Tesis de Jurisprudencia I.9o.P. J/12.

⁴⁹ *Idem*.

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

Tanto la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente como el alcance reflejo en las pruebas de ilicitud derivada son reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU. El concepto y fundamento de la regla de exclusión ha transitado por tres enfoques diversos, siendo entendido en principio como parte sustancial de la IV enmienda, después como remedio procesal fundamentado en su efecto disuasivo, y más recientemente como norma sujeta a valoración, que dado su costo para el sistema de justicia, su aplicación debe ser ponderada en todo caso. La progresiva limitación de la regla de exclusión en los fallos de la Corte estadounidense, bien puede sugerir su sustitución futura por un régimen de admisibilidad de pruebas ilícitas.

En los sistemas jurídicos europeos, la prohibición de la admisión y valoración de pruebas ilícitas deviene de la posición preponderante de los derechos fundamentales, cuyo respeto, protección y promoción se afirman como objetivos prioritarios de la acción estatal. La exclusión de la prueba en estos contextos se conecta estrechamente con las garantías de los derechos al debido proceso y a un juicio justo.

En el derecho español, la regla de exclusión ha sido creada y limitada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En dos décadas, los fallos de este Tribunal han transitado del reconocimiento expreso de la regla (1984) y de su alcance reflejo (1994), a su progresiva modulación vía el establecimiento de excepciones, de las que destacan la doctrina general de la conexión de antijuridicidad (1998) y finalmente la recepción de la excepción de buena fe (2003) en un fallo aislado controversial.

La exclusión de la prueba ilícita en el sistema jurídico mexicano tiene fundamento constitucional reciente, derivado del tránsito al sistema acusatorio iniciado en 2008. El derecho mexicano se ha inscrito en la línea de protección más robusta a los derechos fundamentales, al dar base constitucional a la prohibición de la prueba ilícita y su respectiva regla de exclusión. El desarrollo jurisprudencial de excepciones o limitaciones al alcance de la regla de exclusión probatoria es aún escaso, aunque sin duda es previsible que los tribunales sigan esa línea como en otras latitudes.

Las excepciones a la regla de exclusión son previsiones normativas que autorizan la admisibilidad en el proceso y la valoración en la sentencia de pruebas afectadas de ilicitud. La fundamentación de estas excepciones puede darse por dos vías. Desde la perspectiva de la jurisprudencia estadounidense, las excepciones son aplicables cuando la exclusión de la prueba no genera ningún efecto disuasorio. Desde la perspectiva del fundamento constitucional, la excepción tiene que perseguir un fin procesal legítimo, que según el caso concreto ha de pon-

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

derarse frente al derecho fundamental vulnerado. Ese fin procesal no es otro que la búsqueda de la verdad, indispensable para una decisión equitativa y para evitar la impunidad debida a defectos o insuficiencias de prueba. Puede considerarse que el conjunto de excepciones a la regla de exclusión integran un régimen de semi-admisibilidad de la prueba ilícita, que “compite” con la aplicación estricta de la regla de exclusión. Este régimen tiene como propósito fundamental mantener en el proceso los objetos necesarios para establecer el *thema probandum*.

El reconocimiento incondicionado de la regla de exclusión de la prueba ilícita significó el punto máximo en la trayectoria desde la indagación inquisitorial hacia el establecimiento de un proceso respetuoso de todas las garantías del imputado. A partir de dicho reconocimiento, se ha producido un cambio de dirección, en el cual los propósitos de obtener la verdad de los hechos y evitar la impunidad por defecto de prueba se están asumiendo como brújula de los tribunales. La preocupación es que ese viraje conduzca finalmente al abandono de la regla de exclusión, en favor de un régimen de admisibilidad o de semi-admisibilidad de pruebas ilícitas que, al menos en teoría, parece incompatible con el papel primado de las normas de derechos fundamentales en los Estados constitucionales contemporáneos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “La prueba ilícita. Asunto Casablanca”, *Revista Criminalia*, año LXXI, núm. 3, septiembre-diciembre 2005.
- , “Naturaleza, función y ámbitos de actuación en la etapa intermedia del juez de control”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, 2010.
- AMBOS, Kai, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, *Política criminal*, vol. 4, núm. 7, julio de 2009.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert *et al.*, *Derecho procesal aplicado*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 2002.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos, “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América”, *Tribuna-*

PRUEBA ILÍCITA: REGLA DE EXCLUSIÓN Y CASOS DE ADMISIBILIDAD

les de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal, núm. 5, mayo 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

GIMENO SENDRA, Vicente *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 1996.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999.

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

MIDÓN, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio. Parte General*, 2a. ed., Mendoza, Eds. Jurídicas Cuyo, 2007.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, mayo 2010.

———, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2004, <http://vlex.com/vid/consecuencias-juridico-procesales-ilicitud-243025>.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Pruebas ilícitas”, *Derecho penal. Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral*, México, Porrúa, 2015.

REYES LOAEZA, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial*, México, Porrúa, 2012.

RODRÍGUEZ CHOCONTA, Orlando Alfonso, *Prueba ilícita penal*, 2a. ed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, Porrúa, 2013.