

**“LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO  
(PRUEBA ILÍCITA; EFICACIA Y VALORACIÓN)”**

**ÍNDICE GENERAL**

**1. JUSTIFICACIÓN.**

**2. LA PRUEBA**

2. De la prueba.

2.1. Concepto.

2.2. Objeto.

2.3. Función de la Prueba (Necesidad).

**3. PRUEBA ILÍCITA**

3.1. La regla de Exclusión de la Prueba ilícita.

3.2 Alcance de la Regla de Exclusión: El Efecto Reflejo o La Prueba ilícita Indirecta.

3.3. Fundamento Jurídico de la Regla de Exclusión.

3.4.Excepciones a la Regla de Exclusión.

3.4.1. Excepción de la Fuente Independiente.

3.4.2. Vínculo atenuado o Nexo Causal Atenuado.

3.4.3. Excepciones del descubrimiento Independiente y del descubrimiento inevitable.

3.4.4. Excepción de la Buena Fe.

3.5. La Tesis Española de la Conexidad de Antijuridicidad.

3.6. Doctrina del Entorno Jurídico y del Principio de Proporcionalidad.

**4. EFICACIA PROBATORIA DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES**

4.1. Prueba Preconstituída.

- 4.2. Prueba Anticipada.
- 4.3. Procedimiento Abreviado.
- 4.4. Procedimiento Simplificado.
- 4.5. Suspensión Condicional del Procedimiento.

## **5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

- 5.1. Sistema Tasado o de la prueba legal.
- 5.2. Sistema de libre valoración de la prueba.

## **6. CARGA DE LA PRUEBA**

- 6.1. Pruebas de oficio.

## **FUENTES DE INVESTIGACIÓN.**

## **1. JUSTIFICACIÓN.<sup>1</sup>**

Dos reformas trascendentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen en la época moderna un replanteamiento en la forma de pensar, decir y hacer en el derecho procesal penal. La primera, de dieciocho de junio de dos mil ocho, a los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo. Mediante la cual se estableció un sistema procesal penal acusatorio y oral, bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, sobre la base del principio de presunción de inocencia, que entrará en vigor, conforme al transitorio segundo de la reforma, cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto.

La segunda de las reformas, de diez de junio de dos mil once, al artículo 1º, en el que se introduce el tema de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales, del cual gozaran todas las personas; así como de las garantías para su protección que se interpretaran de conformidad con esos instrumento legales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, dando lugar, como obligación del Estado, al principio de tutela efectiva en cuanto, en el ámbito de la competencia de todas las autoridades, deben promover, respetar y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a fin de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los Derechos Humanos.

En el tema de la reforma procesal penal, armonizada con la reforma de tutela de los Derechos Humanos, ambas encuentran su fundamento en la Constitución y en los Tratados Internacionales en que el Estado Mexicano es parte, para conformar en el sistema judicial, específicamente en el derecho de acceso a la justicia penal, el bloque de constitucionalidad.

Dos instrumentos internacionales resultan importantes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que en sus artículos 14 y 8, respectivamente, establecen como derechos vinculados al derecho penal y garantías judiciales a favor del imputado: ser oído públicamente por un tribunal competente; autonomía, independencia e imparcialidad judicial; presunción de inocencia; plena igualdad en reconocer la naturaleza y causa de la

---

<sup>1</sup> El autor Miguel Ángel Aguilar López actualmente es Magistrado de Circuito y Profesor de Posgrado. El trabajo lo realizó en colaboración con la Lic. Elizabeth Franco Cervantes, Secretaria de Tribunal.

imputación; disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; ser juzgado sin dilaciones; estar presente en el proceso y se le nombre defensor de oficio gratuito; interrogar a los testigos; contar con interprete; no declarar en su contra; interponer los recursos; no ser juzgado nuevamente por los mismos hechos; y, ser juzgado en audiencia pública. Las cuales constituyen, derechos y garantías, que preservan el debido proceso.

La propuesta del nuevo enjuiciamiento penal pretende cimentar condiciones de confiabilidad y transparencia, cerrar espacios a la impunidad y garantizar a favor de los gobernados el derecho de acceso a la justicia en el que se respeten y tutelen los Derechos Humanos del imputado, víctima u ofendido del delito, así como de todos aquellos que concurran al proceso. En el contexto internacional, se han desarrollado sobre el tema, en la práctica judicial diversas garantías, que en la exposición de las reformas constitucionales, se aluden, entre otras: imparcialidad judicial; igualdad ante la ley; carga de la prueba del acusador; fundamentación, motivación e interpretación judicial conforme a la justicia; y, prohibición de comunicación ex parte; principios todos recogidos en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

Dentro de los objetivos de la reforma procesal penal se encuentra la oralidad en el desahogo de las audiencias, así como los principios de contradicción e inmediación en la configuración de las pruebas, con ello, se garantiza la transparencia y publicidad en cada etapa procesal, a fin de lograr la confiabilidad y legitimación del sistema. Las partes: imputado, ministerio público, víctima u ofendido, tendrán comunicación directa con el juzgador, sin que el juez pueda recibir a una de ellas sin que esté presente la otra (artículo 20, Apartado A, fracción VI, de la Constitución Federal)..

Asimismo, el seis de junio de dos mil once, se publicó el decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, una reforma sustancial al juicio de amparo instrumento adjetivo de tutela de los derechos humanos, en los que se encuentra el debido proceso a través del sistema acusatorio, mediante el cual los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite, entre otros supuestos, por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los Derechos Humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (artículo 103, fracción I).

Si a ello se abona el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, el cuatro de octubre de dos mil once, decretada por acuerdo del Tribunal Pleno de veintinueve de agosto de ese año, con fundamento en la reforma constitucional en materia de amparo y del requerimiento de la nueva realidad constitucional, conforme a lo expuesto por el Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Juan N. Silva Meza, obliga a los jueces mexicanos a una nueva visión renovada del régimen de protección de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, que debe de interpretarse conforme al control de convencionalidad; por ello, los tribunales federales deben ser accesibles, más cercanos a la sociedad, que se rijan fundamentalmente por una lógica de derechos; nuevas habilidades; apertura de mente, aprendizaje y actualización constante; sensibilidad y compromiso social renovados; son las exigencias que la reforma impone a los juzgadores federales.

En el contexto ideológico de las reformas constitucionales y en una nueva perspectiva interpretativa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al desentrañar el sentido del artículo primero Constitucional reformado, en el tema de control de convencionalidad ex officio en el modelo de control difuso de constitucionalidad, estableció jurisprudencialmente, el marco dentro del cual debe de realizarse:

- 1) Los jueces están obligados a preferir los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior;
- 2) Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y tratados (como sí procede en el control directo);
- 3) Sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores, dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los Tratados relativos a los Derechos Humanos.

Temas de Derechos Humanos son los que ahora nos ocupan en la función judicial: bloque de constitucionalidad; control de convencionalidad ex officio; principio *pro hominie*; y, tutela efectiva del estado, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El sistema acusatorio procesal penal y el juicio de amparo, así como el inicio de la Décima Época, son instrumentos para el juzgador a fin de interpretar en su conjunto las reformas constitucionales, en sus vertientes filosóficas (ideológicas), sociológicas y científicas, con ello desentrañar el real y verdadero sentido del discurso reformador, que incide en las estructuras jurídicas de nuestra sociedad, por ello, la necesidad en la capacitación, formación y educación de los juristas de nuestro país.

El derecho al debido proceso se encuentra regulado en el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional, conjuntamente con el de exacta aplicación de la ley en esa materia, que se contiene en el párrafo tercero del mismo ordenamiento legal, constituyen los pilares de la materia. En el tema del debido proceso, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido puntualmente que esta se satisface en cuanto se cumplan a favor del imputado los siguientes derechos:

- a) Se le haga saber, en el inicio procesal la naturaleza y causa de la acusación;
- b) Ofrecer pruebas y auxiliarle judicialmente en su desahogo, a fin de conformar el contradictorio y enervar el ejercicio de su defensa adecuada;
- c) El dictado de la sentencia que resuelva la controversia, que satisfaga los requisitos de forma y fondo (congruencia, motivación y exhaustividad); y,
- d) El derecho a interponer los recursos.

Tal como se desprende de la siguiente tesis de jurisprudencia P./J. 47/95 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de texto y rubro siguiente:

***“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.***  
*La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.<sup>2</sup>*

Igualmente cobra aplicación la tesis de jurisprudencia 650, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de datos siguientes:

---

<sup>2</sup>Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 133, Tomo II, Diciembre de 1995, Materia Constitucional-Común.

**“PROCEDIMIENTO, FORMALIDADES DEL.** *No se violan las reglas del procedimiento penal, si se cumplen debidamente las fases procesales relativas, es decir, que con posterioridad a la consignación el juez reciba al indiciado su declaración preparatoria con las formalidades de Ley, dicte auto de término constitucional y desahogue las pruebas ofrecidas durante la instrucción; que celebrada la audiencia de derecho, previa acusación del Ministerio Público se dicte la sentencia correspondiente y que interpuesto recurso de apelación, se tramite conforme a la Ley y se resuelva, analizando los agravios expresados.”<sup>3</sup>*

El debido proceso se armoniza, conforme a la reiteración judicial, con los derechos concomitantes de exacta aplicación de la pena, defensa adecuada; presunción de inocencia; no retroactividad de la ley en perjuicio; *non reformatio in peius*; *exacta aplicación de la ley penal, ne bis in idem e, in dubio pro reo*.

La reforma procesal penal, tiene dos vertientes, por un lado, el establecimiento de un sistema acusatorio y oral para la delincuencia común; por el otro, para la delincuencia organizada, un derecho especial (derecho penal contra el enemigo).

En los artículos 16, 18, 19, 20 y 22 constitucionales reformados, en cuanto al tema de delincuencia organizada se destaca:

a) La figura del arraigo, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16 párrafo séptimo).

b) Concepto de delincuencia organizada, la cual se entiende como una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia (artículo 16 párrafo octavo).

c) En tratándose de delincuencia organizada la retención del Ministerio Público podrá duplicarse las cuarenta y ocho horas con las que cuenta para ordenar la libertad o poner al indiciado a disposición de la autoridad judicial (artículo 16 párrafo noveno).

---

<sup>3</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 388, Tomo VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Materia Penal.

d) No aplicación expresa de compurgar su pena en los centros penitenciarios más próximos a su domicilio (artículo 18 párrafo octavo).

e) Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinaran centros especiales (artículo 18 párrafo noveno).

f) Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos (artículo 18 párrafo noveno).

g) Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso el inculpadado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal (artículo 19 párrafo séptimo).

h) Se acota su garantía de defensa a virtud de que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador (artículo 20, inciso B, fracción III).

i) Beneficios en su carácter de inculpadado, procesado o sentenciado cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en esa materia (artículo 20, inciso B, fracción III, párrafo segundo).

j) Las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpadado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra (artículo 20, inciso B, fracción V, párrafo segundo).

k) No se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de aquellos cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En cuyo caso se requiere de un procedimiento jurisdiccional y autónomo del de materia penal, respecto de bienes:

1) Instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

2) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que haya sido utilizado o destinado a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del número anterior.

3) Los que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

4) Que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño artículo 22, párrafo segundo, fracciones I y II, incisos a), b), c) y d).

Al actualizar en el texto constitucional figuras como el arraigo, duplicar los plazos de la detención para efectuar las investigaciones preliminares por el agente del Ministerio Público, que en muchas ocasiones permanecen incomunicados o son objeto de golpes o de medidas peores como la corrupción de las instituciones investigadoras<sup>4</sup>, mantener en reserva el nombre del acusador, o a introducir válidamente en el juicio oral pruebas anticipadas, ante el temor de que la delincuencia organizada atente contra víctimas o testigos de cargo (testigos protegidos) en una franca reducción de las garantías constitucionales de dichos sujetos que cometan delitos previstos en la ley de la materia o que pertenezcan a células del narcotráfico; así la excepcionalidad bajo la estimación de que ante problemas excepcionales, soluciones excepcionales.

Asimismo, entre otros objetivos, se establece un sistema integral de garantías, tanto de la víctima como del imputado, así como una serie de principios generales que deberán regir todo proceso penal.

---

<sup>4</sup> Un signo especialmente significativo para la identificación del derecho penal del enemigo, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales del imputado, la exigencia de la veracidad en el procedimiento, la reducción de las exigencias de la licitud y admisibilidad de la prueba, medidas de intervención de comunicaciones privadas, de investigación clandestina, de incomunicación, de ampliar los plazos de detención con “fines investigadores” y el uso de la tortura, ponen en entredicho, la presunción de inocencia. Cfr. **GRACIA MARTÍN**, Luis, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo, en Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. I, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 1058. En el artículo 268 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la detención en casos de delito flagrante es de cuarenta y ocho horas, para que el Ministerio Público determine ejercer acción penal o dejar en libertad con reservas de ley al inculcado, pero en tratándose de delincuencia organizada, el plazo de la detención se puede duplicar.

La exposición precedente nos permite destacar la importancia del tema de la prueba en el sistema acusatorio, que conforme a los artículos 16 Y 19 constitucionales reformados, como requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y el auto de vinculación al proceso, se exige precisar los **datos** que establezcan que se ha cometido el hecho delictuoso y que exista la posibilidad de que el indiciado cometió o participó en su comisión. La obligación a que se refiere el artículo 17 de que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deben ser explicadas en audiencia pública, previa citación de las partes. El artículo 20, establece los principios cobra en nuestro tema importancia dimensional, ya que establece los principios en que se sustenta el sistema procesal acusatorio y oral. Especifica sus principios generales en sus diversas fracciones del apartado A, en los siguientes términos:

- I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen **(objeto de la prueba)**;
- II. 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 **(principio de inmediación y libre valoración probatoria)**;
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se consideraran como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en audiencia del juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo **(Valor de la Prueba Desahogada en Juicio Oral y Excepciones)**;
- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente **(Principio de Juez Imparcial)**. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública, contradictoria y oral;
- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal **(Carga de la Prueba Órgano Acusador)**. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente **(Igualdad de Armas)**;
- VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes, sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución **(Principio de Imparcialidad y contradicción)**;
- VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con

conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad **(Formas Anticipadas de Terminación del Procedimiento)**;

- VIII. El juez solo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado **(Íntima Convicción)**;
- IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula **(Prueba Ilícita)**, y
- X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

La argumentación judicial consiste en expresar la justificación lógica-racional de la idea que se tiene para resolver el problema, en la construcción del silogismo, método interpretativo, a fin de desentrañar las diversas fracciones del apartado A de artículo 20 en cita, se debe partir de la premisa mayor, en el tema de la prueba, del contenido normativo. En síntesis se desprende que la prueba tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos; el principio de inmediación (presencia del juez en las audiencias); sistema de libre valoración probatoria, bajo máximas de la experiencia, reglas de la lógica y principios científicos. Sólo tiene el carácter de prueba la desahogada en juicio oral, salvo prueba anticipada. Principio de Imparcialidad Judicial; la prueba se desarrollara de manera pública, contradictoria y oral; la carga de la prueba radica en el órgano acusador bajo el principio de Igualdad de Armas; y posibilidad de terminación anticipada de los procedimientos ante la figura de la conformidad del imputado (procedimiento abreviado, simplificado y suspensión condicional del proceso) y a que se le otorgue conforme a la ley los beneficios por esa aceptación; la condena debe sustentarse en la plena convicción de culpabilidad; y, el juez deberá declarar nula, por ser ilícita, cualquier prueba obtenida con violación a los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en Tratados internacionales.

Contenidos que hacen necesario estudiar el marco normativo, jurisprudencial y doctrinal de la prueba en el sistema acusatorio y oral. Por lo que resulta interesante, adminicular ese estudio, con los derechos que en favor del imputado consagra el apartado B del mismo ordenamiento legal:

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad, mediante sentencia emitida por el juez de la causa;
- II. A declarar o guardar silencio. Desde el momento de su detención, se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su

perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

- III. A que se le informe, tanto al momento de su detención, como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del imputado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

- IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndose el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas, cuyo testimonio solicite en términos que señale la ley;

- V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

- VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de ese momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

- VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de cuatro años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;
- VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado después de ser requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,
- IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causas de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de la pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

En síntesis, en el tema relativo a la prueba, a favor del imputado, conforme al apartado y fracciones transcritas se garantizan los derechos de presunción de inocencia, no autoincriminación, prohibición de tortura, incomunicación e intimidación; valor probatorio de la confesión; conocer la imputación (excepción en Delincuencia Organizada al existir reserva en el nombre y datos del acusador) y beneficios para quien aporte ayuda eficaz; principio de admisión de las pruebas (pertinencia y que no sean contrarias a derecho); ser juzgado en audiencia pública; valor probatorio de la prueba desahogada en investigación en caso de Delincuencia Organizada; defensa adecuada (defensa técnica o formal por un defensor).

En el diverso apartado C, de los derechos de la víctima o del ofendido, en sus diversas fracciones, se establecen: recibir asesoría jurídica (fracción I); coadyuvar con el Ministerio Público, por lo que tendrá derecho a que se le reciba todos los datos o elementos de prueba con los que cuenta, tanto en la investigación como en el proceso (conforme al Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales es parte procesal y además es acusador privado), a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el ministerio

público considere que no es necesario el desarrollo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa (fracción II); recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia (fracción III); que se le repare el daño (fracción IV); al resguardo de su identidad (fracción V); solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos (fracción VI); e, impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño (fracción VII).

La prueba en el Sistema Acusatorio en materia federal debe estudiarse en su marco constitucional y ante la falta de legislación secundaria debe hacerse en el Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en la gaceta parlamentaria el veintidós de septiembre de dos mil once, así como en su dictamen de modificación que en la exposición de motivos regula las disposiciones para la observancia de los principios rectores del nuevo modelo procesal, al mismo tiempo, se definen las reglas que regirán el procedimiento penal bajo la esencia del concepto de debido proceso. Así, se plantea el desarrollo de las tres etapas procesales: la de investigación inicial; la del proceso, que comprende las siguientes fases:

- a) La de control previo;
- b) La de investigación formalizada;
- c) La intermedia o de preparación de juicio oral;
- d) La de juicio oral, y
- e) La de segunda instancia.

Conforme a la exposición de motivos, una de las características del sistema acusatorio, es diferenciar el estándar probatorio en función de las etapas en la secuela procedimental, de esta forma no será el mismo estándar de prueba necesario para etapas donde se discuten cuestiones preliminares a la del juicio oral. Se ejemplifica que no será el mismo estándar que se requiera para la vinculación a proceso que para una sentencia definitiva. Esto es así:

- a) La acción penal debe respaldarse en los datos de prueba recabados y aportados o incorporados a la causa en sus diferentes etapas;
- b) El dato de prueba, está referido al contenido de un determinado medio de prueba, aun no desahogado ante el juez del juicio oral, pero que se advierte idóneo, pertinente y suficiente para establecer, con base en él y de acuerdo con las reglas de la lógica, los conocimientos

- científicos y las máximas de la experiencia, que se ha cometido un hecho que la ley señal como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión;
- c) Se prevé la utilización de datos de prueba para medidas cautelares; formas de terminación anticipada, como el procedimiento abreviado y el simplificado; así como para todos aquellos que implique audiencias preliminares;
  - d) Los datos de prueba adquieren la calidad de pruebas, sólo hasta su desahogo en audiencia de juicio;
  - e) Los datos de prueba, en el juicio oral, no podrán tomarse en consideración para sentenciar a persona alguna, tampoco tendrán valor, esos datos o la prueba cuando fueron obtenidos mediante amenazas o violaciones a los derechos humanos.
  - f) Por medios de prueba se entiende la declaración del imputado, la testimonial, la pericial, la documental, y cualquier otro medio técnico científico, siempre que sea conducente y no sea contraria a derecho. Los datos de prueba y las pruebas propiamente dichas tendrán pertinencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos, por ello el juez, podrá limitar su aceptación y desahogo.

En cuanto a la valoración de la prueba, como quedó transcrito en el artículo 20 constitucional reformado, implícitamente se eliminó el sistema de la prueba tasada, para adoptarse el de la libre apreciación de manera libre y lógica (fracción II, del apartado A). El juez tendrá la obligación de fundamentar su decisión y para ello, de manera explícita, deberá dar las razones que la ha motivado sobre la aplicación estricta de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de las experiencias, a la luz de la sana crítica. Se estimó necesario buscar el equilibrio entre la eliminación de la valoración tasada y la libertad ilimitada del juez, el respeto a la libertad del juzgador para valorar las pruebas, se torna en criterios de racionalidad que dan lugar a esa libertad, ya que se obliga al juez a razonar fundadamente sus razones. La experiencia desarrolla criterios generales que son aceptados para valorar casos posteriores, constituye conclusiones respecto de prácticas reiteradas para apreciar los medios de prueba.

El juzgador debe respetar las leyes del pensamiento al valorar la prueba, por ende, los errores de la lógica constituirían agravio en el recurso interpuesto en el tema relativo a la motivación, en el análisis, de la prueba (artículo 570 del proyecto).

El tema de la licitud probatoria requiere que los datos y las pruebas deben ser obtenidas, producidos y reproducidos por medios lícitos, asimismo, no tendrá valor alguno la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los Derechos Humanos de las Personas (artículo 291 del Proyecto).

El artículo 292 del Proyecto regula la nulidad de la prueba ilícita, señala que cualquier dato o prueba obtenida con violación a los Derechos Humanos será nula. Sin embargo, no se considerará violatoria de Derechos Humanos aquel dato o prueba que cubra con cualquiera de los siguientes requisitos:

- I. Provenzan de una *fente independiente*;
- II. Exista un *vínculo atenuado*; o,
- III. Su *descubrimiento sea inevitable*.

Se regula la institución de la prueba anticipada (en los artículos 348, 349, 350, 351, 352 y 353 del Proyecto), cuya práctica deberá hacerse hasta antes de la celebración de la audiencia del juicio oral ante el juez de control.

En el sistema procesal penal se podrá ofrecer cualquier medio de prueba, incluso los generados por medios informativos, telemáticos, electrónicos, ópticos o que sean producto de cualquier otra tecnología. Deben ser pertinentes conforme al criterio de la autoridad jurisdiccional. Se establecen las reglas respecto a las actuaciones de peritos, testigos e intérpretes, se regulan los interrogatorios y contrainterrogatorios, la objeción de preguntas, la nueva comparecencia, la impugnación de credibilidad del testigo, el desarrollo de los medios de prueba por lecturas, la lecturas para apoyo de memoria en la audiencia de debate y el desarrollo del juicio de la declaración del imputado (artículos 289, 290, 292, 294, 354 a 401 del Proyecto).

En la fase intermedia (artículo 401 del Proyecto), en el auto de apertura a juicio, podrán establecerse los acuerdos probatorios a los que llegaron las partes y los medios de prueba que deberán desahogarse en la audiencia del juicio, incluso, la prueba anticipada. Es en el juicio oral en donde el juez debe dictar sentencia con base en las pruebas o argumentos desahogados en forma directa por las partes en su presencia, a excepción del caso de la prueba anticipada, en la audiencia del juicio, se desahogan todas las pruebas y se decide sobre las cuestiones esenciales del proceso (artículos 446 a 469, del Proyecto)

En este contexto, el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, conforme a su exposición de motivos, tiene por objeto la observancia de los principios rectores del sistema acusatorio y oral. Es necesario para los operadores del sistema, debe ser desentrañado a través de la reformas constitucionales que dieron origen al principio así como al establecimiento de los Derechos Humanos y la Ley de Amparo, hermenéuticamente, con la nueva jurisprudencia que regula la Décima Época; el derecho comparado y la doctrina nacional y extranjera, también son necesarios, a fin de brindar a los gobernados el acceso a la justicia penal de manera eficaz, eficiente y respetuosa de los Derechos Humanos, específicamente a la dignidad humana en armonía o equilibrio, con respuesta eficaz del Estado en el combate a la criminalidad, en el no a la impunidad. Justificación más que suficiente para abordar el tema total de la prueba en el nuevo sistema.

## ***2. DE LA PRUEBA***

Los juristas están de acuerdo en que la prueba tiene protagonismo central en el proceso; es en el campo probatorio, donde se establecen los temas más álgidos en materia penal, la certeza de la culpabilidad o inocencia del imputado, ha de estar sustentado en pruebas. Conectores que racionalmente sirven para alcanzar el convencimiento sobre la certeza de un hecho, y su adecuación a la descripción típica (principio de tipicidad); de ahí la exigencia de que existan pruebas suficientemente aportadas por la acusación, para que pueda dictarse la resolución condenatoria. Además, al ser la prueba la vinculación que el juzgador tiene respecto del conocimiento de los hechos que debe valorar conforme a las máximas de la experiencia que posee con base en su formación especial, donde se debe imponer la absolución del inculpaado si la prueba no queda suficientemente demostrada. Características propias de un sistema judicial acusatorio.

Así, se enaltece que la eficiencia o deficiencia en el proceso penal puede válidamente calificarse en la forma de valorar la prueba, en la proposición jurídica que adopte el órgano jurisdiccional, cuya arma fundamental es la racionalidad donde se refleja la actividad que puede prosperar en argumento lógico. Probar es efectuar una traslación de un hecho al reproducirlo históricamente, de ahí que el juez

sea comparado con un historiador, pues finalmente se relatan hechos pretéritos, se sigue a su fijación para confrontarlos y obtener la certidumbre sobre los mismos, esto es la corroboración para reducir el margen de probabilidad.

### **CONCEPTO, OBJETO Y NECESIDAD.**

#### **2.1. CONCEPTO**

La prueba se define por Ángel Martínez Pineda como: *el “examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita (...). Es esencialmente indestructible, porque se funda en premisas que dan firmeza y solidez al silogismo, al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica”.*<sup>5</sup>

Acorde con el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales. La prueba se conceptualiza de la siguiente manera:

#### *“Artículo 365. Prueba*

*Prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho ingresado legalmente al proceso a través de un medio de prueba en la audiencia de juicio oral y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, que sirve al juez como elemento de juicio para los efectos indicados.*

En tanto que, el concepto que se sugirió en el dictamen de modificación fue:

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995, p. 5.

**“Artículo 364. Prueba**

***Prueba es cualquier elemento con aptitud para conducir al conocimiento probable o cierto respecto de un hecho y que haya sido producido, admitido e incorporado al juicio oral con observancia de las reglas previstas en este Código” (...)***”.

Al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretó el principio de contradicción en los siguientes términos:

**“SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.** *Del primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se advierte que el sistema procesal penal acusatorio y oral se sustenta en el principio de contradicción que contiene, en favor de las partes, el derecho a tener acceso directo a todos los datos que obran en el legajo o carpeta de la investigación llevada por el Ministerio Público (exceptuando los expresamente establecidos en la ley) y a los ofrecidos por el imputado y su defensor para controvertirlos; participar en la audiencia pública en que se incorporen y desahoguen, presentando, en su caso, versiones opuestas e interpretaciones de los resultados de dichas diligencias; y, controvertirlos, o bien, hacer las aclaraciones que estimen pertinentes, de manera que tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, puedan participar activamente inclusive en el examen directo de las demás partes intervinientes en el proceso tales como peritos o testigos. Por ello, la presentación de los argumentos y contraargumentos de las partes procesales y de los datos en que sustenten sus respectivas teorías del caso (vinculación o no del imputado a proceso), debe ser inmediata, es decir, en la propia audiencia, a fin de someterlos al análisis directo de su contraparte, con el objeto de realzar y sostener el choque adversarial de las pruebas y tener la misma oportunidad de persuadir al juzgador; de tal suerte que ninguno de ellos tendrá mayores prerrogativas en su desahogo.”<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Contradicción de tesis 412/2010, sustentada por el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo

Probar es suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre para otros la convicción de la existencia o verdad de un hecho, como para decidir una cuestión incidental o de fondo. En estricto orden esquemático, es preciso entender la conceptualización de la "prueba", como término jurídico. Conforme a la acepción latina, el vocablo "prueba" deriva de las palabras *probo*, que se refiere a lo bueno, honesto; y, *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, acción o efecto de probar, razón con que se demuestra una cosa, indicio o señal de una cosa.

Sin embargo, en el ámbito jurídico, la "prueba" es concebida en sentido estricto y amplio. En el primer sentido, cuando se trata de la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos, discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso; es decir, se trata de la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes. En tanto, la segunda concepción, se asigna al conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador con el objeto de obtener el cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles. Pero por extensión, se denomina "prueba" a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho.

En resumen, la prueba constituye un elemento necesario para convencer al juzgador de la existencia o no de hechos de importancia en el proceso; en otras palabras, es un juicio, una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso; pero en particular, tratándose de la prueba penal, podemos señalar que 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, inclusive para la demostración de las circunstancias relevantes a ponderar en la aplicación de sanciones.<sup>7</sup>

## **2.2. OBJETO**

El objeto al que están encaminadas las pruebas es precisamente la de imprimir convicción al juzgador respecto de la certeza positiva o negativa de los hechos materia del proceso, de ahí se sostiene

---

Circuito, página 292, Libro VI, Marzo de 2012, materia Penal Décima Época, de Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

<sup>7</sup> Vid. **AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel**, "La prueba ilícita. Asunto Casablanca", Revista Criminalia, Año LXXI-número 3, México, Distrito Federal, Sep-dic, 2005, Porrúa, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 5 a 6.

que la prueba debe gozar de los atributos de contradicción como la exigencia intrínseca que conlleva a afirmar que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, de publicidad e inmediatez. Por ello se pueden conceptualizar como el conjunto de elementos lógicamente justipreciados por quién procesal y constitucionalmente está investido para hacerlo.

Toda prueba busca influir sobre hechos jurídicos, esos que materialmente hacen susceptible dar origen a una relación jurídica. Por lo que, el objeto fundamental de la prueba es recopilar elementos de convicción para determinar la verdad.

El artículo 20, Apartado A, fracción I, de la Constitución Federal y el Dictamen de la iniciativa del proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 4, párrafo segundo, establecen que:

*“...El procedimiento será acusatorio y oral. Se regirá por los principios generales de publicidad<sup>8</sup>, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez y demás previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en éste Código.*

*A. De los principios generales:*

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

Respecto al Principio de Publicidad, se traduce en el derecho que tiene el procesado a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. Sólo puede ser restringido en casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el Tribunal estime que existan razones fundadas para justificarlo; idea desarrollada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de las consideraciones de la tesis de rubro **“SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN”**

---

<sup>8</sup> Libro VI, Marzo de 2012, página 292, Materia Penal, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Bajo ese contexto, el que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos, es la postura que actualmente cuenta con mayor apoyo. Se sustenta en que la prueba es el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso; la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la certeza vertida en relación con ellos; precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas, ya que la finalidad de la prueba es precisamente constar la veracidad de la alegación. Así, se señala el objeto de la prueba lo es tanto el hecho desde el momento en que se afirma el proceso, como la afirmación, puesto que la referencia u objeto de ésta es precisamente el hecho.

La doctrina coincide en que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos y concretamente aquellos que guardan con la materia del proceso; empero, aunque como regla general la prueba recaiga sobre los hechos, existen algunos que no requieren ser probados por diversas razones, tales como los hechos notorios, ya que su prueba resulta superflua si, siendo conocidos por las partes en tanto miembros de una determinada comunidad en la que el hecho es conocido, el juez también conoce su existencia o puede llegar a conocerla sin necesidad de especiales investigaciones; notoriedad que debe establecerse por el juez en el caso concreto, al tiempo de ponderar la pertinencia de la prueba, aspecto dentro el cual se encuentra el hecho no controvertido o exonerado de prueba. El Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, establece los llamados “acuerdos probatorios”, a efecto de aceptar algunos hechos como probados; todo lo cual se efectuará por el Juez de Control en la audiencia intermedia, tal como se advierte de los siguientes artículos:

*“Artículo 441. Concepto de acuerdos probatorios*

*Se entiende por acuerdos probatorios los celebrados entre el Ministerio Público y el imputado y su defensor, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.*

*Si la víctima u ofendido se opusiere, el juez determinará si es fundada y motivada la oposición, de lo contrario el Ministerio Público podrá realizar el acuerdo probatorio.”*

*“Artículo 442. Procedencia de los acuerdos probatorios*

*Durante la audiencia, las partes podrán solicitar conjuntamente al juez de control que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio.*

*El juez de control autorizará el acuerdo probatorio, siempre y cuando lo considere justificado por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho.*

*En estos casos, el juez indicará en el auto de apertura del juicio los hechos que tendrán por acreditados, a los cuales deberá estarse durante la audiencia del juicio oral”*

La libertad de la prueba en el proceso penal acusatorio es amplia, pero no ilimitada, pues todo medio de prueba debe cumplir ciertos requisitos de legalidad en la obtención de la fuente de prueba y de licitud en su incorporación al proceso, y debe cumplir también requisitos de idoneidad, pertinencia y utilidad, por tanto los límites a la libertad de prueba en el sistema acusatorio penal son:

- a) La idoneidad y pertinencia de la prueba
- b) La utilidad de la prueba
- c) Las reglas de prueba obligatoria y las prohibiciones de la prueba
- d) La licitud en la obtención de la prueba

Así, el artículo 20, Apartado B Constitucional reformado en junio de 2008 señala:

*IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;*

Si bien el texto constitucional es muy similar a la fracción V del artículo 20, inciso a) de la Constitución de 1917, en la reforma de junio de 2008 se incluye el elemento de la “pertinencia” de la prueba en el proceso, que puede significar una restricción para el imputado, que sin embargo, resulta adecuado, para el desarrollo del proceso y el cumplimiento de sus fines, lo que no estimamos resulta en una merma respecto de la potencialidad de la defensa del imputado. Esto es, si bien el texto original de la Constitución Federal no establecía límites a la actividad probatoria del imputado, siendo esta una garantía amplia y generosa en la admisión de las pruebas y testigos que el imputado ofrezca, el nuevo texto constitucional reduce este universo posible a las pruebas “pertinentes”, lo que supone la depuración de diversas pruebas para restringirlas exclusivamente a las pertinentes para el proceso. Esto se refleja como un beneficio para el desarrollo del proceso, especialmente en lo que toca a su celeridad.

La pertinencia de la prueba corresponderá calificarla al juez de control ya que éste en la etapa intermedia indicará del proceso, indicar cuáles serán las pruebas que se reproducirán en la audiencia del juicio ante el tribunal del juicio oral.

El momento procesal para ese efecto deberá ser en la audiencia en la que, según el diseño del proceso acusatorio se denomina “audiencia intermedia”, que es aquella en la que después de escuchar a las partes en el debate sobre todas las pruebas que estas pretendan desahogar en el juicio, es el juez quien decide cuales resultan pertinentes para la decisión del tribunal. Es precisamente en esta audiencia intermedia en las que autorizan los acuerdos probatorios, esto es, los puntos que ambas partes reconocen como ciertos y que, por tanto, no serán sujetos a debate en el juicio. Esta fracción es la que proporciona la base constitucional para el diseño del proceso penal en los códigos procesales correspondientes por lo que hace a la etapa intermedia, ya que es precisamente en esta etapa en la que se deberá depurar tales pruebas, para el dictado del auto de apertura del juicio oral.<sup>9</sup>

Así se establece en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales:

*“Artículo 293. Reglas para la admisión de los medios de prueba*

*Para ser admisibles, los medios de prueba deberán ser pertinentes, es decir, referirse, directa o indirectamente al objeto de la investigación y deberán ser útiles para el esclarecimiento de los hechos. El juez podrá limitar los medios de prueba en los siguientes supuestos:*

*I. Cuando resulten manifiestamente impertinentes, para demostrar un hecho o una circunstancia;*

*II. Cuando resulten notoriamente abundantes para probar el mismo hecho;*

*III. Cuando sean ofrecidos para probar un hecho público y notorio (...)*”

---

<sup>9</sup> **HERMOSO LARAGOITI**, Héctor Arturo, “*Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*”, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2011, pp. 637-639.

La idoneidad o conducencia de la prueba en su cualidad de ser apropiada para demostrar hechos del proceso. Así, por ejemplo la prueba testimonial no es idónea para probar que los cabellos encontrados en las manos de la víctima pertenencia al acusado, pues eso es algo que sale de la apreciación sensorial ordinaria, que es fuente de la prueba testimonial sino que es menester el empleo de una pericial.

La pertinencia de la prueba en cuanto puede definirse como la relación que existe entre el medio probatorio admisible y los hechos del proceso; de manera que una prueba será pertinente si está dirigida a acreditar hechos que tienen relevancia para un proceso concreto, en tanto que será impertinente aquella prueba que se refiera a hechos que no tienen ninguna relevancia para el proceso. El momento de la admisión de la pruebas es la oportunidad para que, en el caso del sistema acusatorio mexicano, el juez de control en la fase intermedia (**artículo 428 PCFPP**), se pronuncie acerca de la idoneidad, conducencia o pertinencia de la prueba y tal pronunciamiento si fuere negativo de ser sin dudas, razonado o motivado, para la salvaguarda de los derechos del oferente de la prueba, bien sea por vías de los remedios procesales compositivos (reclamaciones, protestas, quejas, oposiciones etc.) o por vía de los recursos (revocación, apelación, etc.); para lo cual se establece que dicha fase tendrá por objeto el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos materia del juicio oral.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que el órgano de control constitucional debe suplir la deficiencia de la queja en el juicio de amparo, cuando el acto reclamado es el auto de vinculación a proceso, respecto a la valoración de los datos de investigación aun cuando no se haya hecho valer argumento alguno, en la audiencia de imputación. La tesis contiene el siguiente rubro y texto:

***AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, EN SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, DEBE CONSIDERAR TODOS LOS ARGUMENTOS FORMULADOS POR EL IMPUTADO O SU DEFENSOR EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS O EN EL ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS TENDENTES A DESVIRTUAR LAS RAZONES QUE MOTIVARON SU DICTADO, AUN CUANDO NO SE HAYAN PLANTEADO EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE.*** El artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo, prevé la suplencia de la queja deficiente en beneficio del reo, aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios; esta figura obliga al juez de distrito a analizar de oficio las posibles violaciones de derechos fundamentales, por tanto, cuando éstas no son alegadas, por ejemplo, con motivo de una actuación deficiente de la defensa o la reserva del derecho del imputado a no realizar manifestación alguna, el juez de amparo es quien, a través de la suplencia de la queja, debe analizar si tales violaciones han acontecido y, en su caso, otorgar el amparo. Por tanto, el órgano de

*control constitucional, en aplicación de la figura de la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado, debe considerar todos los argumentos formulados por él o su defensor en la demanda de garantías o en el escrito de expresión de agravios, que estén encaminados a controvertir las razones que motivaron al juez de control o juez de garantía a dictar el auto de vinculación a proceso y el valor convictivo de los datos de investigación en que se apoya esta determinación, así como la deficiente valoración de los datos aportados en su defensa, supliéndolos en su deficiencia, aun cuando no los hayan hecho valer en la audiencia de imputación, a fin de verificar que los datos de investigación aportados por el Ministerio Público y en que se apoya tal determinación, se hayan ofrecido y desahogado conforme a derecho; y que las razones que motivaron su dictado tienen el debido sustento legal, esto es, la suplencia se torna absoluta, aun ante la ausencia de motivos de inconformidad, cuando deba subsanar de oficio posibles violaciones a derechos fundamentales, sin subrogarse en el papel de defensor.<sup>10</sup>*

### **2.3. FUNCIÓN DE LA PRUEBA (NECESIDAD).**

El convencimiento o certeza que la prueba debe aportarles a los hechos del proceso es lo que se denomina la función de la prueba; todo proceso supone la aplicación de normas jurídicas preexistentes a determinados hechos concretos o la determinación de la norma aplicable a aquellos; pero en todo caso, es necesario determinar la certeza de los hechos, precisamente ahí radica la función de la prueba, en procurar certeza sobre los hechos respecto de los cuales debe pronunciarse la regla de derecho. Se trata de que los hechos a que se refiere la decisión judicial deben estar demostrados por los medios y dentro de las oportunidades legales para hacerlo. El principio prohíbe utilizar el conocimiento privado del juez.

El conocimiento de los hechos que constituyen el caso concreto se adquiere en el proceso a través de las afirmaciones vertidas por las partes, pero dado que en la mayor parte de las veces tales afirmaciones discrepan en el modo como ocurrieron los hechos, los mismos se convierten en hechos controvertidos, y se hace entonces necesaria una labor histórico-crítica para averiguar lo que en realidad sucedió. Es aquí donde precisamente radica la gravedad del problema. Tender un puente que desde la afirmación de hecho conduzca a la verdad objetiva para, de ese modo, poder trasladar los hechos a la presencia del juez. Esfuerzo de historiador que no siempre puede llevarse a efecto sin graves riesgos de proporcionar una imagen totalmente equivocada de la verdad, ya que nadie puede verificar el pasado a través de actos de magia, y los medios normales con que se cuenta están muy lejos de ser perfectos. La prueba de los hechos es en gran parte un quehacer metajurídico que participa por tanto, no solo de las limitaciones formales que le impone el derecho, sino también de las limitaciones provenientes de otras

---

<sup>10</sup>Página 689, Libro I, Octubre de 2011, Materia Común, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

ciencias. Por eso escribirá Simpson: El factor decisivo del proceso judicial radica en la prueba. Lograr que lo ocurrido, lo perdido en el tiempo pasado, vuelva a presentarse con todos sus significativos detalles ante el tribunal, es realmente ilusorio.

Ahora bien, como señala Muñoz Sabaté, esa angustiosa limitación de medios se hace empero más acuciante cuando se la enfrenta y contrasta con las necesidades que el proceso trata de servir. El derecho requiere al proceso para restablecer el orden perturbado; por lo que un proceso que no pueda cumplir sus fines debido a una imperfección de los medios utilizados, representa una batalla perdida. El problema de la prueba se convierte con ello en un problema de terapéutica social, y así como la química moderna obtiene cada día nuevos triunfos en su lucha contra la enfermedad, así debiera operar la ciencia jurídica por lo que se refiere al proceso. "La justicia, ¿necesita, pues, menos precisión que la química?" se preguntaba Bentham<sup>11</sup>.

### **3. PRUEBA ILÍCITA.**

En primer lugar, como señala el tratadista Manuel Miranda Estrampes, existe una pluralidad de definiciones acorde con las distintas concepciones ideológicas que se tengan respecto de la prueba ilícita, tanto en la doctrina como: la jurisprudencia, tales como prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. Algunas de ellas constituyen verdaderas divergencias conceptuales; así, Gimeno Sendra sobre el tema distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida, la primera es aquella que infringe cualquier Ley (no sólo la Fundamental, sino también la legislación ordinaria), en tanto que la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Para Picó Junoy, autor citado por Miranda, prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

---

<sup>11</sup>MUÑOZ SABATÉ, Luis "Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso", TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pp 14-15.

Así, destaca Miranda Estrampes que para Guariglia F, el tema de la prueba ilícita, es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, por lo que se establece que el primer problema se presenta al abordar el estudio y análisis de su concepto, por cuanto que no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita. Para un primer sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana; para otros grupos de autores, que parten de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general que identifican con la idea de violación de la norma o Derecho, será aquella obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico.<sup>12</sup>

Otros autores como *Orlando Alfonso Rodríguez*, destacan que 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; probanza que en principio no debe ser valorada, pero si es admitida en el proceso es susceptible de ser impugnada por violación indirecta de las leyes sustantivas. En tanto que la prueba ilícita es aquella practicada con vulneración a un derecho o libertad fundamental; sin que la denominación prueba inconstitucional sea útil, al quedar fuera de protección derechos fundamentales establecidos en instrumentos internacionales.<sup>13</sup>

Así, bajo esa temática la denominación de prueba constitucional sería limitada en tanto que solamente quedarían protegidas de violaciones aquellos derechos y libertades establecidas en la Constitución Federal, sin tomar en consideración las expresadas en tratados internacionales que México ha suscrito; el tema de los derechos humanos, ha definido un paradigma que se suma a la efectiva aplicación del principio de presunción de inocencia una vez inserto en nuestra legislación tanto constitucional como secundaria de manera explícita.

Tradicionalmente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente; el criterio decisivo lo prodigaba la búsqueda de la verdad material como fin mediato del proceso penal, por ende, todo aquello que podía ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material, era usado, bajo el principio maquiavélico de que el fin justificaba los medios, la búsqueda de la verdad, permitía emplear cualquier método inquisitivo a ultranza.

<sup>12</sup> **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel** “*El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*”, Segunda Edición, J. M. Bosch Editor, España, 2004, pp 17 a 19.

<sup>13</sup> **ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando** “*Prueba Ilícita Penal*”, segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2004, pp. 20 a 22.

Sin embargo, con posterioridad, la política liberal del estado garantista, obligó a ponderar los intereses del poder público y el de respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos, de tal manera que respeto a éstos, cedió la finalidad de conocer la verdad histórica por los principios constitucionales referidos no sólo a la actividad probatoria, sino a la obtención de determinadas fuentes de prueba, en la medida en que pueden entrar en colisión con derechos fundamentales, tales como el respeto a la dignidad humana e intimidad de las personas.

Cuando estos derechos subjetivos públicos se incorporan a la vida política de un Estado, se constituyen elementos esenciales del ordenamiento jurídico, por lo que se estima nula la prueba que se obtenga con violación a ellos y los jueces deben estimarla inexistente al construir su base crítica en el momento de que el material probatorio les arroje convicción. Por mucho tiempo se pensó que la verdad material era absoluta, pero su respeto no sólo es interés del inculpado sino de la sociedad, no se puede obtener la verdad real a cualquier precio, pues si la condena se basara fundamentalmente en una prueba que se obtuvo con violación a las garantías individuales del inculpado, ello vulneraría el principio de presunción de inocencia.

La noción de un proceso equitativo y de igualdad procesal de las partes, se ve mermado y por ende, deja en estado de indefensión al imputado; cierto es que, la confrontación dialéctica entre interés público y privado, busca hallar nuevos y permanentes equilibrios que no quiebren ninguno de los polos opuestos, por un lado el garantismo penal y por otro el combate a la impunidad.

El Estado Mexicano mediante la reforma constitucional en Derechos Humanos concilia el principio de supremacía constitucional que establece el artículo 133 de la Constitución Federal con la prevalencia de los tratados internacionales en el ámbito interno, al establecerse en su artículo primero, como ha quedado expuesto en el desarrollo del presente trabajo, que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, y bajo el principio de interpretación de lo más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro homine*.

Lo que implica la introducción en nuestro sistema judicial del bloque de constitucionalidad, compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, bajo la incorporación de

otro tipo de normas que efectivamente permitan interpretar en todo momento histórico, la realidad social y económica. Los principios y valores ideológicos y políticos de cada sociedad, constituyen la esencia de la prueba penal a partir de la cual se puede establecer su alcance; la creación y función de los órganos estatales adquieren legitimación en cuanto a que tienen como finalidad el desarrollo y protección de los derechos fundamentales, a fin de otorgar seguridad jurídica a los justiciables a quienes administran justicia de actuar con respeto irrestricto de su dignidad personal y su autonomía como individuos. En este contexto garantista, la Suprema Corte de Justicia de la Nación comienza una nueva era jurisprudencialmente en la que retoma en sus resoluciones el lugar de preeminencia que tienen los derechos humanos así como la aplicación de los tratados internacionales, como se advierte de la tesis siguiente:

***“DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y AL TRATO DIGNO DE LOS DETENIDOS. ESTÁN TUTELADOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE Y SON EXIGIBLES INDEPENDIEMENTE DE LAS CAUSAS QUE HAYAN MOTIVADO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.*** *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en sus artículos 18, 19 y 20, apartado A, el derecho de los detenidos a ser tratados con dignidad. Estos preceptos reconocen diversos derechos de las personas detenidas y el trato al que tienen derecho mientras se encuentran privados de su libertad, como son el lugar donde se encontrará la prisión preventiva, el plazo máximo de detención ante autoridad judicial, la presunción de inocencia, la prohibición de ser incomunicados, torturados o intimidados, así como sus prerrogativas durante el proceso. Por otra parte, ha sido expresamente previsto en los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho a la integridad personal así como el derecho a que toda persona privada de su libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por tanto, estos derechos que asisten a los detenidos deben respetarse independientemente de las conductas que hayan motivado la privación de la libertad, así sea que puedan ser objeto de variadas y limitadas modulaciones en específicas circunstancias, de modo que su inobservancia es violatoria de derechos humanos.”<sup>14</sup>*

Más aún, dado que constituye una obligación inexorable para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, la aplicación del control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, implica que específicamente los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun en contra de normas secundarias que se contrapongan, bajo la invalidez de dichas normas en el caso concreto de aplicación, aunque cuando no puedan hacer una declaración general sobre la invalidez de la norma.

---

<sup>14</sup> Tesis aislada LXIV/2010, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Tomo XXXIII, Enero de 2011, página 26, Novena Época, Materia Constitucional, del Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tal como lo sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. LXVII/2011(9a.), de texto y rubro siguiente: “**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.** De conformidad con lo previsto en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 10. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 10. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.”<sup>15</sup>

Criterio que controvierte a aquel emitido por el Máximo Tribunal Constitucional del país, cuando estableció que el artículo 133 constitucional no era fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercían funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitieran desconocer unos y otros.

---

<sup>15</sup> Consultable en la página 535, Libro III, Diciembre de 2011, Materia Constitucional, Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

**“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** *Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..."* parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA

*NORMATIVA.”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal”.<sup>16</sup>*

La licitud de la obtención de la fuente de prueba, es un requisito intrínseco de la actividad probatoria, consistente en que solo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas de la legislación constitucional, procesal y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, por lo que comprende tanto las formalidades esenciales del procedimiento para la obtención de evidencias o fuentes de pruebas como las diligencias de cateo, intervenciones de comunicaciones privadas, arraigos, cuya falta o quebrantamiento de la formalidad en su obtención permite declarar la prueba obtenida; en tanto, que el aspecto material del principio de licitud exige que ésta no se haya obtenido por medio del engaño, coacción, tortura física o psicológica, ni por medios hipnóticos o por efectos de narcóticos; al constituirse como una barrera que han construido las sociedades democráticas para frenar el poder punitivo del Estado como exigencia básica para los funcionarios encargados de la persecución penal.

El ejercicio del *ius puniendi* tiene límites, que obligan a que la verdad se obtenga dentro de cánones del debido proceso; la implantación de un sistema acusatorio en México, reclama una activa intervención de las partes procesales para vigilar el respeto de sus derechos y libertades, pero establece de manera correlativa una obligación para el Estado de establecer los mecanismos conducentes para su efectiva práctica; un Estado que desborda su propia legalidad afecta al sistema jurídico que debe observar y respetar como instrumento de paz y armonía social, que finca su base sobre la dignidad de las personas a las que está dirigida.

### **3.1. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (*como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de comunicaciones: por ejemplo, el acta de cateo practicada sin consentimiento del titular o mediante resolución judicial de un juez de garantías, o la intervención de comunicaciones practicadas de la misma manera*); o lesionando derechos constitucionales (*como el derecho a la defensa; así, la del imputado sin haber sido informado de sus derechos; o a través de medios que la constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que*

---

<sup>16</sup> Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Novena Época, T. X, Noviembre de 1999, tesis: P. LXXVII/99, p. 46.

*vulnera el derecho a la integridad física o la coacción para obtener declaraciones sobre “ideología, religión o creencia”, proscripta por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia).* Por lo demás, aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de la investigación, puede producirse también en el juicio oral; así, sucede cuando el testigo no es advertido de que tiene derecho a no declarar por razones de parentesco.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla, esto es, su inutilización en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es sólo un supuesto particular de la prueba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de esclarecimiento de los hechos objeto del proceso acusatorio. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de que piensa que ese esclarecimiento no puede ser obtenido a cualquier precio, en particular al precio de vulnerar derechos fundamentales del imputado dentro de un proceso penal.

### **3.2. ALCANCE DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: EL EFECTO REFLEJO O LA PRUEBA ILÍCITA INDIRECTA.**

Es evidente que dicha regla supone la exclusión de las pruebas directamente obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales: excluye la declaración de los policías que practican un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero tiene además un efecto reflejo: también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental; se trata, por ejemplo de las pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita, lo que denomina prueba ilícita indirecta o derivada; ejemplos de estas pruebas lo son la transcripción de conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio; o la declaración del policía que aseguró un cargamento de droga cuya existencia conoció a raíz de la lesión del secreto de las comunicaciones; o la prueba lícitamente practicada a raíz de la información obtenida mediante tortura de un detenido.

Tal como lo sostuvo la Primera Sala del máximo Tribunal Constitucional del País, al resolver el amparo directo en revisión 162/2010, que originó la tesis 1ª.CLXII/2011, en la que planteó que tanto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (pruebas directas), como aquellas conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental (pruebas indirectas), esto es la llamada prueba refleja, están afectadas de nulidad absoluta, de acuerdo precisamente a la observancia de la regla de exclusión; con lo cual no pueden ser utilizadas en un proceso judicial; como se advierte de la tesis en comentario:

***“PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.*** *La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.<sup>17</sup>*

En tanto que en la tesis jurisprudencial 1a./J. 140/2011 (9a.), emitida al resolver el Amparo directo 9/2008, se señaló de manera genérica que las pruebas en el procedimiento penal, deben nulificarse, cuando transgreden derechos fundamentales, tanto sustantivos como procesales, de modo que otorgar eficacia probatoria a los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos

---

<sup>17</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 226, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Materia Constitucional, Novena Época.

fundamentales trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no mediante prueba de cargo, apta, suficiente y obtenida de manera lícita.

**“PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.** *La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.*”<sup>18</sup>

En realidad, este efecto reflejo o efecto dominó de la prueba ilícita, como le denomina en ocasiones el Tribunal Supremo español, que la doctrina norteamericana ha llamado la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), o también como nos señala el autor Lorenzo Pérez Sarmiento conocida como doctrina norteamericana de la ilegalidad indirecta de la prueba, consiste en que una evidencia o prueba obtenida de manera ilegal en un procedimiento contra una persona no podrá usarse, aun cuando la información aportada por la prueba ilegal pudiera ser útil, ya que se trataría de uso indirecto de la prueba ilegalmente obtenida, bajo la creencia de los anglosajones de que la policía es proclive al abuso del poder (*pólice as necessary evil*) y por ellos sus actuaciones deben ser escrutadas cuidadosamente; de ahí que una de las características más sobresalientes del sistema procesal en Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, en un principio lo fue establecer la existencia de severas reglas para la obtención de la evidencia incriminatoria (*rules of evidence*)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Visible en la página 2058, Libro III, Diciembre de 2011, Décima Época, Materia Constitucional, Penal, del Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

<sup>19</sup> **PÉREZ SARMIENTO**, Eric Lorenzo, *“Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal”*, Temis, Bogotá-Colombia, p.87.

En el derecho colombiano, la Ley 906 de 2004, recogió la doctrina de los “frutos del árbol ponzoñoso”, denominación empleada para referirse a la evidencia derivada, pues la exclusión no sólo cubija la prueba directamente obtenida con violación de derechos fundamentales, sino las que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia y los efectos de la cláusula de exclusión también cubija la actuación de los particulares; así señala Luis Fernando Bedoña, que uno de sus objetivos primordiales consiste en enviar un mensaje claro y contundente sobre las consecuencias legales de violentar derechos fundamentales, con orientación a disuadir a las autoridades, incluso a particulares cuando pretendan obtener medios de acreditación con carácter probatorio, cuya sanción consiste en su inutilización en el proceso, ni siquiera para fines de impugnación.<sup>20</sup>

Así, expresa la nulidad de todo aquello que trae causa un acto nulo y que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias: es nula toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de los derechos y libertades fundamentales; si a través de unas escuchas telefónicas que interceptaron una conversación sin que existiera autorización judicial para ello se obtiene información que estimula una diligencia de entrada y registro domiciliario en que se encuentran cierta prueba, esas pruebas, según esta posición, también deben considerarse nulas pues traen causa de una prueba nula.

Esta posición es muy discutida, ya que si se negara el efecto reflejo la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirectamente obtenida se estaría dando cobertura a la lesión de los derechos; dicho reconocimiento del efecto reflejo no obedece, a ninguna concesión “supergarantista”, sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia y que refleja la posición iusfilosófica de un determinado sistema legal.

La teoría de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, se ve atenuada por otra tendencia que busca corregir posibles distorsiones a que la rigidez de la exclusión podría conducir, mediante un criterio de proporcionalidad, por lo cual los tribunales admiten pruebas ilícitas, con carácter excepcional

---

<sup>20</sup> **BEDOYA SIERRA, Luis Fernando**, “*La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*”, Fiscalía General de la Nación, Colombia 2008, p.200.

y en casos extremadamente graves, para mantener un equilibrio entre valores fundamentales contrastantes, sobre todo utilizarse a favor del inculpado aún en contra del derecho de un tercero <sup>21</sup>.

Más aún, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos y mediante la cual no sólo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquéllas otras que derivan indirectamente de la misma; aunque, otro sector de la doctrina, distingue entre las diversas clases de nulidad y de prohibiciones probatorias porque no pueden darse reglas generales, función propia de la jurisprudencia; así afirma Clara Bayarri García, que mantener una posición formalista-garantista a ultranza en la que cualquier violación de normas procesales determine por afectar la admisión de pruebas que se estimen violatorias de derechos fundamentales, daría como consecuencia declarar nulos todos los procesos y sentencias, así como poner a todos los condenados en libertad.<sup>22</sup>

Criterio que podríamos considerar da lugar a estimar que el principio universal de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, se relativiza.

### **3.3. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.**

La prohibición de prueba ilícita se encuentra regulada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformada, establece en su artículo 20, Apartado A, fracción IX:

*“...IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y..”*

En tanto el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, establece en el artículo 291:

*“Artículo 291. Licitud Probatoria*

---

<sup>21</sup> Al respecto véase **PELLEGRINI GRINOVER**, Ada, *“La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas”* en [La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil](#), Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, pp. 60 y 61.

<sup>22</sup> Vease **DE URBANO CASTRILLO**, Eduardo y **TORRES MORATO**, Miguel Ángel, *“La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial”*, Editorial Aranzadi, España, 2007, p.42.

*Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos por medios lícitos, también deberán ser admitidos y desahogados en el proceso del modo que autoriza este Código.*

*(...)*

*No tendrá valor alguno la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos humanos de las personas”*

Aunado a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculcado en todo proceso, íntimamente ligado con el respeto irrestricto al debido proceso, a ser juzgado por un juez imparcial, como complemento de una tutela judicial efectiva y por virtud del cual se protege la defensa adecuada del inculcado; por lo que estimó que la regla de exclusión se encuentra implícita en el actual Código Federal de Procedimientos Penales, al señalar el artículo 206, que ninguna prueba que vaya en contra del derecho puede ser admitida. Tal como se sostuvo en la jurisprudencia por reiteración 1a./J. 139/2011 (9a.) de datos siguientes:

**“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.** *Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculcado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculcado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculcado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.”*<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 2057, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, Materia Constitucional, Décima Época.

Puede sostenerse, por un lado, que la regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al proceso debido en términos del derecho anglosajón (*el due process of law*), como expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con la lesión de los mismos y que esa garantía se plasma en el derecho al debido proceso; esto es, la regla de exclusión es la plasmación del modelo constitucional de proceso que garantiza el derecho al debido proceso: no puede entenderse garantizado el debido proceso si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la constitución otorga un valor preferente, pues ello no implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso.

En el derecho internacional se encuentran algunas alusiones a la regla de exclusión, aunque principalmente referidas a las pruebas obtenidas mediante tortura; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José", se establece como parte de las garantías judiciales que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza". La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura también contiene una disposición sobre este aspecto, en su artículo 10, que establece que ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece en su artículo 15 que todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no sólo se estableció una regla de exclusión de pruebas, sino que se enunciaron también criterios para evaluar si la prueba obtenida en estas condiciones debe o no ser excluida.

Dice el Estatuto lo siguiente:

*“Artículo 69. Práctica de las pruebas. (...) 7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:*

*a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o*

*b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando no ha analizado en detalle la regla de exclusión, ha declarado la responsabilidad del Estado por violación directa de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana, tales como la presunción de Inocencia o la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura, o la condena de personas con base en pruebas ilícitamente obtenidas. Algo similar ocurre en la Corte Europea de Derechos Humanos, donde se han encontrado violaciones a la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales durante la investigación criminal, como cuando ha habido tortura.

Antonio Luis González Navarro, señala que el tratamiento de las pruebas ilícitas o inconstitucionales en cuanto a la no inclusión de la prueba viciada tiene diferentes funciones en los sistemas legales del mundo, así señala que en el derecho comparado se pueden identificar tres grandes sistemas de regulación del problema de las pruebas ilícitas; así los países de tradición anglosajona donde se aplica la llamada regla de exclusión, establece que las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él; sin embargo, dentro de estos países existe una diferencia importante. En Estados Unidos, a principios del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia sentó una regla general de exclusión que debe ser aplicada por la policía, los fiscales y los jueces, aunque con el paso del tiempo ha señalado que existen excepciones a la misma, cuya aplicación también corresponde a los mismos funcionarios, incluidos los jueces; en cambio, en otros países de tradición anglosajona, como Canadá, Australia y Gran Bretaña, la regla de exclusión no solo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla de exclusión imperativa puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar diversos factores.

En países de tradición romana, como Italia y Francia, donde las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades. En Francia, por ejemplo, se ha establecido un sistema de nulidades específicas basado en la legislación. Sin embargo, la base puede ser explícita y específica, evento en el cual se habla de nulidades textuales, o puede ser la violación de una formalidad sustancial prevista en las disposiciones de procedimiento, evento en el cual se habla de nulidades sustanciales. En uno y otro caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida. En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio (artículo 191) y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado ni exceptúa las irregularidades menores, por lo cual se considera que el régimen italiano es

el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas. El concepto empleado es el de la "inutilisabilidad" de la prueba que neutraliza los efectos de estas pruebas porque el juez no puede aprovechar los resultados logrados *contra legem*. En tanto que Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes.<sup>24</sup>

La idea de que la admisión de la prueba ilícita implica contradicción con el derecho a un proceso ha sido afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y más o menos ésta es también la tesis sostenida "en principio" en el derecho español, donde el tribunal constitucional ha establecido que la regla de exclusión comentada no se halla explícitamente proclamada en ningún precepto constitucional, ni tiene lugar en virtud del derecho originariamente afectado; sino que expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya posición preferente e inviolabilidad exigen que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso; y más concretamente, que la admisión de la prueba ilícita supondría una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y la igualdad entre las partes en el juicio. Así lo señala ya la sentencia del Tribunal Constitucional Español 114/1984, del veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, que reconocía por primera vez esta regla de exclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ese fundamento ha sido reiterado en otros pronunciamientos posteriores. En suma, la regla de exclusión se configura en el derecho español como una garantía constitucional de naturaleza procesal residenciada en el derecho a un proceso con todas las garantías. Para ellos, la regla de exclusión de la prueba ilícita no tiene su fundamento constitucional en un concreto derecho, ni viene implícita y directamente exigida por la Constitución como la única salvaguarda efectiva de los derechos constitucionales, sino que su fundamento estructural reside en la necesidad de producir un efecto preventivo o disuasorio sobre las conductas que lesionan derechos.

Así, en la jurisprudencia de los Estados Unidos, la justificación de la *exclusionary rule*, desde mediados de la década de los setenta del pasado siglo y hasta la fecha no reside en un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino en la necesidad de disuadir de la violación de los

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, "*Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*", Leyer, Bogotá D. C.- Colombia, 2005, p.893.

derechos (*deterrent effect*); y por ser más precisos, en la necesidad de disuadir de futuras lesiones de derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y singularmente de la policía. En palabras ya clásicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano “*la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir –imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla*”.

Al resaltar que la justificación de la regla de exclusión es la producción de un efecto disuasorio no se sostiene que esta regla no tenga ninguna base constitucional, ya que en el derecho norteamericano, se sustenta tanto en la cuarta como décimo cuarta enmienda, que consagra, el derecho a la no autoincriminación, como base del derecho de defensa y el del proceso debido; por lo que, no existe en el derecho norteamericano ningún derecho fundamental que prevea la regla de exclusión, sino que ésta es tan sólo un instrumento procesal de creación jurisprudencial diseñado para garantizar los derechos fundamentales a través de su efecto disuasorio. Así se expone en la sentencia dictada en *United States Vs. Calandra*, en 1974, que frente a esta etapa precedente donde esta *exclusionary rule* había sido calificada a veces como una norma fundamental por la Bill of Rights por ser la única salvaguarda efectiva de los derechos de los ciudadanos frente al abuso del poder de la policía produce ahora una desconstitucionalización de la regla de exclusión al afirmar sin embargo que ésta es un simple instrumento disuasorio creado por la jurisprudencia y que, por tanto, en cualquier momento podría ser sustituido por otro remedio, si no por obra del legislador, o bien por iniciativa de decisiones judiciales posteriores. Lo cual se reitera en la sentencia dictada en *United States Vs. Janis*, en 1976, donde se insiste en que el principal propósito, sino el único de la exclusión de la prueba ilícita es evitar futuras conductas policiales ilícitas.

Señala, González Navarro, que en Estados Unidos después del caso Calandra, la función de disuasión pasó a ocupar un lugar preponderante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; aunque ésta reconoció expresamente que no existe evidencia empírica para comprobar que la regla de exclusión efectivamente disuade a la policía de violar las garantías constitucionales, mientras no se refute científicamente su potencial disuasivo, se debe presumir que cumple dicha función; por ello, en Estados Unidos importa menos reparar la arbitrariedad en el caso juzgado con base en una prueba inconstitucional, que evitar que en el futuro se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en desmedro de todo el sistema constitucional de derechos y libertades. De ahí que sospechosos de haber cometido graves crímenes sean dejados en libertad cuando la evidencia que los incrimina es inconstitucional; se sacrifica la verdad real del caso concreto en aras de disuadir no al delincuente sino a la policía; en cambio en Alemania pesa mucho más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el

caso concreto en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita; en la función disuasiva hacia el futuro de la exclusión de ciertas pruebas, lo que cuenta es que en el caso presente se realicen cabalmente los principios e intereses públicos indispensables para que se haga justicia, por lo que en Alemania es más difícil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina, por ejemplo, señala que existen dos casos que muestran claramente dicha circunstancia, relativos a la incautación de diarios con violación del derecho a la intimidad de sus propietarios; en el primer caso, el diario permitía comprobar que el imputado había cometido el delito de perjurio y la Corte excluyó dicha prueba; en el segundo caso, el diario conducía a demostrar la responsabilidad por homicidio tentado y la Corte admitió dicha prueba que, entonces, fue determinante para que se profiriera sentencia condenatoria.

Lo anterior, destaca González Navarro, obedece a una segunda diferencia crucial entre Estados Unidos y Alemania en materia de exclusión de pruebas viciadas. En Alemania, el tratamiento diverso dado a los dos casos relativos a los diarios obtenidos de manera inconstitucional se debe a que la exclusión de pruebas viciadas no es inevitable sino el resultado de un método de ponderación que se aplica caso por caso; método que busca determinar en una primera etapa si la prueba cuestionada representaría una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales y en caso afirmativo, la prueba viciada es excluida; en caso negativo, que es la conclusión más frecuente, se pasa a la segunda etapa del análisis en la cual se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales sólo sea lícita cuando ella se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (proporcionalidad en sentido estricto), bajo múltiples factores como la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real; así, en el caso del perjurio, es un delito menos grave que el homicidio, por lo que la prueba fue excluida mientras que en el caso del homicidio tentado -un delito que compromete el derecho a la vida- el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba.

En cambio, en los Estados Unidos el método de aplicación de la regla de exclusión no es discrecional del juez, sino con base irrestricta en las reglas y excepciones en materia de exclusión de evidencias ilícitas sentadas por la Corte Suprema de Justicia como máxima autoridad judicial en la interpretación de la Constitución; de ahí que se deben aplicar rigurosamente al caso concreto, sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto así éste pueda conducir a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real; aunque partir de los años setentas la Corte Suprema redujo los alcances de la regla mediante la creación explícita de excepciones.<sup>25</sup>

### **3.4. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN**

Ahora bien, el *deterrente effect* como elemento de justificación de la regla de exclusión, en la jurisprudencia norteamericana permite también formular excepciones a la misma cuando no hay efecto disuasorio; ello, al partir de la idea de que, si el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es disuadir de la violación de derechos fundamentales, entonces sólo estará justificada la exclusión cuando sea necesario seguir el efecto disuasorio y cuando pueda producirse este. Cuando, por el contrario, no parezca muy necesario perseguir el efecto disuasorio (como cuando el derecho violado goce de una sólida protección) sencillamente la disuasión no pueda alcanzarse, para ellos en casos donde el policía actúa de buena fe, la justificación de la exclusión se debilita y aporta razones a favor de la admisión de la prueba en el proceso. Por eso, la tesis del *deterrent effect* permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que no es necesario un efecto disuasorio adicional y la prueba debe admitirse. O permite sostener que hay dos bienes en conflicto, como en los sistemas de justicia penal, por un lado, se pondera el interés público en la obtención de la verdad procesal (justicia) y el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos fundamentales del imputado sujeto a un proceso penal, donde la regla de exclusión ha de prevalecer, para lo cual hay que ponderar en cada caso para dar acogida preferente a uno y otro.

No obstante lo anterior, en la actualidad hay una relativización de la prueba ilícita, en el que se abre espacio de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia, en especial la anglosajona. El tema de la impunidad conlleva a eliminar una posición garantista-formal exagerada ante cualquier violación de normas procesales. No todos los casos de infracción a un derecho, implica la presencia de la prueba ilícita ni la violación a la presunción de inocencia, sino que se debe valorar en el caso concreto la trascendencia de la infracción. No existe coincidencia, respecto de que la prueba ilícita

---

<sup>25</sup> *Op. cit.*, GONZÁLEZ NAVARRO, pp.894 a 895.

se constituye por violación exclusivamente a un derecho fundamental o bien se trata de violaciones a aspectos de formalidades.<sup>26</sup>

La doctrina distingue entre: 1) Prueba ilícita: aquella que viola derechos fundamentales; 2) Prueba prohibida: la que es consecuencia de una prueba ilícita; y, 3) Prueba irregular, aquella generada con vulneración de las normas de rango inferior que regulan su obtención y práctica.

La flexibilidad en la inadmisión de la prueba ilícita, deviene del reclamo social de lucha contra la criminalidad, el factor negativo más destacado es la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los sujetos acusados, lo cual incidió en el cambio de esquema de los criterios jurisprudenciales de los tribunales constitucionales, para emplear excepciones a la regla de exclusión, al implementar figuras tales como, la fuente independiente, la cual funciona a través del nexo de causalidad<sup>27</sup>, planteado en la jurisprudencia norteamericana (prueba refleja) y adoptado por el Tribunal supremo español, partiendo de la base de que no obstante las pruebas de cargo se hallen enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración fundamental, son jurídicamente independientes de él, y en consecuencia, se les debe de tener por válidas y aptas para enervar la presunción de inocencia. Para determinar si las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra prueba realizada con violación a un derecho fundamental, hay que precisar su vinculación, esto es, establecer un nexo causal entre una y otras, para saber si la conexión de antijuridicidad se extiende a las segundas, con lo cual admite las pruebas indirectas en ciertos casos, aunque provengan de una prueba ilícita directa.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> En los años 60' en los Estados Unidos la regla de exclusión alcanzaba todo tipo de violaciones, el caso *Miranda vs Arizona*, que impuso la obligación de la policía de advertir a las personas detenidas sus derechos constitucionales, pero treinta años después la Corte norteamericana cambió de opinión y aceptó numerosos precedentes que habían violado los derechos "Miranda", con lo cual se aplican excepciones a la prueba ilícita en caso de violaciones procesales en la obtención de la prueba pero que no violentan derechos fundamentales, como el caso de emitir una confesión sin que se adviertan dichos derechos constitucionales. Véase al respecto **HAIRABEDÍAN**, Maximiliano, "*Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*", Ad.Hoc, Buenos Aires, 2002, pp.26 y 27.

<sup>27</sup> Para determinar cuándo se da esta conexión de antijuridicidad hay que tener en cuenta dos criterios, primero analizar la índole de gravedad de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria y las necesidades de tutela del derecho fundamental lesionado. Al respecto, véase **CEDEÑO HERNAN**, María, "*El alcance anulatorio de la prueba ilícita*" en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, p 76.

<sup>28</sup> Consúltese **GONZÁLEZ GARCÍA** Jesús María, "*El proceso penal español y la prueba ilícita*" en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, pp.26 y 27.

El Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, recoge las principales excepciones que ha creado la jurisprudencia norteamericana y que el Tribunal Supremo Español de igual forma ha mantenido:

**“Artículo 292. Nulidad de Prueba Ilícita**

(...)

No se considerará violatoria de derechos humanos, aquel dato o prueba que cubra cualquiera de los siguientes requisitos:

I. Provenzan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se pueda llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas;

II. Exista vinculo atenuado, o

III. Su descubrimiento sea inevitable, en virtud de que aun cuando haya resultado de una prueba ilícita, habría sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen (...).”.

**3.4.1 LA EXCEPCIÓN DE LA FUENTE INDEPENDIENTE**

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) procede de la jurisprudencia norteamericana en resumen exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita exista una relación o conexión causal, pues la inexistencia de este vínculo dará como resultado la posibilidad de no excluir la prueba, sino aprovechar su utilización; entonces dicha excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal. Se debe admitir y utilizar la prueba que no está contaminada con la actividad ilegal.

Establece que cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no traen causa de la primera, sino que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree*; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, en definitiva, es que la prueba obtenida ilícitamente puede

no viciar a la restante prueba obrante en la causa, porque es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia.

El fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica como señala Marina Gascón Abellán, al invocar el precedente *Nix vs Williams* en que: “...*el interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no es una posición peor, que en la que hubiera estado sino se hubiese producido la conducta impropia... Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación*”; asimismo, señala la autora que la doctrina de la fuente independiente, en rigor no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona y por tanto ese caso no entre en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol envenenado, sino de un árbol perfectamente sano. El problema, sin embargo, es que muchas veces se aplica o corre el riesgo de aplicarse la doctrina de la fuente independiente allí donde si existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto que la policía registra una vivienda sin orden judicial, observa que hay droga, se va y obtiene una orden de registro basada –se alega– en información ajena al registro ilegal. En el segundo registro descubre la droga vista originalmente. El tribunal considera que la prueba (hallazgo de la droga) fue producto del segundo registro realizado mediante orden judicial basada en prueba independiente del primer registro ilegal.<sup>29</sup>

Puede hablarse de fuente independiente, por ejemplo, si los policías cuentan con información suficiente para pedir una orden de cateo y a pesar de ello deciden ingresar sin autorización al inmueble en el que, como saben, se encuentra la evidencia; pero no tocan nada, y luego solicitan la orden a un juez de garantías, sólo con base en la información que poseían antes de que hubiesen cometido un acto ilícito, podría concluirse que no existe una verdadera conexión entre la actuación contraria a la ley de los elementos policíacos y la evidencia, pues el hallazgo de esta no tiene ninguna relación con el ingreso

---

<sup>29</sup>Véase, **GASCÓN ABELLÁN MARINA**, “Freedom Of Proof? El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita”, en “Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 88 y 89.

ilícito de los policías al inmueble; lo que se trata es que la prueba independiente no tenga conexión causal con la ilegalmente obtenida.<sup>30</sup>

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 75/2004, sustentada entre el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, advirtió que sostenían dos criterios contradictorios:

**1)** La ilegalidad del cateo priva de eficacia convictiva al parte informativo suscrito y ratificado por quienes participaron en esa actuación.

No obstante, no invalida:

a) La declaración ministerial del inculpado, pues no obstante fue recibida como motivo de su detención derivada del cateo, encontrándose detenido, en diligencia posterior, independientemente de la actuación ilegal, en su primera declaración ante el juez la ratificó, circunstancia que purga el vicio de su declaración ministerial.

b) El vicio de ilegalidad del cateo, no tiene el alcance de notificar la inspección de los bienes asegurados, ni la pericial realizada sobre ellos.

c) Tampoco, las pruebas independientes del cateo, que se recaben subsecuentemente, como lo sería la declaración de testigos diferentes a los aprehensores.

d) Ello es así, ya que son independientes al cateo, esto es, su originalidad o fuente no deriva del cateo.

**2)** La imputación en contra del quejoso que hacen los agentes aprehensores en el sentido de que se le encontró en posesión del narcótico, la imputación que en ese tenor hacen los testigos de cargo, el aseguramiento, la fe ministerial y el dictamen químico practicados sobre la misma, emanan como una

---

<sup>30</sup>El efecto indirecto de la vulneración, no es predicable cuando se distingue una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las sobrevinientes. Un caso paradigmático. Una prueba regularmente obtenida mediante pericia, como el cotejo de huellas dactilares, con las impresas en el objeto material, conseguidas en una detención irregular, ya que se detuvo irregularmente aun ciudadano bajo el cargo de hurto; en el arresto se le tomaron las huellas dactilares, y al cotejarlas con las tomadas en el lugar del delito, coincidieron. Esta segunda prueba pericial fue ilícita por provenir de una detención arbitraria; empero, se vinculó de nuevo al imputado, presentando otra prueba pericial dactilar coincidente con las huellas halladas en el lugar del hurto, con huellas antiguas del mismo, que obraban en los archivos de la Policía, y que no tenían conexión con las recogidas tras la captura ilegal. Esta nueva prueba pericial fue lícita porque fue alcanzada independientemente del arresto ilegal. *Op. cit.*, ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando, p. 420.

consecuencia lógica, natural y necesaria del cateo ilegal, pues de no introducirse en el domicilio del imputado, no hubieran asegurado el narcótico, ni lo hubieran detenido, ni lo hubieran practicado la fe ministerial, ni la práctica del dictamen químico. Luego, conforme al artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo, ilegal, carece de todo valor prohibitorio, consecuentemente, todo lo derivado corre la misma suerte.

Al ponderar ambos criterios y establecer el argumento conducente, argumentó: si bien, la inviolabilidad del domicilio es un derecho público subjetivo, sin embargo, permite a la autoridad practicar actos de molestia a los particulares e introducirse en éste, bajo ciertas condiciones o requisitos y con un propósito definido, a efecto de que pueda cumplir con sus actividades, pero sin causar una molestia innecesaria al particular; lo que implica que la autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en primer término en la Constitución y además en las leyes que de ella emanen, así como los tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en su artículo 11, punto 3, señala que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o esos ataques a la intimidad; lo cierto es que el artículo 16 de la Constitución Federal, permite que las autoridades, a efecto de poder cumplir con sus funciones, se introduzcan en el domicilio de los particulares, como en el caso de los cateos, obsequiados por autoridad judicial bajo ciertos requisitos, que de inobservarse, traen como consecuencia que la diligencia de cateo carezca de todo valor probatorio, al vulnerar la inviolabilidad del domicilio, como derecho fundamental, sin contar con orden judicial; por lo que no puede ser materia de prueba el informe policiaco o parte informativo, ni los testimonios de las autoridades que se introdujeron en el domicilio registrado<sup>31</sup>, pues

---

<sup>31</sup> Al respecto, con posterioridad existe tesis del Pleno en contrario: **CATEOS. LA DESIGNACIÓN QUE CON CARÁCTER DE TESTIGOS REALIZA LA AUTORIDAD EJECUTORA EN AGENTES POLICIALES QUE LO AUXILIAN EN EL DESAHOGO DE LA DILIGENCIA, ANTE LA NEGATIVA DEL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO, NO DA LUGAR A DECLARAR SU INVALIDEZ.** De la interpretación causal teleológica de lo dispuesto en el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, no se advierte que haya sido intención del Poder Constituyente, evitar que la autoridad ejecutora de una orden de cateo designe con el carácter de testigos al personal de Policía Judicial que lo auxilia en la diligencia respectiva, pues el hecho que la validez formal del cateo se condicione a la existencia de un acta circunstanciada firmada por dos testigos, no implica que corresponda a éstos verificar que la diligencia se practique conforme a derecho, sino únicamente constatar que los hechos asentados en el acta relativa corresponden a la realidad, pues incluso, si se toma en cuenta que en atención al principio constitucional de adecuada defensa, el juzgador está obligado a recibir y desahogar las pruebas que ofrezca el inculpado, siempre que no sean contrarias a la ley, es evidente que aunque en términos de lo dispuesto en el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo hace prueba plena cuando se desahoga con las formalidades legales respectivas, ello no impide que los hechos que del mismo derivan puedan controvertirse a través de un diverso medio de prueba, como lo pueden ser, los careos o la testimonial de quienes intervinieron en la respectiva diligencia. Por tanto, la sola circunstancia de que los agentes policiales designados como testigos por la autoridad ejecutora de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del

de manera directa derivan de dicha vulneración; ya que los objetos y personas encontrados en el domicilio inconstitucionalmente registrado, no hubieran existido de no haberse practicado el cateo ilegal, lo cual evidencia que el origen de los mismos es el propio cateo, el cual, al resultar ilegal y, en consecuencia, carecer de todo valor probatorio, influye de manera directa en los actos que de él derivaron, debiendo éstos seguir la misma suerte que aquello que les dio origen.

Así, el Máximo Tribunal Constitucional, estableció que acorde con la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, si bien, no podía darse valor legal en juicio a probanzas obtenidas con violación al debido proceso legal, al resultar contrario a tal regla considerar las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales, pues además que de darles valor a tales actos, sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo realizado en dicha forma en beneficio de la autoridad, toda vez que se declararía carente de valor probatorio el cateo, lo cierto es que las pruebas en él encontradas, mismas que derivan de tal diligencia, podrían ser consideradas en contra de quien fue molestado en su domicilio; lo que en su caso, bajo un aspecto de efecto disuasorio al impedir que se deje en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, pues de todos modos, los objetos que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio; ello en atención a que el mandato constitucional respecto de la orden de cateo va dirigido a las autoridades que se encuentran inmersas en la procuración y administración de justicia, que con su actuar pueden violar derechos fundamentales del gobernado que trascienden en su domicilio, libertad y seguridad jurídica, por lo que dichas autoridades están obligadas a respetar el marco constitucional y legal establecidos para esos efectos.

Empero, destacó, que si bien la orden de cateo presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación y la probabilidad de que en el mismo recinto se encuentra el activo o los objetos relacionados con el delito, lo cierto es que no en todos los casos hay una investigación ministerial de un delito previamente cometido, en la que existan datos del probable responsable u objetos relacionados con el delito que se encuentren en el domicilio particular, ciertamente, existen casos de flagrancia, esto

---

*ocupante del lugar cateado, hayan participado en la ejecución material de la misma, no motiva la invalidez del cateo ni de las pruebas que del mismo derivan, máxime que ello, por sí, no da lugar a estimar que se infringe la independencia de su posición como testigos, ya que al rendir su testimonio ante la autoridad judicial, lo hacen a nombre propio y sobre hechos que les constan, correspondiendo al juzgador valorar la idoneidad de su ateste".* Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Enero de 2009, página 6, tesis P./J. 1/2009, Materia Penal, Novena Época

es, cuando se está en presencia de actos delictivos que se están ejecutando o se acaban de ejecutar, por ejemplo, cuando la autoridad policial recibe información en el sentido de que en determinado domicilio tienen secuestrado a un sujeto (delito permanente), o que se está cometiendo una violación (delito instantáneo), que se posee droga o armas (delito permanente), tráfico de personas (delito instantáneo), pederastia (delito instantáneo), casos en los que no se necesitará, necesariamente, orden judicial de cateo que autorice la intromisión o allanamiento del domicilio particular, ya que existiendo flagrancia, el propio artículo 16 constitucional, expresamente permite a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado y lógicamente hacer cesar la agresión delictiva; lo anterior, estableció, con independencia de que el delito en flagrancia se ejecute en el domicilio particular, toda vez que la Constitución no establece acotamiento alguno al respecto.

Por lo que, estableció que, sólo en los casos en que se trate de un delito cometido en flagrancia, previsto en el precepto constitucional y legal citado, puede la autoridad introducirse a un domicilio sin contar con orden de cateo, fundado en que la demora podría hacer ilusoria la investigación de los delitos y la aplicación de las penas correspondientes; por lo que la autoridad policial podía irrumpir en el domicilio de un gobernado sin contar con orden de cateo cuando se esté cometiendo el delito dentro del domicilio, igualmente cuando después de ejecutado un delito en flagrancia el inculcado es perseguido hasta el domicilio particular. Por lo que concluyó que, en los supuestos de flagrancia no se requiere, necesariamente, orden de cateo, lógicamente las pruebas que se encuentren vinculadas directa o indirectamente con dichas detenciones, no se rigen por los supuestos que contemplan los numerales 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales (vigente), pues tendrán eficacia probatoria y corresponderá al juzgador valorarlas conforme a las reglas relativas; bajo la razón de que la autoridad policial tiene el deber de velar por la seguridad y protección de la ciudadanía, por lo que se convierte en garante de los bienes de la sociedad y por contrapartida, tiene el derecho de hacer que cese dicha afectación, sin esperar que se lo autorice expresamente la autoridad judicial.

Pues, si en la Constitución se establecen los requisitos de la orden de cateo, sin los cuales la misma será ilegal, pero también se establece la facultad punitiva del Estado como garante de la existencia de la sociedad, de ahí que también prevea el delito flagrante; por lo que, estableció que entre ambos mandatos constitucionales, el de la orden de cateo y el de la facultad punitiva del Estado, debe existir un equilibrio, ya que no se puede concebir una orden de cateo que no cumpla con los requisitos correspondientes, en atención a los bienes tutelados que afecta, como tampoco, que ante conductas constitutivas de delitos, el Estado no actúe. Así, la regla para realizar un cateo la constituyen todos

los requisitos que establece el artículo 16 constitucional descritos con anterioridad, y la excepción, cuando se verifique el cateo en caso de flagrante delito.

De acuerdo a lo antes señalado, precisó que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecerán de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria; en cuyo caso, corresponde al órgano jurisdiccional realizar el juicio de proporcionalidad sobre la medida del cateo llevada a cabo, a fin de establecer si se cumplieron los requisitos respectivos, o bien, no obstante que no se cumplieron se estaba en presencia de flagrante delito, como lo es, que la autoridad contara con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio, datos que se deberán aportar en el proceso en caso de llegarse a consignar la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez pueda tener elementos de valuación para determinar si en el caso efectivamente se trató de flagrancia, pues en caso de que no se acredite que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión así como lo que de ello derive resultará ilegal.

Los argumentos vertidos dieron origen a dos tesis de jurisprudencia, la primera de ellas de rubro y texto:

***“INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.*** Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia

*de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria* <sup>32</sup>

Así como:

**“CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.** Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: a) que conste por escrito; b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la materia de la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En ese sentido, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de inviolabilidad del

---

<sup>32</sup>. Jurisprudencia 1a./J. 21/2007, pagina 224, Tomo XXVI, Agosto de 2007, Materia Penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

*domicilio, establece que si no se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto constitucional, la diligencia carece de valor probatorio. Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido.”<sup>33</sup>*

### **3.4.2 VÍNCULO ATENUADO O NEXO CAUSAL ATENUADO.**

Tiene su origen en la sentencia *Nardone vs. United States* (1939), en resumen consiste en que si la relación entre la obtención de pruebas y el origen legal de la fuente de conocimiento es suficientemente débil como para que la violación originaria no llegue a manchar la prueba derivada, esta es admisible.

Sin embargo, esta cualificación de la doctrina del fruto del árbol envenenado presenta inconvenientes en cuanto a su aplicabilidad, toda vez que su desarrollo es fruto de la subjetividad de los jueces de turno; así Carlos Fidalgo Gallardo señala que a fin de determinar cuándo se entenderá que la conexión ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional, sin embargo admisible, se realizara caso por caso por los Tribunales; aun cuando la jurisprudencia ha sentado algunos criterios:

a) *Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: cuanto más tiempo haya transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de pruebas derivadas, más posible es que los Tribunales estimen que la 'mancha' ha quedado suficientemente atenuada como para que no se justifique la aplicación de la regla de exclusión.*

b) *Acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: este factor de atenuación hace referencia, por decirlo así a la 'longitud' de la cadena de causas y efectos. Cuanto más acontecimientos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad primera y la prueba derivada, más probable será que el Tribunal considere que el fruto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta el árbol del cual proviene.*

---

<sup>33</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Agosto de 2007, página 111, Materia Penal, Novena Época.

c) *Gravedad de la violación original: cuanto más grave y flagrante sea la violación de derechos que está en el origen de la posterior obtención de las pruebas derivadas, más difícil será que los Tribunales acepten la admisibilidad de éstas. Parafraseando la metáfora de la Corte, cuanto más envenenado esté el árbol más difícil será que los frutos estén sanos.*

d) *Naturaleza de la prueba derivada: La naturaleza de la prueba derivada también puede influir en la eventual licitación de la mancha de la ilegalidad primera. Concretamente, en *United States vs. Ceccolini*, la Corte Suprema mantuvo que sería más fácil entender atenuada la mancha originaria cuando la prueba derivada son confesiones del sospechoso que cuando son pruebas materiales, dado que en la obtención de confesión con todas las garantías hay un trascendental elemento de voluntariedad. Argumentación que tiene un evidente nexo de unión con la realizada al hilo del factor de la gravedad de la violación originaria.<sup>34</sup>*

El nexo causal atenuado (*attenuated connection principle* o *purget taint*) figura que supone la violación de derechos fundamentales y la existencia de evidencias o cualquier medio de acreditación relacionado con la violación, pero conectado tan tenuemente con ésta, que su exclusión puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad; por ejemplo, en un interrogatorio al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, que es ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales.

Dicha figura, señala procede también de la jurisprudencia norteamericana y consiste en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente. Así, cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena de causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado; lo que en su caso, supondría de violaciones a derechos fundamentales, como el hecho del interrogatorio practicado al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, sin la asistencia de un

---

<sup>34</sup> **CADENA LOZANO**, Raúl y **HERRERA CALDERÓN**, Julián “*Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio*”, Colección Lecciones del Sistema Acusatorio No. 5, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C.-Colombia, 2008, pp. 60 a 62.

defensor, que al ser ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales, se estime legal.

La confesión voluntaria a la que hace referencia esta excepción es la realizada sobre la base de los elementos encontrados mediante la lesión de un derecho. Así, señala la tratadista *Marina Gascón*, en un registro inconstitucional en el domicilio de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga era suya y –ahora si- esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. En línea de principio de confesión no debería considerarse válida, pues hay un nexo causal entre el registro inconstitucional y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga; de no haberse hallado la droga no se hubiera detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Pero lo que se argumenta –y esta es la trama de la excepción- es que el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido advertido de sus derechos) y, por tanto, que lo ha hecho libre y voluntariamente y no como fruto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podría no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho. En suma, lo que se sostiene es que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental, por lo que no está justificada excluirla del proceso.

La excepción de la confesión voluntaria, como en general toda excepción que se reconduzca a la idea del nexo causal atenuado, es sin embargo, una construcción criticable. La debilidad de la argumentación se advierte con facilidad en primer lugar, porque parece evidente que si el inculpado hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado; por tanto, la supuesta voluntariedad de la confesión debe ser puesta en duda; pero es que, además, incluso al razonar el modo en que se hace (en el ejemplo que hemos puesto, al sostener que la confesión no es el resultado del registro practicado), se incurre inevitablemente en contradicción, porque, por una parte, se sostiene que el registro es nulo y, en consecuencia no produce efectos probatorios de ninguna clase; pero por otra parte, al concluir que la confesión del inculpado basta para admitir la tenencia de la droga, se le está dando validez al registro; esto último por varias razones. primero porque, en su declaración, al acusado se le está preguntando por

una pieza de convicción que sólo podría existir (jurídicamente) gracias al registro, luego se le está dando validez; segundo, porque sólo con la declaración autoincriminatoria del acusado (es decir, en ausencia del cualquier otro elemento probatorio y particularmente en ausencia de las piezas de convicción derivadas del registro) es casi seguro que no se podría dictar sentencia condenatoria, luego parece que se están tomando en consideración las piezas de convicción derivadas del registro<sup>35</sup>.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada CVI/2012 (10<sup>a</sup>), al resolver el amparo en revisión 2420/2011, en sesión de once de abril de dos mil doce, estableció que la entrada a un domicilio por parte de los agentes policíacos, puede estar justificada por 1) la existencia de una orden judicial; 2) la comisión de un delito en flagrancia; y, 3) la autorización del ocupante del domicilio; último supuesto, que no constituye una causa que deje sin efectividad a la orden judicial de cateo, esto es, la autorización del habitante no puede ser entendida en el sentido de permitir cateos “disfrazados”, sino que deben cumplir con los lineamientos del artículo 16 constitucional; por lo que la autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular, tal como se aprecia en la siguiente tesis de datos siguiente:

***“INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. LA AUTORIZACIÓN DEL HABITANTE, A EFECTO DE PERMITIR LA ENTRADA Y REGISTRO AL DOMICILIO POR PARTE DE LA AUTORIDAD, NO PERMITE LA REALIZACIÓN DE CATEOS DISFRAZADOS.*** *La entrada a un domicilio por parte de los agentes de policía, puede estar justificada ya sea: 1) por la existencia de una orden judicial; 2) por la comisión de un delito en flagrancia; y, 3) por la autorización del ocupante del domicilio. Respecto a este último supuesto, es necesario partir de la idea de que la autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, no se constituye en un supuesto que deje sin efectividad a la orden judicial de cateo. Es decir, esta excepción se actualiza en escenarios distintos al de la orden judicial de cateo y al de la flagrancia. La autorización del habitante no puede ser entendida en el sentido de permitir cateos “disfrazados” que hagan inaplicables las previsiones constitucionales. Conforme al artículo 16 constitucional, se requerirá la existencia de una orden de cateo para cualquier acto de molestia que incida en la esfera jurídica de una persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones. La expedición de dichas órdenes es imperativa para que la autoridad pueda realizar cualquier acto de molestia. Por lo mismo, el mencionado artículo constitucional*

---

<sup>35</sup> *Op. Cit.*, GASCÓN ABELLÁN MARINA, pp. 90-93

*establece los requisitos que las órdenes de cateo necesariamente deben satisfacer para que el acto de autoridad realizado con fundamento en las mismas sea constitucional, a saber: (i) sólo pueden ser expedidas por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público; (ii) en la misma deberá expresarse el lugar a inspeccionar, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan; (iii) al concluir la diligencia se debe levantar un acta circunstanciada de la misma en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que haya practicado la diligencia. La autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular. En esta lógica, la autoridad no puede pasar por alto la exigencia constitucional de la orden judicial de cateo con una simple solicitud al particular para que le permita ingresar a su domicilio, sino que el registro correspondiente debe venir precedido de una petición del particular en el sentido de la necesaria presencia de los agentes del Estado a fin de atender una situación de emergencia. Así las cosas, y partiendo de lo anteriormente expuesto, esta autorización o consentimiento voluntario se constituye en una de las causas justificadoras de la intromisión al domicilio ajeno. Esto es así, ya que si el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene por objeto que los individuos establezcan ámbitos privados que excluyan la presencia y observación de los demás y de las autoridades del Estado, es lógico que los titulares del derecho puedan abrir esos ámbitos privados a quienes ellos deseen, siempre y cuando esta decisión sea libre y consciente”<sup>36</sup>.*

### **3.4.3 LA EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INDEPENDIENTE O DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.**

En resumen consiste en que una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si el Ministerio Público Federal demuestra de manera convincente que dicho elemento de juicio habría sido de todos modos obtenido por medios lícitos, así la prueba directa original sí deba ser excluida.

La excepción del descubrimiento independiente o del descubrimiento probablemente independiente es construida inicialmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y sostiene que

---

<sup>36</sup> Tesis pendiente de publicar en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, consultable en la Intranet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://sij02/redjurn/>

cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicará la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Esta excepción, reconocida también por la jurisprudencia constitucional española bajo la jurisprudencia constitucional estadounidense, hace referencia por tanto a aquéllos supuestos en que se considera que la lesión del derecho ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona, pues “existen líneas de investigación en marcha no viciadas de constitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma”, bajo un contexto de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En terminología del Tribunal Constitucional español, la excepción se basa en considerar que los datos probatorios obtenidos a partir de la lesión al derecho fundamental son “neutros”, en el sentido de que no han sido indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada; o, lo que es lo mismo, que esa prueba se hubiera obtenido igualmente sin la vulneración del derecho.

Por su parte, la excepción del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*) es también creación de la jurisprudencia norteamericana, y fue asumida por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Nix Vs. Williams*. Esta excepción, a la que se denomina a veces la doctrina de la fuente independiente hipotética (*hypothetical independent source doctrine*), se basa en argumentar que las pruebas resultantes de la lesión del derecho (por ejemplo, la información contenga en la cinta magnetofónica que se ha obtenido lesionando el derecho a la privacidad de las comunicaciones), que sólo por ese deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas. Normalmente lo que se sostiene (y en eso consisten esas “otras vías”) es que la policía tenía en marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos).

La excepción del descubrimiento probablemente independiente se ha hecho merecedora de críticas, pues es difícil determinar en cada uno de los casos examinados qué papel jugaron en la práctica de la prueba derivada los datos e informaciones obtenidas a partir de la lesión del derecho y qué papel jugaron las observaciones derivadas del seguimiento policial que se venía desarrollando. Por eso “resulta aventurado atribuir al dato obtenido con la intervención [lesiva del derecho] un papel meramente accesorio”. Y aún cabe formular críticas más contundentes a la excepción del descubrimiento inevitable, pues se basa en un juicio meramente conjetural o hipotético, es decir, en lo que pudo haber pasado y no

pasó, por lo que resulta difícilmente admisible desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que exige ser desvirtuada con datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita.<sup>37</sup>

En el derecho colombiano, señala *Luis Fernando Bedoya Sierra*, entre los criterios relacionados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, supone la violación de garantías fundamentales y la obtención de evidencias claramente vinculadas con la actuación irregular. En este evento, la razón para mantener la evidencia en pro de los intereses de la víctima y la sociedad, está relacionada con el hecho de que, de todas formas, sería descubierta; así, lo único que la actuación ilícita hizo fue anticipar un resultado inevitable; por ejemplo, puede hablarse de fuente independiente en el caso en que los investigadores presionan indebidamente a un detenido por el delito de homicidio para que diga dónde está el cadáver y logran con esto hallarlo; a pesar de esto la Fiscalía puede acreditar luego, que un grupo de búsqueda dispuesto con antelación para hallar el cuerpo, necesariamente lo encontraría, gracias a la información con la que contaba y al lugar en el que estaba realizando el operativo.<sup>38</sup>

La determinación de cuándo se entenderá que la conexión ha sido suficientemente atenuada como para que la prueba derivada de una prueba inconstitucional, sin embargo admisible, se realizara caso por caso por los Tribunales; así en un intento por contrarrestar estos vagos parámetros, la doctrina ha deducido de los pronunciamientos jurisprudenciales españoles los factores cuya concurrencia puede coadyuvar a esa determinación, sin que la mera presencia de uno de ellos pueda provocar por sí mismo que la mancha resulte purgada, ya que cuanto más tiempo haya transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de pruebas derivadas, más posible es que los Tribunales estimen que la 'mancha' ha quedado suficientemente atenuada como para que no se justifique la aplicación de la regla de exclusión, acorde a la 'longitud' de la cadena de causas y efectos. Cuanto más acontecimientos y actuaciones hayan mediado entre la ilegalidad primera y la prueba derivada, más probable será que el Tribunal considere que el fruto no ha llegado a verse afectado por el vicio que afecta el árbol del cual proviene.

#### **3.4.4 LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE.**

Conforme a la cual se legitima y se le reconoce aptitud probatoria a las pruebas obtenidas

---

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, p.204.

ilícitamente cuando se demuestre que los funcionarios policiales actuaron de buena fe, es decir, que creyeron que su actuar se ajustaba a la ley. Esta excepción, como lo destacan algunos doctrinantes, también queda en la subjetividad del juzgador. Sin embargo, la jurisprudencia de las Cortes estadounidenses han fijado unas ciertas pautas para establecer cuándo se aplica o no esta excepción, a saber:

*Declaración jurada falsa:* No cabe apreciar la concurrencia de buena fe objetiva si al solicitar la autorización judicial el agente de policía realizó una declaración jurada falsa, o una declaración en la que pudiera apreciarse 'un desprecio manifiesto de la verdad'. La Corte Suprema considera que ese desprecio manifiesto de la verdad puede producirse en aquellos casos en los que el solicitante 'de hecho tenía serias dudas con respecto a la verdad' de los hechos.

*Falta de neutralidad por parte del Magistrado que emitió la autorización:* No cabe alegar buena fe objetiva en aquellos supuestos en la que la actuación del Magistrado emisor pudiera apreciarse una clara falta de neutralidad. En palabras de la Corte Suprema, no procederá a invocar la excepción de buena fe cuando si el 'Magistrado que emitió (la autorización) abandonó totalmente su función judicial'.

*Falta de indicios suficientes en la declaración jurada:* El hipotético agente de policía razonablemente bien entrenado no puede apoyarse de buena fe 'en una autorización de registro basada en una declaración jurada' tan carente de (expresión de) causa probable como para que la confianza policial en su existencia se hiciese totalmente irrazonable. Si la declaración jurada simplemente ver-ría afirmaciones y derivaba conclusiones que no venían convenientemente fundadas en hechos, de manera que la apreciación de la existencia de indicios justificativos de la intrusión en la intimidad mediante el registro autorizado resultase irrazonable, no cabrá apreciar la existencia de buena fe objetiva.

*Falta de particularidad en la delimitación del ámbito del apoderamiento conferido:* No cabe apreciar la concurrencia de buena fe objetiva cuando la autorización de registro es emitida confiriendo poder para realizar el registro en unos términos tan vagos que no sea posible presumir su validez a la luz de las exigencias de la Cuarta Enmienda, la cual exige que la autorización describa detalladamente 'el lugar a registrar, y las personas u objetos a confiscar'.

*Defectos en la ejecución de autorización de registro:* la aplicación de la excepción de buena fe exige, por último, que la autorización posteriormente declarada nula fuese correctamente ejecutada en sus propios términos, en una nota al pie, la Corte en León dejó claro que la excepción de buena fe 'presupone, por supuesto, que los agentes de policía ejecutaron correctamente la autorización y registraron únicamente aquellos lugares y buscaron sólo aquellos objetos que racionalmente se podían entender cubiertos por la autorización'.

Considerada la excepción de la buena fe como la más peligrosa para la regla de exclusión y, por consiguiente para la protección de los derechos fundamentales que constituye su objetivo, la cual no fue incluida en el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales. El mayor peligro lo representa el riesgo de contagio (o extensión) a la prueba directamente obtenida a partir de la lesión de un derecho; o

sea, la posibilidad de que también se determinen formulando excepciones a la exclusión de las pruebas directas. Esta excepción (*la good faith exception*) fue creada por la jurisprudencia norteamericana en 1984 en la sentencia que resuelve el caso *United States Vs. León*. En ella se afirma que no procede aplicar la *exclusionary rule* cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero aparentemente correcta; es decir, cuando haya actuado en la creencia de que la orden judicial que autoriza el registro era válida. Esta doctrina se completó en 1987 con la sentencia *Illinois Vs. Krull*, que extendió la excepción de buena fe de León a los supuestos en que la policía había realizado el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional y, en 1995 con la *Arizona Vs. Evans*, que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial.

La justificación de la excepción de buena fe es que en estos casos –según el Tribunal Supremo español, la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder. Cualquier policía en el futuro actuaría de la misma forma.

En España, la excepción de buena fe policial ha sido introducida por la STC 22/2003 a propósito de un caso donde se cuestionó la licitud de la información contenida en el acta de entrada y registro que la policía realizó en el domicilio de un detenido sin que mediara su consentimiento, ni autorización judicial, sino sólo el consentimiento de la esposa del denunciante. El Tribunal Constitucional adujo que en el momento de practicar la entrada y registro, el consentimiento de la esposa parecía “*como habilitación suficiente para llevarlo a cabo conforme a la Constitución*”; esto es, que no existió dolo o culpa (o mala fe) en dicho registro, pues los agentes policiales que lo practicaron actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente; por ello concluyó que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

Así, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, o en relación con la prueba obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis ha permitido a la jurisprudencia norteamericana sostener su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad. Lamentablemente, la formulación de excepciones a la regla de exclusión (y el consiguiente debilitamiento de la protección de los derechos) no es algo exclusivo de la jurisprudencia norteamericana y de su pregonada tesis del efecto disuasorio. Un fenómeno muy similar ha tenido lugar

en la doctrina constitucional española a raíz de la construcción, a partir de la inaugural STC 81/1988, de la artificiosísima doctrina de la conexión de antijuridicidad.<sup>39</sup>

No se puede perder de vista que los medios utilizados para la represión penal en un Estado Social de Derecho han de tener de soporte los principios jurídicos esenciales en una sociedad democrática. La propia existencia de un proceso aleja la idea de que la única finalidad del Estado en este ámbito se traduzca en la represión de las conductas delictivas, puesto que de ser ello así, necesariamente sobraría el proceso mismo.

El Estado debe preservar los valores y los principios que rigen a la sociedad, motivo por el cual no puede desbordar los límites de la legalidad, pues podría ocasionar un daño social al perder la legitimidad en que debe sustentar sus actuaciones. Por tal razón, el fiscal, el juez y las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad, legalidad en el debate probatorio y con respeto de la persona humana, postulados que constituyen los límites fundamentales a la aplicación de los principios de la libertad de la prueba, la obtención coactiva de la misma y el derecho de defensa. Así, entonces, en el juicio no se puede utilizar medios de prueba que desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa disposición legal, un derecho fundamental o una garantía judicial, toda vez que se pueden contener de forma implícita, al respecto la Corte mexicana así lo precisó en los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

***“PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no***

<sup>39</sup> *Op. cit* GASCÓN ABELLÁN Marina, “Freedom Of Proof?”, p 81.

resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23)”.

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”.<sup>40</sup>

Por consiguiente, la libertad absoluta de los medios de prueba impera siempre y cuando no se atente contra aquéllos.

<sup>40</sup> **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 1ª. CXVII/2005, Agosto de 2007, Materia Constitucional, página 697.

El funcionario judicial garante de los derechos humanos y por ello en tutela judicial efectiva, debe proporcionarle a la sociedad la seguridad de que los fines del derecho, de la justicia y de la equidad, se cumplirán con apego, a lo estipulado en la Constitución, en los instrumentos internacionales y en la ley; el marco constitucional no sólo debe proteger el orden social y la seguridad pública, sino que igualmente debe proteger la dignidad y la libertad personal del procesado, así como velar porque los derechos de la víctima se restablezcan. Ello, conforme a la exposición de motivos de la reforma constitucional penal.

### **3.5. LA TESIS ESPAÑOLA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.**

La conexión de antijuridicidad es una construcción teórica del Tribunal Constitucional español mediante la cual se pretende explicar cuándo deben ser excluidas del proceso y cuando no las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias y de estas circunstancias da cuenta justamente la doctrina de la conexión de antijuridicidad. En realidad, con la tesis de la conexión de antijuridicidad lo que pretende el Tribunal Constitucional es justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, bajo un contexto de presión social ante la criminalidad. Dicha doctrina, se proyecta sólo sobre el denominado efecto reflejo de la regla de exclusión de la prueba ilícita; esto es, en el ámbito de las denominadas pruebas ilícitas indirectas, pues llevar esta tesis también al ámbito de las pruebas ilícitas directas equivaldría pura y simplemente a la anulación de la regla de exclusión y con ello a la desprotección de los derechos fundamentales en uno de los campos más proclives a su vulneración.

La tesis de la conexión de antijuridicidad se articula por primera vez en la STC 81/1988 y se resume en el siguiente planteamiento: cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso, sino sólo cuando exista, además de la relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la regla de exclusión ante la lesión del derecho y la prueba, ésta podrá ser incorporada al proceso. Es decir, la ausencia de conexión de antijuridicidad es lo que justifica no aplicar (o excepcionar) la regla de exclusión.

En virtud de esta doctrina, no existe conexión de antijuridicidad (y por tanto cabe utilizar la prueba en el proceso), sólo si concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente: a) perspectiva interna; y, b) perspectiva externa. En el primer lugar (perspectiva

interna), es necesario que la prueba refleje o derivada o indirecta sea jurídicamente ajena a (o independiente de) la vulneración del derecho, lo que tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; esto es, cuando la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes de la lesión del derecho. La apreciación del dato de la independencia exige tomar en cuenta circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como su resultado. En segundo lugar (perspectiva externa), se requiere que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la entidad objetiva de la vulneración del derecho cometida, así como la existencia o no de la intencionalidad o negligencia grave en dicha vulneración.

En palabras del Tribunal Constitucional.

*“...para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hecho de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho... materializadas de la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar, si desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se trasmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho... ...Exige”.*

Además –añade- “estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las esenciales de tutela del mismo cabrá en entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

La tesis de la conexión de antijuridicidad condiciona por tanto la admisión de las pruebas ilícitas indirectas, aparte de a la independencia jurídica ente la lesión del derecho y la prueba derivada, a la inexistencia de necesidades importantes de tutela del derecho lesionado; esto es, al suponer la independencia jurídica hay que examinar la concreta lesión del derecho fundamental para ver si la excepcional admisión de la prueba ilícita, no afectara demasiado a su contenido esencial y su necesidad de tutela. La tesis, en este segundo aspecto, formula pues la exclusión en unos términos preventivos que recuerdan mucho la doctrina norteamericana del *deterrent effect*, pues una vez afirmada la independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba, la exclusión

queda condicionada a las necesidades de disuasión, pero con ello el tribunal, que inicialmente había configurado la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal, ha reformulado su fundamento, acercándose a los pronunciamientos típicos de la jurisprudencia norteamericana.

De hecho un año después de la construcción de esta doctrina, la STC 49/1999 muestra ya claramente este viraje en la fundamentación de la regla de exclusión, remite en realidad a un juicio de ponderación entre el interés público de la verdad (conectado a la seguridad nacional) y el interés de tutela de los derechos fundamentales. Y este juicio de ponderación, precisamente por su acusado carácter discrecional, termina dejando en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos. Según esta doctrina, la apreciación de la independencia jurídica depende de circunstancias como la índole y las características de la vulneración originaria del derecho, así como de su resultado, lo cual remite también a un juicio notable discrecionalidad; más bien limitada bajo la convicción de que la rígida aplicación de la regla tendría un impacto nocivo sobre la confianza de los individuos en el funcionamiento del Poder Judicial, que sobre todo en el proceso penal verían cómo personas aparentemente culpables son exoneradas con base en los que ellos consideran detalles técnicos de escasa importancia y en todo caso a concepciones más profundas de filosofía política para las que los derechos fundamentales no representan el basamento infranqueable del Estado y del derecho. Prueba de ello, es que entre los defensores de este debilitamiento de la regla de exclusión, hay quienes se muestran críticos incluso con la tesis del efecto disuasorio, por considerar que es demasiado condescendiente con los derechos fundamentales frente a la necesidad de sancionar el delito propio del Estado; quienes consideran que disuadir de la lesión de los derechos inadmitiendo la prueba ilícita es “premiar” al efectado por esa violación, pues para evitar actuaciones de este tipo se podía, si acaso, sancionar al policía que viola el derecho fundamental pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe; en definitiva, hay quienes consideran que los derechos fundamentales no son algo intocable o tabú. Principio de relatividad como excepción de los derechos humanos por razones de seguridad nacional. Al respecto, ante la interrogante si ¿son universales los derechos humanos?, esto es, que no deben existir excepciones a ellos (algunas personas carecen de derechos humanos). Existen dos posturas. Una de ellas que afirman las organizaciones de Derechos Humanos, en el sentido de que no existe razón, ni ideología, ni política, ni militar, ni social, ni religiosa, ni de índole alguna, que justifique el asesinato de un ser humano; lo cual expresa con claridad la noción de universalidad de los derechos.

Sin embargo, otros afirman que los Derechos Humanos son relativos, dependen del: a) contexto cultural; b) de las razones políticas; o, c) de la protección de la seguridad del Estado.

En el contexto cultural, sostienen que los Derechos Humanos constituyen un producto occidental, resultado de los horrores de la Guerra Mundial; una culminación internacional de determinadas tendencias y valores contenidos en las revoluciones americanas y francesas, así como sus respectivas declaraciones. Los países latinoamericanos (tercer mundo) tienen experiencias culturales históricas distintas. Su mayor experiencia es el colonialismo (el problema de la población indígena) y la dominación europea, y no la Guerra Mundial. Sin considerar por esas diferencias, sostienen, la concepción de Derechos Humanos como normas universales intentan imponer visiones occidentales sobre los estilos de vida, las decisiones personales, las relaciones entre los ciudadanos, y sus vínculos con el Estado. Los valores que esta posición privilegia con la diversidad cultural y la autenticidad nacional.

En contra de este argumento se sostiene que en la mayor parte del tercer mundo se ha producido una occidentalización de valores, una penetración cultural por la vía del Estado moderno, del dinero, de los productos y la extensión del mercado. El desarrollo del capitalismo -que, entre otras cosas, significa intercambio de mercancías- ha conllevado un extenso intercambio cultural de valores y creencias. Se ha desarrollado una cultura de síntesis, que va más allá de la occidentalización. Hoy en día es difícil encontrar culturas tradicionales que justifiquen el relativismo cultural en forma extrema. Se cree que el relativismo ha constituido más bien una Teoría dirigida a justificar prácticas autoritarias de los estados de tercer mundo.

Una nueva interpretación del principio de no discriminación (la interpretación clásica sostiene que no se puede discriminar a un individuo en razón de su raza, sexo, religión, etc.), podría sostener que el gozo de los Derechos Humanos no debe depender de la pertenencia del individuo a un determinado Estado. No debe ser confinado a las fronteras nacionales. No se puede discriminar en razón de la pertenencia a tal o cuál cultura.

Hernán Montoalegre (La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos), sostiene que algunas personas “los subversivos” o “terroristas” no tienen derechos, los cuales están subordinados a la seguridad de la nación. Si para su defensa es necesaria la violación de Derechos Humanos, entonces hay que hacerlo. Sin embargo, no especifican, que es la nación, ni los medios que permiten garantizar su seguridad. Además, son privilegiados y pocos los que decidirán al dar la respuesta. La nación se compone de ciudadanos, sería un contrasentido violar los Derechos Humanos de los ciudadanos garantizando la seguridad nacional. Se llegaría al absurdo de justificar a grupos políticos-militares o de

delincuencia organizada, que apelan la violación de Derechos Humanos, no en la seguridad nacional, sino en “la revolución” o “el narcotráfico, el secuestro, el lavado de dinero, el homicidio, etc.”

Debe concluirse que los Derechos Humanos son universales, forman parte de la herencia de toda la humanidad. Aún en sociedades con patrones culturales diversos existen grupos que promueven los Derechos Humanos.<sup>41</sup>

Obviamente, estas tesis no niegan la importancia de los derechos fundamentales como el elemento básico del orden político, pero al resaltar la necesidad de ponderar los derechos con las demandas sociales de justicia y seguridad mitigan y al extremo, anulan su trascendencia; también es verdad que esta posición aun cuando en el texto constitucional mexicano **es tajante (exento** en delincuencia organizada), la legislación secundaria advierte matices en carácter de excepción, respaldado bajo la idea de que no existe un sistema de prioridades absolutas entre los distintos bienes y derechos constitucionales, por lo que los eventuales conflictos entre los mismos hablan de ser resueltos mediante un juicio de ponderación a la luz de las circunstancias reales de los casos; empero, al dejar ciertas cuestiones a la discrecionalidad en la decisión, propician que diferentes intereses al respeto de los derechos fundamentales sedan el paso a otros valores, como lo es la criminalidad creciente, a cuya expansión se conformará la regla de exclusión bajo interpretaciones más o menos extensivas, aunque con ello se contraponga al reconocimiento de plena eficacia de los derechos humanos, bajo un modelo procesal-constitucional comprometido no sólo con la averiguación de la verdad, sino también con la defensa de los derechos, un modelo en el que verdad no puede perseguirse a cualquier precio.

### **3.6. DOCTRINA DEL ENTORNO JURÍDICO Y DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD**

Dice el tratadista *Jairo Parra Quijano* que en Alemania, el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales (b.g.h.) ha desarrollado la teoría del entorno jurídico, la cual permite la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente, acerca de la práctica de las mismas, depende de si la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia;

---

<sup>41</sup> **CHIPOCO**, Carlos “*La protección universal de los Derechos Humanos. Una aproximación crítica*” <http://bibliojuridica.org/libros/4/1835/16.pdf>

esto es, deben apreciar dos áreas objeto de protección de distinta intención: hay un núcleo totalmente intangible, cuya vulneración comporta la absoluta imposibilidad de aprovechamiento de material probatorio que pueda llegar a lograrse. Así acontece con las declaraciones obtenidas mediante los métodos de interrogatorio prohibidos por el artículo 136 a (de la Ley Procesal Penal) malos tratos, agotamiento, violencias corporales, administración de fármacos, tortura, engaño, hipnosis, o que menos cabe en la memoria o capacidad de comprensión) independientemente del consentimiento del inculpado. Resta, luego, una esfera de menor protección, en la que hay que considerar si la violación de la prohibición probatoria afecta esencialmente al entorno jurídico o si esa violación ha sido para él algo secundario o sin importancia<sup>42</sup>.

Asimismo, para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. **CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD** Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas, por ejemplo, utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades. Por su parte, para la tratadista Pellegrini Grinover, señala que la teoría hoy dominante de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por violación a garantías constitucionales, vienen no obstante, atenuada por otra tendencia que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad notable y excepcional. Se trata del denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip* o '*criterio de proporcionalidad*' en cuyo caso los tribunales de Alemania, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos.

Reconociendo el subjetivismo incito en el principio de proporcionalidad, puede acarrear severos riesgos, algunos autores tienen admitido que su utilización podría transformarse en un instrumento necesario para la salvaguarda y mantenimiento de valores conflictivos, desde que aplicado única y exclusivamente en situaciones tan extraordinarias llevaría a resultados desproporcionados, inusitados y repugnantes si no se admitiera la prueba ilícitamente obtenida. Así, para Minvielli, planteadas situaciones excepcionales como las referidas en un comienzo, el principio de la inadmisibilidad de la

---

<sup>42</sup> CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián "*Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio*", Colección Lecciones del Sistema Acusatorio No. 5, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C.-Colombia, 2008, pp 51 a 54.

prueba ilícita contrasta, choca o pone en riesgo otros valores o intereses cuya garantía o aseguramiento en el marco de nuestro derecho también resultan relevantes. Es decir, que se produce una antinomia — de las tantas que conoce el proceso— entre el derecho protegido mediante la aplicación de las reglas de exclusión y aquel otro derecho que la regla lesiona. La cual, consideramos debe ser resuelta mediante la aplicación de un criterio de proporción, admitiendo la prueba ilícita cuando ella sea el único instrumento para evitar daños de mayor gravedad en el caso concreto. Y ello, en función de que los derechos no son ilimitados; todos los derechos tienen sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, por sí misma establece en algunas ocasiones. Sin perjuicio de lo cual, la propia autora se ocupa de aclarar —como pautas destinadas a evitar el uso distorsionado del criterio propuesto— que la instrumentación del beneficio de la proporcionalidad habrá de juzgarse en cada caso concreto, de frente a la situación de hecho planteada y nunca en abstracto. Y que por su naturaleza excepcional, la inadmisibilidad de la conducta violatoria de la ilegalidad sólo tendrá lugar en la medida de lo estrictamente necesario para prevenir el daño, pero nunca podría utilizarse como prueba en contra del imputado.

En contra del mencionado postulado, sostiene Edwards, que el criterio de proporción se nos presenta sumamente peligroso, ya que implica una verdadera desnaturalización de la prueba ilegal, principalmente de su fundamento ético: no puede avalarse de ningún modo la persecución pénala cualquier costo, ya que ellos significa aceptar que el fin justifica la utilización de indiferentes medios; y nunca el fin, por más loable que sea, como resulta ser el castigo del delito puede justificar el empleo de cualquier medio para lograrlo.

En igual sentido crítico, para Lösing, el principio de proporcionalidad no constituye un instrumento preciso para la toma de decisiones, pues la discrecionalidad que lleva implícita permite una inclinación hacia un lado (más garantista) o hacia otro (menos garantista). También para Struensee, con la ponderación de los derechos fundamentales en el marco del principio de proporcionalidad no solamente que se los evalúa, sino que se los relativiza y degrada.

Finalmente, en las mesas de debate nacional, la Comisión Procesal Penal reunida en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, discutió la conveniencia de balancear la aplicación de las reglas de exclusión en función de un criterio de proporcionalidad que atendiera la gravedad del delito que se investiga. Habiéndose emitido opiniones en diversos sentidos, se concluyó ente resultaría aconsejable la consideración de este tópico en futuros congresos. A su turno, la Comisión Procesal Penal convocada en ocasión del 'Primer Encuentro Nacional de jóvenes Procesalistas' extremo que estimó que 'el principio

de proporcionalidad... no es un instrumento idóneo para la toma de decisiones; antes bien, puede que sea peligroso propiciar su aplicación habida cuenta del subjetivismo y discrecionalidad que lleva ínsito<sup>43</sup>.

#### **4. EFICACIA PROBATORIA DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES.**

En el sistema acusatorio, la fase preliminar o investigación inicial como nosotros la conocemos, existen cuatro tipos de actividades esenciales que el ministerio público practica:

1. Actividades puras de investigación
2. Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento
3. Anticipos de prueba, es decir, pruebas que no pueden esperar su producción en el debate
4. Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales

En los sistemas en que existe el juez de instrucción, estas cuatro actividades están concentradas en su figura, lo que hace incompatible la tarea de juzgar y acusar, ya que debe ser guardián de sí mismo. Por lo tanto la función de acusar quedará en manos del Director del sumario que se constituye en la figura del Ministerio Público, en tanto que era menester introducir una figura que se constituyera en guardián de la Constitución.

En algunos modelos los fiscales se encargan de la investigación y es un juez el encargado de autorizar la toma de decisiones que haya efectuado el órgano de la acusación. Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales, y lo más importante es que en la práctica ha resultado ser más eficaz, tanto para profundizar la acusación como para preservar las garantías del imputado y de la propia víctima u ofendido del delito. Los fiscales tienen la responsabilidad de la investigación y de la toma de decisión, la cual será vigilada y controlada por un juzgador.

---

<sup>43</sup> *Idem.*

El sistema acusatorio de tipo adversarial, propone una investigación preliminar que garantice los derechos fundamentales de los imputados y la transparencia del ejercicio de la acción penal; ello sin soslayar que la etapa preliminar no es eminentemente contradictoria como el propio juicio oral, pero pugna porque se mantengan las mismas posibilidades de defensa entre las partes, ello supone la posibilidad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes e interponer los recursos correspondientes.

También significa que la publicidad que debe observarse en el juicio oral respecto a la participación ciudadana, si bien acotada en algunos supuestos para garantizar el éxito de la investigación, deje de ser eminentemente secreta para los sujetos procesales; contrario a lo que acontece en la actualidad, debe permitirse el acceso al querellante, al defensor al desarrollo de la investigación, para ello la legislación secundaria señalará las modalidades para la realización del sumario. La investigación preparatoria, tiene actuaciones trascendentales que se relacionan directamente con diligencias que pueden violentar derechos fundamentales y no menos importantes actos conclusivos que se relacionen con ellos.

La decisión judicial sólo podrá estar fundamentada en la actividad producida en el juicio oral, donde se manifiestan en toda su plenitud los principios y derechos que han de presidir el enjuiciamiento, como son el principio de contradicción, de inmediación judicial, el principio de publicidad o el derecho de defensa, que en definitiva no son sino garantías que contextualizan la verdad forense. Esta es la actividad probatoria que se puede calificar como “regular” o “auténtica”, siendo los medios de prueba legalmente previstos el cauce a través del cual se hace valer esa actividad demostrativa en el proceso.

La regularidad o autenticidad de la prueba comporta pues que la actividad probatoria debe desarrollarse ante el mismo juzgado o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que su convicción se alcance mediante el contacto directo con los medios aportados a tal fin, engarzando pues con el principio de inmediación, como ya hemos significado más arriba. Desde luego cabe también que los actos de prueba se correspondan con determinadas diligencias de investigación. De este modo, una declaración testifical puede ser tanto una diligencia instructora como un medio de prueba, pero entre ambas existirán diferencias sustanciales puesto que su naturaleza y finalidad son diversas. Abundando en esta cuestión, si en la práctica de esas diligencias investigativas tendrán que ser respetados los derechos constitucionalmente reconocidos, particularmente el derecho de defensa del imputado en sede penal, este derecho nunca podrá tener la dimensión que cobra una vez abierto el juicio oral. No es sólo

que el ejercicio de derecho de defensa por el imputado exigirá su previa individualización, no siendo extraño que alguno de los actos de investigación a que nos referimos ya se hayan practicado; sino que incluso una vez consumada la individualización del sujeto pasivo, el conocimiento del imputado acerca de los términos de la imputación, tanto de un punto de vista factico como jurídico, será durante la instrucción de la causa limitado y progresivo, de modo que su intervención contradictoria en los autos estará en función no de evitar la condena, como ocurre en el juicio oral, sino orientada a desplazar los indicios que pueden llevar al órgano de acusación a promover el ejercicio de la acción penal y a servir de sustrato para la adopción de medidas limitativas de derechos, en consonancia con los fines propios de esta fase. Obviamente esas diligencias de investigación no cumplirán con otras exigencias consustanciales a los medios de prueba precisamente derivadas de su práctica en el juicio oral, tales como la publicidad de las actuaciones o, particularmente en lo que a nosotros interesa, la inmediatez del órgano sentenciador.

De ahí que las diligencias documentadas en las actas de investigación policiales o fiscales no pueden ser consideradas auténtica prueba de cargo, salvo en circunstancias excepcionales en que sea imposible su reproducción, y siempre y cuando se incorporen al juicio oral a través de auténticos medios de prueba, como más adelante analizaremos. Ello resulta particularmente aplicable a las declaraciones documentadas en el atestado, las cuales carecerán de todo valor probatorio si no son ratificadas por sus autores en el plenario y se acomodan a lo regulado para la prueba testifical.<sup>44</sup>

El proceso penal acusatorio descansa sobre el principio de la dicotomía de la prueba, según el cual la prueba incorporada en la instrucción o fase preparatoria sólo tiene como función establecer la verosimilitud de la acusación y la solución de problemas vinculados con ello (individualización y aseguramiento del imputado, bienes, registros, excepciones, sobreseimiento y apertura al juicio oral), pero no tienen ningún valor a los efectos del juicio oral, a menos que sea oportunamente ofrecida y admitida para su desahogo; así hay que diferenciar entre los actos de la investigación y los actos de prueba *stricto sensu*.

En el proceso penal acusatorio, la prueba opera en primera instancia mediante tres fases:

**a) Preparatoria o de investigación inicial (PCFPP)** la cual abarca desde la presentación de la denuncia o querrela o su equivalente hasta que el imputado queda a disposición del juez de control,

---

<sup>44</sup>**CABEZUDO RODRÍGUEZ**, Nicolás *“Del Principio de Inmediatez, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp 86 y 87.

etapa donde el imputado no tendrá acceso al legajo a no ser que hubiera sido detenido con flagrancia o caso urgente, o la policía pretenda tomarle una entrevista o el Ministerio Público una declaración.

**b) La de control previo**, que comprende desde que el imputado es puesto a disposición del juez de control hasta el auto que resuelva la vinculación a proceso.

**c) La de investigación formalizada**, que comprende desde que se notifique al imputado el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación;

**d) La etapa intermedia o de preparación a juicio**, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio oral;

**e) La de juicio oral**, que comprende desde que se reciba el auto de apertura hasta la emisión de la sentencia.

En el transcurso de esas etapas la prueba se va depurando, transformando al punto que solo puede hacerse valer en sentencia la prueba que efectivamente ha sido practicada en juicio oral, bajo la máxima, que nadie que niegue su responsabilidad puede ser condenado en juicio oral. El principio anterior, trae aparejada una norma rectora que garantiza la justeza del juzgamiento, esta norma establece de grosso modo que para que la sentencia se pronuncie en juicio oral sólo tendrán valor las pruebas practicadas en el juicio oral y que hayan sido legalmente incorporadas a éste.

Los actos de prueba de los de investigación se orientan, más bien, a esclarecer los hechos denunciados u objeto de una demanda futura, preparando, si hubiere lugar, el juicio oral. Indudablemente la liberalidad que supone el predominio del principio de libre valoración de la prueba no autoriza al órgano sentenciador a atribuir la calidad de prueba a aquellas actuaciones que por su naturaleza son ajenas a tal carácter. En consecuencia no podrá fundar su decisión en meras diligencias investigativas, ni en aquellas otras que revistiendo externamente los caracteres de prueba se hubieran obtenido, directa, o indirectamente, violentado los derechos y libertades constitucionales, la denominada prueba ilícita. Como tampoco podrá prescindir de la prueba practicada en juicio, con independencia de que los resultados de esta se deduzcan coincidan o no con su opinión personal sobre el objeto litigioso.

Cada uno de esos factores debe ser sopesado por el órgano sentenciador al tiempo de formar su decisión. La convicción del juzgador en sentido condenatorio, bien mediante la aplicación de la regla de juicio de la carga de la prueba en sede jurisdiccional, bien por la ausencia de duda razonable alguna acerca de la culpabilidad del acusado, como se exige en el orden penal, se vincula, de este modo, con un determinado modelo de actividad demostrativa, tratándose un puente entre el “¿cuándo?” y el “¿para qué?”. Como índice el principio de inmediación en ello, será objeto del apartado subsiguiente.

Así el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales establece que se considera dato de prueba, la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Los datos de prueba serán considerados para valorar la existencia del hecho delictuoso y la probabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión, se resuelva el conflicto penal por alguna de las formas de terminación anticipada (**artículo 289 PCFPP**).

En tanto que para efectos de la sentencia dictada en el juicio oral, sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio, salvo el caso de la prueba anticipada (**artículo 291 PCFPP**).

Esta es uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio y es principio básico en materia probatoria, a diferencia del sistema inquisitivo en el que las evidencias recogidas en el sumario o investigación inicial surten efectos de manera plena en la sentencia definitiva. No obstante, señala Lorenzo Pérez Sarmiento<sup>45</sup>, que esa regla fundamental de la prueba ha sido interpretada erróneamente, sobre todo en la doctrina española, en el sentido de que la fase de investigación ni siquiera forma parte del proceso penal y que las evidencias recogidas en ella no tienen valor alguno para los efectos del juicio oral, pues el proceso penal inicia cuando se presenta la acusación y de su contestación acompañados de la oferta probatoria; empero señala que en cierto modo el resultado de las diligencias de investigación realizadas durante la fase de investigación no constituyen pruebas para condenar, ni pueden ser valoradas directamente en la sentencia definitiva, a menos que se promuevan en el debate contradictorio en la fuente adecuada y se practiquen de esa manera en juicio oral; sin embargo ello no quiere decir que el resultado de las diligencias de investigación carezcan de valor absoluto, muy por el contrario, tienen gran valor para el proceso penal, pues en primer lugar sirven de fundamento a las diversas solicitudes y decisiones que se producen en las propias fases de investigación formalizada e

---

<sup>45</sup> *Op. cit.*, **PÉREZ SARMIENTO**, Eric Lorenzo, pp 71 y 72.

intermedia y que requieren prueba, tales como la adopción de medidas cautelares, el sobreseimiento, la solicitud de apertura al juicio oral; además, esas evidencias son la base o el fundamento de las que deben ser promovidas u ofrecidas por las partes, sobre todo por parte del fiscal para su práctica en el juicio oral.

La prueba es por tanto, un elemento constante en el proceso penal acusatorio, dada la cantidad de incidencias que deben ser resueltas con su auxilio a lo largo de todas las etapas; así para cada una de las incidencias que se presentan en las etapas del proceso preparatoria e intermedia, el resultado de las diligencias, de investigación absolutamente válido, siempre y cuando sea legal, útil, conducente y pertinente.

Dice Nicolás Cabezudo<sup>46</sup>, que la inmediación es una técnica demostrativa o desde una perspectiva constitucional, la única técnica admisible de ordinario para la formación de las pruebas personales, siendo uno de los factores determinantes, aunque no el único, para que esos elementos de convicción alcancen el estado de prueba autentica regular. La actividad probatoria se desarrollará en el juicio oral y ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la causa. En esta línea, los tribunales ordinarios han identificado el acto del juicio oral como “la fase estelar y fundamental del proceso”, por cuanto entonces “culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes”, componentes nucleares del debido proceso. Argumento en que incide el Tribunal Constitucional español al sostener que:

*“...únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes...”*

Es por ello que en los aspectos atinentes a la formación de las pruebas el principio de inmediación es considerado como uno de los pilares del derecho a un juicio con todas las garantías. Así se comprende su íntima relación con la carga de la prueba y con la presunción de inocencia como reglas de juicio vinculantes para el juzgador en sede civil y penal respectivamente, pues como norma general la presencia judicial en la práctica de los elementos de convicción condiciona su efectividad toda vez que

---

<sup>46</sup> *Op. cit.*, CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, pp. 90 y 91.

predetermina el propio concepto de prueba válido. Así, el Tribunal Supremo evoca la doctrina general acerca del control en vía casacional del derecho a la presunción de inocencia, que, a decir del alto tribunal:

*“...no puede consistir en realizar una valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede éste tribunal verificar que, efectivamente, el tribunal ‘a quo’ contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia...”*

Pronunciamientos jurisprudenciales como el reproducido evocan la dimensión subjetiva de este principio, en virtud de la cual la inmediación con los medios de prueba se nos muestra como el más característico método de conocimiento judicial, esto es, de captación de la realidad por el juez o tribunal, práctica que comporta no solo la presencia sino también la interacción del juzgador con los mencionados elementos de convicción. De ahí que identifiquemos la inmediación como una de las vías principales por las que se alimenta la decisión del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, el objeto de la investigación es que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio o no de la acción penal y la eventual acusación contra el imputado (**artículo 166 PCFPP**) y a las actuaciones de investigación realizadas por la policía o el Ministerio Público Federal podrán tener acceso el imputado y su defensor cuando aquél comparezca como imputado, sea detenido, derecho a consultar registros y a que se le entregue copia del mismo; a partir de este momento las actuaciones ya no podrán mantenerse en reserva, salvo que sea indispensable a fin de asegurar el éxito de la investigación y sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa (**artículo 172 PCFPP**).

En el sistema anglosajón no existe el secreto sumarial, entendido como ocultamiento del curso del proceso y del resultado de las diligencias para el acusado y su defensor, que tiene pleno acceso a todas las diligencias del proceso desde el momento mismo en que se produce el primer acto incriminatorio que es la detención.

El Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la etapa de investigación tiene como finalidad que el Ministerio Público reúna indicios orientados al esclarecimiento los hechos y, en su caso, ejercer la acción penal, investigación que debe atender los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, imparcialidad, lealtad y honradez respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos jurídicos internacionales; por ello, el Ministerio Público desde el momento mismo de tener la noticia del hecho delictivo debe abocarse a la investigación reuniendo los indicios o evidencias, para tomar la decisión sobre el ejercicio de la acción penal y en caso de que el imputado o su defensor y la víctima u ofendido soliciten determinadas diligencias para el esclarecimiento de los hechos y el Ministerio Público se niegue a practicarlas, aquéllos tendrán derecho a inconformarse ante el Procurador General de la República o ante quien se delegue dicha función.

A fin de lograr una debida integración de la carpeta de investigación por el Ministerio Público, se prevé la obligación de toda persona o servidor público de proporcionar oportunamente la información de que disponga y que le requiera el Ministerio Público, considerándose las sanciones respectivas para el caso de incumplimiento; si la información obtenida por la policía no se integra a los registros de la investigación, no podrá tomarse en cuenta por los jueces, esto en aras de salvaguardar el derecho de defensa

Para el equilibrio entre la preservación de las investigaciones iniciales y el derecho de defensa, las actuaciones de la investigación deberán ser reservadas hasta que comparezca el imputado ante el Ministerio Público o éste sea detenido, o se pretenda recibir su declaración o entrevista. De igual forma, antes de su primera comparecencia ante el juez, el imputado tendrá derecho de consultar los registros de la investigación, incluso, a que se le entregue copia de los mismos con la oportunidad necesaria para preparar una defensa adecuada. Una vez que el imputado haya comparecido ante el Juez, sólo permanecerán en reserva aquellas actuaciones cuando sea indispensable para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación o amenaza o influencia a los testigos del hecho o para proteger a las personas o bienes jurídicos. Dicha reserva no excederá la mitad del plazo máximo de la investigación formalizada, teniendo la opción el imputado o su defensor de solicitar al juez que la limite o le ponga fin (**Artículo 172 PCFPP**) .

Aunque la actividad defensiva puede iniciarse desde la etapa de indagación, ello no implica que el descubrimiento probatorio comience desde ese momento, ni significa que el Ministerio Público, al solicitar la intervención del Juez de control de garantías frente a un acto de investigación u otra actuación que implique la afectación de derechos fundamentales, esté obligada a descubrir todos los medios de acreditación recaudados.

El sistema procesal penal acusatorio obliga al Ministerio Público Federal a poner a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, prueba que puedan excluir el delito; al igual que impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo, con lo cual se supera la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia, ya que la defensa tiene iniciativa probatoria en virtud del mandato constitucional del debido proceso y defensa adecuada previsto en el artículo 20 constitucional, que establece que el inculpado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

No obstante, las diligencias de investigación que requieran autorización judicial previa, podrán ser solicitadas por el Ministerio Público aún antes de la vinculación a proceso del imputado; si el Ministerio Público requiere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se trate permitan presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito y si con posterioridad a la vinculación del imputado al proceso, el Ministerio Público solicita proceder de la forma señalada en el párrafo precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resulte estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia (**Artículo 322 PCFPP**).

#### **4.1. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA**

Cuya creación y conservación se ha establecido por la ley, con anterioridad a la existencia de un derecho o una obligación, de tal modo, que la exhibición de esta prueba se haga indispensable para la subsistencia de este derecho o de esta obligación; las pruebas por escritura preconstituidas vendrían a identificarse exclusivamente con los medios de prueba documentales, públicos y privados. A fin de aprender las contradicciones que encierra la expresión “prueba preconstituida”, se ha de tener en cuenta que los materiales que pasan por ella no son otra cosa sino el resultado documentado de una actividad

investigadora, que bajo ciertas condiciones cumplirían en la fase plenaria una función equivalente a la que desempeñan los medios de prueba auténticos como elementos de convicción judicial; las diligencias investigadoras sirven esencialmente para comprobar la *notitia criminis* en sentido amplio y que, de ordinario, suministran las fuentes de pruebas útiles, aquellas de las que se hace acopio durante la instrucción de la causa y se preparan y aseguran para ser introducidas en el juicio oral a través de los medios legalmente previstos.

Desde luego, esos materiales no se conforman para la construcción de la prueba en el juicio oral y, de ahí que no se les confiera eficacia probatoria alguna, al menos en principio. Dado su origen, es evidente que ni satisfacen ni pueden satisfacer el principio de inmediación, y la pretensión de recuperarlo a través de sustitutivos como la lectura de las actas o mediante la utilización de medios técnicos más actuales es tan solo un modo de compensar formalmente su inobservancia. El principio de contradicción en la fase preliminar, jamás podrá plasmarse de igual forma que en el plenario, aunque solo fuera porque el objeto de la causa no aparece definitivamente perfilado ab initio, sino que va decantándose progresivamente a lo largo del proceso hasta la fase decisiva del juicio oral. El objetivo es preconstituir en el sentido de “preparar” de manera consiente determinados elementos de convicción, dotándoles de algunos atributos propios de la prueba auténtica, bajo la premisa de la desaparición futura de los mismo, ya fuera por su inestabilidad natural, ya por otros motivos conocidos o predecibles, evitando con esta operación su pérdida.

La valoración que lleva a cabo de los datos de que tiene conocimiento es irrelevante a efectos de la condena o absolución del imputado, meramente porque no le corresponde a él enjuiciar la causa, y aún menos lo harán los funcionarios de la policía judicial, limitándose unos y otros a recabar y afianzar de acuerdo con la ley aquellas fuentes de conocimiento que contribuirán a formar la convicción del órgano sentenciador, siempre que su aportación al juicio oral satisfaga los requisitos de licitud, pertinencia y regularidad, según lo dispuesto en la ley. La instrucción cumple las fases de recolección y de aseguramiento de fuentes de prueba que más tarde pueden ser utilizados por los contendientes, la denominada “prueba preconstituida” en sede penal, vendría a identificarse con la actividad investigadora que al no ser “reproducible” en las sesiones del juicio oral, en el sentido de que no es posible practicar el medio de prueba con que aquella diligencia se corresponde.

Convenientemente, Gimeno Sendra sintetiza esos supuestos de preconstitución probatoria de carácter policial diferenciando entre aquellos que se derivan de diligencias policiales a prevención (controles alcohométricos, grabaciones de video-vigilancia, análisis de estupefacientes e inspecciones

corporales) y los que cuentan con supervisión judicial (circulación y entrega vigilada de drogas, escuchas telefónicas, intervención de los datos electrónicos de tráfico y gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN). Es el caso de la toma de muestra para su análisis por los laboratorios oficiales, respecto de los cuales el Tribunal Supremo ha mantenido que únicamente exigen: *“...que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron describiéndolos minuciosamente para que pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, diligencia que será firmada por la persona en cuyo poder fuesen hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos, obviamente si se hubiese dictado previamente, pudiendo acordarse el reconocimiento pericial de los referidos efectos si fuera conveniente”*.

En definitiva no gozaran de la consideración de prueba preconstituida ni las declaraciones contenidas en el atestado, ni los dictámenes técnico-periciales, a pesar de las particularidades de estos últimos. La comparecencia de los autores al juicio oral a fin de prestar testimonio y, en su caso, ratificar las actuaciones precedentes es lo que realmente confiere valor probatorio a las diligencias de que se trate. La necesidad de efectiva lectura descansa en la precisión de que el Tribunal sentenciador tenga conocimiento formal, ante las partes y en público, del contenido de la declaración. Sólo con la lectura se satisface el principio de inmediación de esa prueba y el principio de oralidad y el de publicidad, de modo que actúa como presupuesto condicionante de su validez como prueba de cargo”.

La contradicción exige que las partes puedan debatir directamente el medio de prueba de que se trate en el preciso momento en que se configura como tal a efectos procesales, constituyendo un requisito inexcusable de la formación de la prueba. En otras palabras, el principio de contradicción cobra sentido en el momento procesal en que se desenvuelve, esto es: de igual forma que el conocimiento de los hechos evoluciona desde la fase de instrucción a la de enjuiciamiento cambia el modo en que se plasma el principio de contradicción.

#### **4.2. LA PRUEBA ANTICIPADA**

Durante la instrucción cabe que el órgano jurisdiccional tenga constancia o llegue razonablemente a la conclusión de que una concreta diligencia de investigación no estará disponible como medio de prueba en el momento procesal oportuno. Para estas situaciones la Ley prevé un régimen específico, cuyo objeto final es allegar y plasmar las garantías que presiden la prueba auténtica tanto como sea posible en este periodo previo a la apertura del juicio oral.

La excepcionalidad de la anticipación connota su reafirmación con algo más que la mera sospecha de desvanecimiento de la fuente de prueba. La prudencia por razonable de esa decisión deberá conectarse con la existencia de “motivo” bastante para prever ese desenlace; deberá acordarse la anticipación del medio de prueba en aquellos casos en que exista plena certeza de que la suspensión no podrá ser evitada o en que el cese de la causa que la motiva sea altamente improbable en un plazo razonable. Los requisitos que condicionan la validez de la prueba se concretan en la intervención del instructor de la causa, la salvaguarda del derecho a la asistencia letrada del imputado, el respeto del principio de contradicción y la documentación en acta manuscrita por el secretario o a través de medios audiovisuales de la diligencia en cuestión. Exigencias que de manera general, deben cumplirse siempre a fin de evitar la indefensión de las partes.

La Constitución Federal reformada, establece en el artículo 20, apartado A, fracción III, que:

*“...III. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo...”.*

La premisa del sistema acusatorio en materia probatoria reza que sólo los medios de prueba practicados en juicio oral, con respeto a las garantías de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción son aptos para fundamentar el juicio fáctico. No obstante, el principio presenta excepciones, representada por la llamada prueba anticipada, la cual se actualiza cuando concurre una causa que impida la práctica de la prueba en el acto del juicio oral o se trate de diligencias irreproducibles que permita en la fase de investigación preliminar el anticipo de la prueba, por lo tanto son las únicas pruebas que actúa el Fiscal para lo cual se solicita autorización al juez de control, ya que no es una facultad omnímoda del Ministerio Público.

Aquí es importante establecer una distinción entre prueba anticipada y prueba preconstituida, al respecto Teresa Armenta Deu señala que la primera es aquella practicada en fase de instrucción, esto es en un momento previo al que le corresponde legalmente, debido a razones ajenas de las partes, se prevé que no podrá realizarse en la audiencia oral, ejemplos de ella lo son enfermedad del testigo, o residencia en el extranjero. Por su parte la prueba preconstituida, nace por razones de evitar la impunidad y de la búsqueda de la verdad material, ante la utilización de pruebas de imposible reproducción que se han desarrollado en la etapa preliminar y sin observar muchas de las garantías de una actividad encaminada a enervar el principio de presunción de inocencia, así pruebas como aprehensión de drogas que deben destruirse, el resultado de un video de vigilancia, la entrada y registro

de un domicilio, el momento de la detención .<sup>47</sup> La instrucción cumple las fases de recolección y de aseguramiento de fuentes de prueba que más tarde pueden ser utilizados por los contendientes, la denominada “prueba preconstituida” en sede penal, vendría a identificarse con la actividad investigadora que al no ser “reproducible” en las sesiones del juicio oral, en el sentido de que no es posible practicar el medio de prueba con que aquella diligencia se corresponde.

El elemento común a dichas excepciones probatorias, es la irrepetibilidad de las actuaciones, sin embargo la diferencia consustancial es que las pruebas anticipadas pueden desahogarse ante el juez de control y por ende gozar de las garantías de la etapa del juicio oral en presencia del imputado y su defensor, con independencia de que sean objetadas en audiencia oral, aunado a que se puede documentar la diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido o imagen; en tanto que las pruebas preconstituidas en atención a la urgencia de las diligencias y de que éstas se aseguren, hace más complejo que los principios de oralidad, inmediación y sobre todo de contradicción se puedan verificar en su práctica, de ahí la importancia de que el Ministerio Público y los elementos policíacos realicen su función con respeto a los derechos fundamentales.<sup>48</sup>

Por lo que la naturaleza de ambos tipos de prueba son diferentes, la prueba anticipada tiene una connotación más garantista, en razón de que el Ministerio público como amo y señor de la investigación ha previsto que ciertas pruebas no podrán reproducirse en el juicio oral y puedan lograr su suspensión, por lo que solicita al juez de control la práctica de las mismas bajo aspectos de contradicción, por lo que los dos supuestos que provocan la anticipación de una prueba son que las pruebas de las que se disponen en fase preliminar o intermedia, no serán disponibles por alguna razón al momento de las sesiones del juicio oral, y, que la anticipación puede originarse con el objeto de evitar la suspensión del juicio oral.

---

<sup>47</sup> **ARMENTA DEU**, Teresa, Lecciones de Derecho procesal penal, 2ª ed., Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004, pp. 171 y 172.

<sup>48</sup> Juan Joseph Queralt señala que hablar de la función policial en un Estado de derecho, supone que los derechos reconocidos de los ciudadanos deben estar presentes en todo momento y gozar de materialización efectiva, por lo que éste cúmulo de derechos subjetivos no debe verse como un obstáculo para la actividad estatal, pues ésta tiene como función precisamente la custodia y fomento de derechos fundamentales, aun cuando no se hiciera referencia alguna a los derechos fundamentales en la ley, ello no implicaría que la policía no debería llevar a cabo su protección y garantía como en el caso de una detención en donde se le informará sus derechos y las razones de su detención para evitar que ésta se torne ilegal. *Vid. Introducción a la policía judicial*, 3ª. Ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 46.

En tanto, la prueba preconstituida tiene como objeto dejar constancia a efectos de su utilización futura, de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica, es el medio para conocer algo que aconteció en el pasado mediante su consignación por escrito para asentarlos de manera fidedigna.<sup>49</sup>

En ese contexto, cuando la celeridad de tales fuentes probatorias impide su reproducción, se hace necesario que el juez de control proceda al aseguramiento o custodia de la fuente de prueba (prueba preconstituida), o la práctica del acto de prueba bajo su intermediación y mediante el respeto de una serie de garantías individuales (prueba anticipada), estas probanzas son importantes en la medida en que tratan de desvirtuar la garantía de presunción de inocencia, ya que su introducción permitirán al tribunal decidor fundamentar su resolución.

Esto es importante, porque en un sistema acusatorio, donde rige la oralidad, se distingue entre los actos de la investigación sumarial y los actos de prueba, siendo los primeros aquellos datos que obtiene el Ministerio Público durante su investigación, pero tales fuentes no se convierten automáticamente en actos de prueba, sino que es menester confrontarlos en audiencia oral ante el tribunal sentenciador, ya que sólo sirven para fundamentar la acusación existente, pues la sentencia dictada sólo puede fundarse en las pruebas practicadas en el juicio oral, practicadas bajo los principios de contradicción, intermediación y publicidad.

Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos (artículo 348 PCFPP).

I. Que sea practicada ante el juez de control o de juicio oral, este último en el lapso comprendido entre el auto de apertura a juicio oral y antes de la celebración de la audiencia de debate en juicio oral;

II. Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio oral a la que se pretende desahogar y se torna indispensable;

---

<sup>49</sup> Esto sucede por la urgencia de asegurar que el objeto, huella, vestigio que ha de ser llevado al juicio oral permanezca disponible e inalterado respecto del estado original en que fue encontrado, aunque a veces la ley ordena que ciertos objetos como drogas se destruyan; *cfr.* **GUZMÁN FLUJA**, Vicente C., Anticipación y preconstitución de la prueba, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 266 y 294.

III. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y

IV. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio

Así conforme el artículo **349 del PCFPP**, en aquellos delitos que atenten contra el libre desarrollo de la personalidad o que afecten el normal desarrollo psicosexual o bien que el delito fuese cometido con cualquier tipo de violencia y la víctima o testigo sea mayor de seis años y menor de dieciocho años de edad, el Ministerio Público de oficio o a solicitud de la víctima o de su representante cuando sea menor de edad o del testigo, deberá determinar con la ayuda de especialista sobre la necesidad de obtener su declaración de manera anticipada, cuando por el transcurso del tiempo hasta que se llegase a la audiencia oral la persona menor de edad no pudiese rendir su testimonio o cuando la reiteración en su atesto sea altamente perjudicial en su desarrollo psicológico; cuando la víctima o el testigo sea menor de doce años de edad, el Ministerio Público de oficio o a petición de la víctima solicitará al juez de control el desahogo de su testimonio como prueba anticipada y tendrán la facultad de impugnar ante el juez de control la negativa del Ministerio Público de solicitar el anticipo de prueba.

Asimismo, acorde con las convenciones internacionales de las que México es parte, en el desahogo de la prueba anticipada, el juez velará por el interés superior de la niñez, sin quebrantar los principios rectores del sistema acusatorio, al evitar al máximo que la persona menor de edad repita diligencias innecesarias.

La prueba anticipada puede ser solicitada desde que se presenta la denuncia, querrela o equivalente y hasta antes de que dé inicio la audiencia de juicio oral; el juez citará a audiencia a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en el plenario, sin grave riesgo de pérdida por la demora y, en su caso, admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

Para lo cual, el imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencias para la práctica de la diligencia y si aún no existe alguna persona probablemente responsable, se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia (**artículo 350 PCFPP**).

Además, la audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá registrarse en su totalidad y si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio oral, se desahogará en la audiencia de juicio oral (**artículo 351 PCFPP**).

Más aún (**artículo 352 PCFPP**), se considerará como prueba anticipada, la entrevista de testigos realizada por la policía de investigación previa al juicio oral, destinada a probar algún elemento sustancial del hecho delictuoso y que resulta imposible desahogar en el juicio. La entrevista deberá constar en videograbación, y sólo podrá admitirse cuando se presenten los supuestos siguientes:

- I. Cuando el testigo fallezca con posterioridad a la entrevista;
- II. Cuando el testigo padezca una enfermedad grave que le impida declarar, corroborada pericialmente;
- II. Cuando el testigo con posterioridad a la entrevista, sufra una enfermedad mental que le impida recordarlo, corroborado pericialmente, o
- IV. Cuando el testigo sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o hecho delictivo de similar naturaleza.

La videograbación se presentará acompañada con el testimonio del policía que realizó la entrevista, para su desahogo en juicio, o bien, cuando por causas ajenas a las partes, no sea posible rendir el testimonio de la policía, se proyectará la videograbación; pero la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en la entrevista como prueba anticipada (**artículo 353 PCFPP**).

La jurisprudencia española ha reiterado en varias ocasiones la legitimidad y validez de la prueba anticipada dentro del proceso penal, siempre que se dé cumplimiento al principio de contradicción, el cual se entiende como uno de los principios rectores del sistema; no obstante, permitir la prueba anticipada contraría uno de los principios rectores de la prueba: la inmediación. Así, se ha establecido que una de las características esenciales del nuevo sistema penal acusatorio es que en materia probatoria solo constituye prueba aquel acto, hecho o cosa que haya sido recaudada en la etapa de juicio; esto es, todo acto de investigación e indagación, previa al juicio tiene una mera potencialidad de convertirse en prueba y comportará dicho efecto únicamente cuando haya sido presentado ante el Juez de conocimiento en el curso del juicio oral y se haya cumplido con: la declaración del responsable de la recolección, aseguramiento y custodia del mismo, y el consecuente interrogatorio.

Declaraciones por ejemplo hechas antes del juicio, que se pretendan introducir al proceso no constituyen prueba en sí misma o de manera autónoma sino hasta en tanto se cumpla con el principio de contradicción; no obstante, esta aseveración implica que una prueba anticipada podrá ser válida, siempre que se cumpla con el postulado del principio de contradicción; la prueba anticipada es admitida dentro del sistema penal acusatorio únicamente de manera excepcional, es decir, únicamente por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Es en virtud de su carácter excepcional, ésta legítimamente *“constituye una salvedad justificada constitucionalmente aceptable al principio de inmediatez de la prueba en el juicio oral”*. Empero, se cuestiona que no se observe el principio de inmediación de la prueba penal, mediante el cual el juez del conocimiento debe “percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal, es un principio también fundamental del sistema penal acusatorio y de todo el sistema probatorio en materia penal.

Otra excepción al principio de que la prueba debe ser desahogada en juicio oral a fin de tener valor probatorio, lo constituye el párrafo segundo de la fracción V del apartado B del artículo 20, en el caso de la delincuencia organizada respecto de las pruebas que no sea posible reproducir en el juicio, ya sea por la muerte del testigo o porque exista riesgo para los testigos o las víctimas, sin que ello sea obstáculo para que el Imputado pueda objetar e impugnar la prueba ofrecida.

Resulta importante mencionar que el contenido de este artículo constitucional, rompe por completo con la tradición jurídica de otorgar valor probatorio pleno a las actuaciones del Ministerio Público y el sistema de prueba tasada, apoyado por el principio de inmediatez procesal sostenido por la jurisprudencia de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, que supone que las pruebas recabadas por la autoridad con más cercanía al hecho delictivo tienen valor probatorio que las que se desahogaron con posterioridad, en función de que presume que estas fueron aleccionadas para beneficiar al imputado y que jurídicamente obligaba al juez a preferir estas pruebas que las ofrecidas y desahogadas por la defensa<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> *Op. cit.*, HERMOSO LARAGOITI, Héctor Arturo, p.741.

#### 4.3. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Otra excepción a la regla del valor de la prueba producida en la audiencia de juicio oral lo constituye el procedimiento abreviado, en tanto que al existir renuncia expresa del imputado al juicio oral y aceptar el hecho que se le imputa, valorando el beneficio que la ley le otorga por ello, el Juez de Control podrá otorgar valor probatorio a los antecedentes del caso obtenidos por el Ministerio Público en la Investigación realizada, sin que deban desahogarse y depurarse por medio de la contradicción en audiencia pública, cumpliendo los demás requisitos establecidos para tales efectos, ya que debemos suponer que las partes reconocen el valor probatorio que dichas constancias poseen, de lo cual se deduce que no existirá contienda futura, convención a la que el Juez no puede oponerse.

La Constitución Federal, establece en su artículo 20, Aparatado A, fracción VII:

*“...VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad..”*

Así, las formas de terminación del procedimiento penal, acorde con el artículo 523 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales son:

**“Artículo 523. Formas de terminación anticipada del procedimiento**

*Son formas de terminación anticipada del procedimiento:*

- I. El acuerdo reparatorio;*
- II. El procedimiento simplificado;*
- III. La suspensión condicional del proceso, y*
- IV. El procedimiento abreviado.”*

El Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, establece en el artículo 546, que el procedimiento abreviado procederá, cuando concurren los siguientes requisitos:

I. Que el imputado reconozca estar debidamente informado de los alcances de la acusación que formule el Ministerio Público para iniciar este procedimiento, la cual contendrá solamente una enunciación de los hechos y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen;

II. Que el imputado acepta la acusación señalada en la fracción anterior, es decir, admite el hecho y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen;

III. Que el imputado asegure la reparación del daño;

IV. Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo, y

V. Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento, en el fuero federal o en cualquier otro o se encuentre gozando del mismo, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

Además de los requisitos señalados, el procedimiento abreviado procederá para los delitos en los que no proceda el procedimiento simplificado ni la suspensión condicional del proceso.

Sólo en los supuestos siguientes, la procedencia del procedimiento abreviado se sujetará a que el agente del ministerio público eleve la propuesta al Titular de la Unidad Administrativa de su adscripción quien deberá acordarlo con el Titular de la Procuraduría General de la República o con el servidor público que haya delegado esta facultad: Del Código Penal Federal: Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A; Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 BIS; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis; Homicidio, previsto en los

artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el delito de secuestro previsto en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18; de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5; de la Ley de Migración, los delitos previstos en los artículos 159, 160 y 161 y de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6.

El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte auto de vinculación a proceso y existan medios de convicción suficientes para sustentar la acusación y hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio oral.

Si no se hubiere formulado aún acusación, el Ministerio Público la formulará verbalmente en la audiencia que el juzgado convoque para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todas las partes.

Si dicha solicitud se plantea en la misma audiencia donde se determine la vinculación a proceso del imputado, la acusación podrá ser formulada verbalmente o por escrito en dicha audiencia, para lo cual únicamente deberán hacerse saber los hechos por los cuales se acusa al imputado, así como la clasificación jurídica del delito que se imputa y se procederá en lo demás conforme a las reglas de este Capítulo. Si ya se hubiere formulado acusación, el Ministerio Público podrá ampliarla o, en su caso, modificarla verbalmente en la audiencia intermedia y solicitar una pena distinta, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Capítulo.

El Ministerio Público podrá solicitar la reducción, hasta en una cuarta parte, de la pena que le correspondiere al delito por el cual acusa, incluso respecto de la pena mínima (**artículo 547 PCFPP**).

La víctima u ofendido solo podrá oponerse al procedimiento abreviado cuando considere que el ministerio público en su acusación haya efectuado una clasificación jurídica de los hechos diferente a la que legalmente corresponde o atribuido una forma de participación que no se ajuste a la conducta realizada por el imputado, pero su criterio no será vinculante. En dicho acto la autoridad competente para satisfacer un requisito de procedibilidad o equivalente para el ejercicio de la acción penal exigido expresamente en la ley podrá presentarle una propuesta de clasificación (**artículo 548 PCFPP**).

Antes de resolver sobre la solicitud del Ministerio Público, el juez verificará en audiencia que el imputado:

I. Ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma voluntaria e informada y con la asistencia de su defensor;

II. Conoce su derecho a exigir un procedimiento ordinario y que renuncia libre y voluntariamente a ese derecho, aceptando ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación;

III. Entiende los términos de la aceptación del procedimiento abreviado y las consecuencias que éste pudiere significarle, y

IV. Acepta en forma libre la acusación que el Ministerio Público formuló para iniciar este procedimiento, es decir, admite el hecho y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen **(artículo 549 PCFPP)**.

Autorizado el procedimiento abreviado, el juez de control abrirá el debate y concederá la palabra al Ministerio Público, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y presentará las actuaciones y diligencias de la investigación que la respalden. A continuación se dará la palabra a los demás sujetos que intervienen en el proceso. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Terminado el debate, el juez emitirá su fallo sobre condena o absolución en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública a la sentencia, dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma sintética los fundamentos de hecho y de derecho que tomó en cuenta para llegar a su conclusión.

En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público. Podrá ordenarse la absolución del acusado cuando a pesar de la aceptación de los hechos y la clasificación de los mismos, no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación. Posteriormente a la explicación del fallo o en su caso, de la individualización de la pena, dentro de los cinco días siguientes, el juez deberá redactar la sentencia que deberá agregarse por escrito la cual no podrá exceder del contenido de lo vertido en lo explicación oral. En ningún caso el procedimiento abreviado impedirá la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuando resulte procedente **(artículos 551 y 552 PCFPP)**.

#### **4.4. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO**

El Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, establece en el artículo 529, como requisitos de procedencia para el procedimiento abreviado que concurren los siguientes requisitos:

I. Que el imputado reconozca estar debidamente informado de los alcances de la acusación que formule el ministerio público para este procedimiento, la cual contendrá solamente una enunciación de los hechos y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen;

II. Que el imputado acepta la acusación señalada en la fracción anterior, es decir, admite el hecho y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen;

III. Que el imputado asegure la reparación del daño;

IV. El delito sea sancionado con pena de prisión máxima de hasta cuatro años;

V. Que el delito no haya sido cometido con violencia;

VI. Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo, y

VII. Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento tanto en el fuero federal como en cualquier otro o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

Respecto a la oportunidad para solicitar dicho procedimiento, se prevén diversos su puestos, inicialmente el Ministerio Público podrá solicitarlo inmediatamente después de que se dicte auto de vinculación a proceso y hasta la formulación de la acusación, siempre que existan medios de convicción suficientes para sustentar la solicitud.

Si no se hubiere formulado aún acusación, el ministerio público la formulará verbalmente en la audiencia que el juzgado convoque para resolver la solicitud de procedimiento simplificado, a la que deberá citar a todas las partes.

Si dicha solicitud se plantea en la misma audiencia donde se resuelva la vinculación a proceso del imputado, la acusación podrá ser formulada verbalmente o por escrito en dicha audiencia, para lo cual únicamente deberán hacerse saber los hechos por los cuales se acusa al imputado, así como la

clasificación jurídica del delito que se imputa y se procederá en lo demás conforme a las reglas del Procedimiento. Si ya se hubiere formulado acusación, el ministerio público podrá ampliarla o, en su caso, modificarla verbalmente en la audiencia intermedia y solicitar una pena distinta, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas establecidas para este procedimiento.

El ministerio público podrá solicitar la reducción, hasta en una cuarta parte, de la pena que le correspondiere al delito por el cual acusa, incluso respecto de la pena mínima **(artículo 530 PCFPF)**

Se prevé la posibilidad de que la víctima u ofendido puedan oponerse al procedimiento simplificado, no obstante, dicha oposición solo podrá realizarse cuando considere que el Ministerio Público en su acusación haya efectuado una clasificación jurídica de los hechos diferente a la que legalmente corresponde o atribuido una forma de participación que no se ajuste a la conducta realizada por el imputado, pero su criterio no será vinculante. En dicho acto la autoridad competente para satisfacer un requisito de procedibilidad o equivalente para el ejercicio de la acción penal exigido expresamente en la ley podrá presentarle una propuesta de clasificación. **(artículo 531 PCFPF)**.

Antes de resolver sobre la solicitud del ministerio público, el juez verificará en audiencia que el imputado:

I. Ha prestado su conformidad al procedimiento simplificado en forma voluntaria e informada y con la asistencia de su abogado defensor;

II. Conoce su derecho a exigir un procedimiento ordinario, y que renuncia libre y voluntariamente a ese derecho, aceptando ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación;

III. Entiende los términos de la aceptación del procedimiento simplificado y las consecuencias que éste pudiere significarle, y

IV. Acepta en forma libre la acusación que el ministerio público formuló para iniciar este procedimiento, es decir, admite el hecho y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen **(artículo 532 PCFPF)**.

El juez de control aceptará la solicitud del Ministerio Público cuando concurren los requisitos establecidos para este procedimiento. Si el procedimiento no fuere admitido por el juez de control, se tendrá por no formulada la acusación verbal que hubiere realizado el Ministerio Público, lo mismo que

las modificaciones que, en su caso, hubiere realizado a su respectivo escrito y se continuará de acuerdo a las disposiciones para el procedimiento ordinario. Asimismo, el juez ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento simplificado sean eliminados del registro. **(artículo 533 PCFPP).**

Acordado el procedimiento simplificado, el juez de control, abrirá el debate y concederá la palabra al Ministerio Público, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y presentará las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren; a continuación, se dará la palabra a los demás sujetos que intervienen en el proceso. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Terminado el debate, el juez emitirá su fallo en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública a la sentencia, dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma sintética los fundamentos de hecho y de derecho que tomó en cuenta para llegar a su conclusión.

No podrá imponerse una pena superior a la solicitada por el ministerio público. Podrá ordenarse la absolución del acusado cuando a pesar de la aceptación de los hechos y la clasificación jurídica de los mismos, no existen medios de convicción suficiente para corroborar la acusación.

En caso de que el sentenciado hubiere reparado el daño y, en su caso, pagado el importe de la multa impuesta, el juez competente sustituirá la pena de prisión por trabajo en favor de la comunidad, ordenando la libertad del sentenciado.

Posteriormente a la explicación del fallo o en su caso, de la individualización de la pena, dentro de los cinco días siguientes, el juez deberá redactar la sentencia que deberá agregarse por escrito la cual no podrá exceder del contenido de lo vertido en la explicación oral.

En ningún caso el procedimiento simplificado impedirá la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuando resulte procedente **(artículos 534 y 535 PCFPP).**

Por otra parte, se establecen reglas generales que deberán regir a dicho procedimiento de las cuales se establece, como primera de ellas, que la existencia de coimputados no impide la aplicación de estas a alguno de ellos.

La incomparecencia injustificada de la víctima u ofendido a la audiencia no impedirá que se resuelva sobre la apertura del procedimiento simplificado y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva.

La autoridad responsable para medidas cautelares y salidas alternas contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de los procedimientos simplificados, la cual deberá ser consultada por el ministerio público, antes de solicitar dicho procedimiento. La impresión oficial de los registros de la base de datos es indicio suficiente del antecedente, salvo prueba documental en contrario **(artículo 536 PCFPF)**.

#### **4.5 SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO**

El ministerio público podrá solicitar la suspensión condicional del proceso cuando:

I. El imputado acepta en forma libre la imputación hecha por el Ministerio Público, es decir, admite el hecho y la clasificación jurídica del delito que se le atribuyen;

II. El imputado no se oponga y asegure la reparación del daño y el cumplimiento de los acuerdos pactados;

III. Se trate de delitos cuya pena máxima de prisión sea mayor de cuatro años, siempre que no sean de los previstos en el artículo 216 de este Código; que no se trate de los previstos en los Títulos Décimo y Décimo Primero del Código Penal Federal; ni de aquellos en que se exija la calidad específica de servidor público como sujeto activo del delito en su comisión;

IV. Que el delito no se haya cometido en asociación delictuosa, banda o pandilla;

V. Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por cualquier forma de terminación anticipada del proceso tanto en el fuero federal como en cualquier otro o se encuentre gozando de la misma, y

VI. Que el imputado no haya sido condenado por delito culposo grave o doloso en cualquier fuero.

Recibida la solicitud el juez citará a audiencia, en la que luego de escuchar a las partes fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso o se rechaza la solicitud, y en su caso, aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a criterios de razonabilidad.

La suspensión del proceso procederá después del auto de vinculación a proceso hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral (**artículo 537 PCFPP**).

En la audiencia en donde se resuelva sobre la solicitud de suspensión del proceso, el ministerio público deberá plantear, en su caso, un plan de reparación respectivo, que podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que pudiera llegar a imponerse, así como los plazos para cumplirla (**artículo 538 PCFPP**).

El juez fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, y determinará, entre las siguientes, una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado:

- I. Residir en un lugar determinado o abstenerse de salir del país;
- II. Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas;
- III. Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas;
- IV. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos;
- V. Comenzar o finalizar la educación básica si no la ha cumplido, aprender un oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez;
- VI. Prestar servicios o labores en favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública;
- VII. Someterse a un tratamiento médico o psicológico;
- VIII. Permanecer en un trabajo o empleo o ejercer, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;
- IX. Someterse a la vigilancia que determine el juez por cualquier medio;

X. No poseer o portar armas;

XI. No conducir vehículos automotores;

XII. La obligación de observar buena conducta así como la manifestación expresa de no participar en actos delictuales, o

XIII. Cumplir con los deberes de asistencia alimentaria.

Sólo a solicitud del imputado, el juez podrá imponer condiciones análogas a las anteriores cuando estime que resultan razonables. Para fijar las condiciones, el juez puede disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa **(artículo 539 PCFPP)**.

En los asuntos suspendidos, el ministerio público tomará las medidas necesarias, incluso la realización de la diligencia de prueba anticipada, para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los datos y medios de prueba conocidos y los que soliciten los sujetos que intervienen en el proceso **(artículo 540 PCFPP)**.

Si el imputado se aparta, en forma injustificada, de alguna de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación del daño o comete un nuevo delito, el juez, a solicitud del ministerio público, de la víctima u ofendido, citará a audiencia, dentro de los tres días siguientes a partir de hecha la solicitud, en la que luego de agotar el debate resolverá sobre la revocación y se le impondrá al imputado de diez a cien días multa o arresto hasta por treinta y seis horas y resolverá de inmediato sobre la reanudación de la persecución penal.

Si la víctima u ofendido ha recibido pagos durante la suspensión del proceso que posteriormente es revocada, ellos se abonarán al pago de la reparación del daño que, en su caso, le pudiere corresponder **(artículo 541 PCFPP)**.

El plazo de suspensión se interrumpirá mientras el imputado esté privado de su libertad por otro proceso.

Cuando el imputado esté sometido a otro proceso por conducta anterior y goce de libertad, el plazo seguirá su curso **(artículo 542 PCFPP)**.

La suspensión condicional del proceso no extingue las acciones civiles de la víctima u ofendido.

Transcurrido el plazo que se fije sin que la suspensión fuere revocada y cumplidas las obligaciones impuestas, se extinguirá la acción penal, debiendo el juez dictar, de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento.

Durante el período de suspensión condicional del proceso, quedará suspendida la prescripción de la acción penal (**artículos 543 y 544 PCFPP**).

No se admitirá la suspensión condicional del proceso respecto de quien hubiere incumplido un acuerdo en trámite anterior o no haya transcurrido un mínimo de cinco años a la firma de un acuerdo reparatorio en otro procedimiento penal tanto en el fuero federal como en cualquier otro. Previo al comienzo del procedimiento de suspensión condicional del proceso, se deberá solicitar a las unidades respectivas un informe acerca de los mecanismos alternativos de solución de controversias en los que participen o haya participado el imputado (**artículo 545 PCFPP**).

## **5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

El convencimiento es la medida psicológica de la certeza, pues no existe otra posibilidad que la de estar convencidos respecto de una circunstancia de hecho; la prueba tiende a formar la convicción del juzgador acerca de la exactitud de una de las afirmaciones sometidas a juicio, se dice que no cabe hablar de verdad absoluta ni aun en el campo del proceso penal, pues no se logra una certeza matemática sino una aproximación a la posibilidad de excluir el error judicial, pero no a erradicarlo en todos los casos, por ello se dice que el hecho queda probado (en una aproximación) y no demostrado. El convencimiento judicial juega un papel crucial, cuando se conecta con dos ideas: su racionalidad y su correspondencia a nivel aproximativo con la realidad de los hechos enjuiciados, por ende no es suficiente que la conclusión se derive racionalmente de la prueba practicada, sino que es necesario que dicha conclusión sea verdadera, en un contexto aproximado o probable, como acontece con toda verdad empírica dadas las limitaciones del conocimiento humano; de ahí que se hable de verdad material y formal o procesal; así, no puede haber una verdad distinta a aquella que puede ser alcanzada con los medios que tenemos a nuestra disposición, esto es, con los medios que proporciona el proceso penal dentro del marco legal; de

ahí que la verdad tenga carácter aproximativo sin que ello implique renunciar a la verdad, sino de que se trata de la única verdad que podemos llegar a conocer.<sup>51</sup>

La constitución Federal, en el artículo 20, Apartado A, fracción VIII, establece en cuanto al sistema de apreciación probatoria:

*“VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado (...)”*

La finalidad de la prueba es la máxima aproximación posible dentro de los límites del proceso, al conocimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos; aproximación evaluada por el juez y se manifiesta en su convencimiento racional, pero para que la decisión esté plenamente justificada el mero convencimiento no es suficiente, pues su valor no es un fin en sí mismo, sino el de un indicador de que el fin último, la aproximación a la verdad, se ha satisfecho y en qué grado; de ahí la importancia de la motivación de la resolución y en segundo lugar, que sea una conclusión que de modo aproximativo corresponda con la verdad de los hechos expuestos, lo que implica que una afirmación será verdadera sólo cuando tras la valoración racional de toda la prueba disponible, tal afirmación se muestra como verdadera.

El proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales señala en su artículo 16:

*“Artículo 16. Principio de Fundamentación y Motivación, e interpretación con apego a la justicia.*

*El ministerio público, los jueces y magistrados están obligados a fundar y motivar sus determinaciones como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y este Código*

*La simple relación de los datos o medios de prueba, de afirmaciones dogmáticas, fórmulas genéricas o la simple cita de jurisprudencia de los tribunales federales, no reemplazan la motivación respectiva (...)”.*

---

<sup>51</sup> **FERRAJOLI**, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Traduc. Perfecto Andrés Ibáñez, Miguel Alfonso Ruíz, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1997, p.34.

Sin que la verdad sea entendida como algo absoluto, intangible o inalcanzable, sino que la verdad fáctica que es la que se pretende obtener en el proceso penal, sólo puede ser alcanzada con los medios que el conocimiento humano tiene a su disposición, a través de un procedimiento probatorio establecido al efecto como finalidad última y justificatoria de su propósito de resolución aceptable de conflictos sociales.

### **5.1. SISTEMA TASADO O SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL**

En cuanto al sistema inquisitivo se dice que surgió cuando, por los cambios políticos, desaparecieron las circunstancias que mantenían la forma acusatoria, que cae completamente en desuso en el siglo XVI; la nueva forma nace especialmente por obra de la Iglesia; tuvo su iniciación bajo Inocencio III y se lleva a la práctica por virtud de varios decretos de Bonifacio VIII; la célebre **Ordenanza criminal** de Luis XIV (agosto de 1670) toda dedicada al procedimiento; presenta, la codificación completa y definitiva del procedimiento inquisitorio; los escritores de la época enseñaban que el juez debe proveer todo, incluso a la defensa; por lo cual, en torno a la actividad probatoria, los medios de convicción se recolectan durante todo el proceso por el juez de instrucción, esto es, se judicializan como forma de investigar, existiendo como método de apreciación el de la tarifa legal. Al procesado se le vincula a través de la indagatoria, a fin de que aclare los hechos y, por lo mismo, la carga de la prueba corre por su cuenta, puesto que está en la obligación de responder por las acusaciones formuladas en su contra, sin que exista la intermediación y la contradicción probatoria. De igual manera, la confesión y el testimonio eran considerados como pruebas reina, utilizándose como método para su obtención el tormento y la tortura.

Conocido como el sistema tasado de la prueba, tiene como característica preponderante que el juzgador asigna a la prueba el valor que previamente ha establecido para ella el legislador, tratando de evitar la ignorancia y los errores en que pueden incurrir los jueces. Según la doctrina, dicho sistema deviene del derecho germano, informado por el dogma supersticioso de la religión, intolerante y ciego; que se remonta a la época de los conjuadores (Eideshekfer), los juicios de Dios (Gottesurteile) u ordalías (Ordalien), como las del fuego, duelo, agua fría, agua caliente, desprendimiento de sangre del difunto en presencia de su matador y otras manifestaciones primitivas y bárbaras que habrían de evolucionar a formas más jurídicas y convertirse en reglas de valoración legal.

Sin embargo, gracias a la época de terror que se logró con la aplicación severa de las condenas por medio de dicho sistema y de que los jueces no resuelven de acuerdo a su conciencia tiene muchos detractores, así se expresa que “el sistema en estudio convierte al juzgador en un mero autómatas, y en el sacrifica la justicia a la certeza. Afortunadamente ha ido perdiendo terreno, y decimos afortunadamente, porque impide la correcta y precisa determinación del caso concreto y, por ende, su adecuada subsunción en la hipótesis normativa que le corresponde; lo cual, a su vez, se traduce en un insalvable obstáculo para la justa composición del litigio”.<sup>52</sup>

En dicho sistema de prueba legal o tasada, es el propio legislador quien de antemano establece la eficacia y el valor probatorio que debe atribuirse a las pruebas, así como las condiciones y los requisitos que deben observarse, como señala Ferrajoli es falso la fiabilidad en un tipo de prueba y refiriéndose al sistema tasado explica que en el procedimiento inquisitivo moderno, hay una tarifa de pruebas que asignan presuntivamente ciertos valores a los distintos tipos de prueba, conforme cálculos de valor previamente establecidos por la ley.<sup>53</sup>

En efecto, dicho sistema conlleva a la existencia de una actividad legislativa que obliga al juzgador a resolver bajo ciertas reglas preestablecidas para apreciar la prueba; es la ley la que indica el valor que debe darse a cada prueba sin embargo este sistema evita el exceso o la arbitrariedad del órgano jurisdiccional, al permitir uniformidad en la valoración de las pruebas. Además, no debe soslayarse que la prueba legal sólo adquiere sentido en el proceso de valoración de la prueba.

Por ello, no debe desestimarse completamente dicho sistema, toda vez que es producto de un reiterada observación empírica, pues son reglas que codifican principios de la experiencia y que dan en cierta forma seguridad jurídica; lo importante es no desbordar en formulismos severos, porque esa es la principal crítica que se formula al sistema legal de valoración probatorio, el que haya convertido al juez en un contador de las tarifas que se atribuían a cada prueba y que el impedía efectuar un razonamiento del material probatorio; cierto es que durante los llamados “juicios de Dios”, la testimonial y la confesión fueron dotadas de pleno valor probatorio para condenar a muchas personas inocentes, hacen desconfiar de los métodos presuntivos.

---

<sup>52</sup> **DÍAZ DE LEÓN**, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, T. II, Porrúa, 5ª ed., México, 2000, p. 431.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, **FERRAJOLI**, Luigi, p. 134.

Respecto al sistema mixto el citado Eugenio Florián argumenta que tuvo su génesis y su primera aplicación en Francia. La forma inquisitoria fue trastornada por la Revolución Francesa, ya que lo que entonces quedaba de la misma era lo que tenía de inicuo y de odioso. Sin embargo, no se hizo tabla rasa de todo, y la Asamblea constituyente echó las bases de una forma nueva que divide el proceso en dos bases: en una primera, la fase instrucción, todo se realiza en secreto y por el juez; en una segunda, juicio oral, todas las actuaciones se realizan públicamente, ante el tribunal, con la contradicción de la acusación y la defensa, con el control de la publicidad. Esta forma fue llevada a la realidad en el *Code d'Instruction Criminelle* (1808) y se difundió muy pronto entre los códigos modernos. Las nuevas corrientes tendieron progresivamente a modificarla más o menos, tanto que, por ejemplo, el mismo código francés admitió más tarde la defensa en el período de instrucción.

Por tal motivo, en lo relativo a la actividad probatoria y como rezago del sistema inquisitivo no hay concentración de la prueba en la etapa del juicio. La carga de la prueba le corresponde al órgano investigador. La persona puede ser privada de la libertad en la investigación, lo que no acontece con el sistema acusatorio, en razón de que esa restricción no se puede adoptar hasta tanto no se formalice la acusación. Finalmente, al procesado también se le vincula a través de la indagatoria.

## **5.2. SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

Así, el principio de libertad de prueba, también conocido como principio de prueba libre, consiste en la posibilidad legalmente consagrada de acreditar la veracidad o falsedad de los hechos objeto del proceso por medio de cualquier clase de fuente de prueba, libremente valoradas por los jueces, sin más limitaciones que la legalidad de dichos medios, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; la libertad de prueba es ante todo libertad de promoción, proposición u ofrecimiento de las pruebas, la legalidad en su obtención y libertad para valorarlas sin tarifas legales.

La libre valoración de la prueba no puede equivaler a mera intuición, ni está permitido llegar a conclusiones sin lógica; el sistema de libre valoración o “libre convicción probatoria parte de la lógica y aprecia la prueba en atención a las reglas de la experiencia, tiene origen al reaccionar al sistema de la prueba tasada, donde pondera el órgano jurisdiccional los distintos elementos de prueba válidamente aportados, no siendo una apreciación arbitraria, pues en todo caso se siguen los principios de la lógica y la experiencia; estableciéndose como requisito el que el juez al realizar la valoración motive el procedimiento intelectual que realizó, exteriorizando las razones que condujeron a la formación de su

convencimiento, tienen un origen correlativamente con los dos sistemas fundamentales que el proceso penal a través de su historia ha desarrollado: el sistema inquisitorio y el acusatorio<sup>54</sup>.

En este sentido, parece ser que el sistema de libre valoración permite una práctica ilimitada del juzgador para arribar al convencimiento sobre los hechos planteados en el proceso; sin embargo en acatamiento al principio de presunción de inocencia, se ha abandonado el criterio de la absoluta libertad del juzgador en el campo de la apreciación de las probanzas, pues se debe emitir una sentencia absolutoria cuando hay insuficiencia de pruebas aún en el caso de que el juzgador metajurídicamente esté convencido de la culpabilidad del inculcado, esto quiere significar, que el juez tiene libertad de criterio para valorar las pruebas, pero que no significa que se haga por capricho o arbitrariamente, sino mediante un estrecho camino que es el de la lógica, racional-jurídica.

El principio de libertad de prueba es el único compatible con la razón, con la búsqueda de la aproximación a la verdad y con el desarrollo de la ciencia y la técnica, que cada día crea o descubre nuevos y más eficientes métodos de investigación, es el principio rector del régimen probatorio del proceso penal acusatorio.

Desde esta óptica, la determinación de la culpabilidad del acusado implica el convencimiento del juzgador sobre los hechos planteados dentro del procedimiento penal, si falta el mínimo probatorio exigido por la ley debe absolver al inculcado, aun cuando tenga el convencimiento íntimo de la culpabilidad del mismo, reputándose los hechos como inciertos y sin posibilidad de condenar al acusado, en virtud de considerar que la condena debe basarse en la prueba practicada y en ausencia de ésta, el juzgador debe absolver al inculcado aún cuando esté convencido de la culpabilidad del acusado, tal como lo refiere la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español:

<En el seno del proceso penal, la traducción de tan prestante y apreciada regla estriba en considerar *ab initio* inocente al inculcado, traspasando a las partes acusadoras la carga aportadora de aquellos elementos de prueba capaces de trocar ese planteamiento inicial en un fundado y razonable veredicto culpabilístico; y ello de tal modo que, ante un vacío de aportaciones, ante cualquier fracaso en el suministro de datos reveladores de la efectiva

---

<sup>54</sup> “El principio acusatorio se compendia en una conocida máxima: *judex ne procedat ex officio* (el juez no puede proceder más que a instancia de parte); *nemo judex sine actore* (no hay juez sin actor); *judex ne eat ultra petita partium* (el juez no debe conceder más de lo que pidan las partes); *judex secundum allegata et probata a partibus indicare debet* ( el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes); *Vid. FLORIAN, Eugene, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Iure editores, México, 2001, p. 50.*

participación del encausado en el hecho criminal investigado, se impone su absolución con independencia de la convicción íntima en el ánimo del juzgador>.<sup>55</sup>

La valoración de la prueba no puede sustraerse a la racionalidad, característica que tiene que ser acreditada; más aún, hay que añadir la exigencia consistente en que la culpabilidad quede acreditada más allá de toda duda razonable como resultado de la actividad probatoria llevado a cabo con todas sus garantías; la apreciación racional y la certeza de la culpabilidad, son el marco fundamental dentro del cual debe realizarse la valoración de la prueba; los criterios racionales de apreciación de la prueba han permitido ejercer un control sobre la actividad judicial, lo que hace evidente que el libre convencimiento ya no puede definirse simplemente en contraposición al sistema de prueba legal, esto es, libre de toda regla tazada de valoración, sino al establecer garantías y límites al arbitrio judicial; de ahí que un instrumento de indudable valor para el control de la racionalidad de la decisión judicial y con ello respetar la presunción de inocencia del inculcado, lo constituye el deber constitucional de motivar las sentencias, pues sólo a través de la motivación es posible llegar a conocer las razones que para el juez justifican la declaración de hechos probados; por lo que se debe expresar los elementos de convicción que han llevado a declarar la inocencia o la culpabilidad y por otro, el razonamiento inductivo que une dichos elementos a la decisión finalmente adoptada, es decir, las razones que la han llevado a adoptar esa decisión; por ello, la legitimidad de una resolución judicial, depende del razonamiento en que se sustenta.

Si bien, por virtud de la libre valoración de la prueba, el juez puede dar a cada una de las pruebas presentadas a su consideración el peso que considere conveniente en la formación de su convencimiento, la condición es que explique esas consideraciones en su decisión; de esta manera la fuente de la convicción debe estar exteriorizada y plasmada en la motivación de la decisión, de ahí, la necesidad de que la valoración de la prueba como problema ético y cognoscitivo reclame jueces de inteligencia, sentido común y sensibilidad humana y social, capaces de producir una valoración diseñada por el criterio racional; el juez probo, culto e inteligente es garantía profunda para la libre valoración de la prueba, pero por encima de cualquier condicionamiento, la garantía más elemental y superficial que pueda tener el sistema de libre valoración de la prueba conforme a la sana crítica es la obligación del A quo de expresar en su decisión:

---

<sup>55</sup> **VEGA TORRES**, Jaime, presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993, p. 167.

**a)** Analizar todos y cada uno de los medios probatorios admitidos y practicados sin omitir ninguno, sin incurrir en silencio de la prueba y sin atribuir menciones que las fuentes de prueba no tengan;

**b)** Expresar lo que a su juicio indica cada uno de los medios de prueba practicados de conformidad con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, entendidas como reglas extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales que nos permiten predecir cuáles estados de hechos conocidos y comprobados pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudiesen ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos, a partir de una regla de probabilidad lógica que la máxima comporta y que conlleva a un juicio de hecho que no es otra cosa que la conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales; de ahí que se hayan estrechamente ligadas a las reglas de la lógica pues en la práctica, la valoración de la prueba se comporta como un silogismo en el que la máxima de la experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza, es la premisa menor y el valor que le confiere al medio probatorio sería la conclusión o síntesis, donde la máxima de la experiencia actúa como factor de validación o invalidación del medio probatorio y su fuente, sin ser criterios legales, pues no son tarifas de prueba que sustituyan el criterio valorativo del juez por el del legislado; por ello se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre convicción motivada que exteriorice la convicción del tribunal mediante la motivación hasta el punto tal que pueda convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Todo ello, aunado a los conocimientos científicos, sin dar por sentado un hecho con la mera referencia a la prueba, ya que no se trata de dar una mera declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos se consideran probados y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme a criterios racionales emanados de probabilidades, de la experiencia general o de las relaciones estables y constantes con diversos hechos establecidos en la ciencia

Los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, presunciones y otro tipo de enunciados generales que actúan como reglas de

inferencia, autorizando a los jueces a pasar de las razones a la pretensión y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de dos de noviembre de 1998 absolvió al acusado de un delito contra la salud pública de tráfico de drogas. Justificó su decisión en dos razones: 1) sólo se la había encontrado en el registro de su lugar de trabajo 1 gramo 810 miligramos de cocaína y 2) la identificación del mismo se había hecho a partir de las manifestaciones ante la guardia civil de otra persona a la que se le había intervenido previamente cierta cantidad de droga, sin que dichas manifestaciones fueran posteriormente ratificadas, ni en la fase instructora, ni en el juicio oral. La fuerza de estas razones deriva de dos enunciados generales: una presunción establecida jurisprudencialmente, según la cual se presume que se posee la droga para el tráfico cuando la cantidad es superior a 3 gramos y la máxima de la experiencia de los magistrados, de acuerdo con la cual “viene siendo desgraciadamente frecuente que la persona a la que se le interviene alguna cantidad de droga, temerosa de que le pueda considerar vendedora de la misma, facilite la identificación de otra, diciendo que la compró a ella, para desviar hacia esta la investigación policía y situándose después en paradero desconocido, para impedir la ratificación de dicho en el atestado policial”. A su vez, cabría hacer explícito -aunque la sentencia no lo hace- el fundamento de la presunción y de dicha máxima de la experiencia (lo que, en última instancia, debe descansar en la observación de casos anteriores).

La garantía está constituida: a) por las máximas de la experiencia que –pueden ser: (a.1) de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; (a.2) de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; o (a.3) de carácter privado (experiencias corrientes) esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión-; b) por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente. En algunos supuestos podemos encontrarnos con el papel de la garantía pueden tener un origen doctrinal, legal o jurisprudencial (por ejemplo, lo que permite dar por probado que cierta consecuencia ha sido intencional –y, por tanto, puede apreciarse al menos dolo eventual- depende de si se acepta una definición de consecuencia intencional como consecuencia meramente prevista o como consecuencia prevista y, además, deseada o aceptada). Íntimamente hay que precisar que, en realidad, cuando la unión entre los hechos probatorios y el hecho a probar viene dado por una teoría o una definición (esto es, cuando el vínculo es conceptual), no nos encontramos propiamente ante un caso de prueba, sino de interpretación o calificación de los hechos.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Al respecto Véase, **GONZÁLEZ LAGIER DANIEL**, “Argumentación Y Prueba Judicial”, en “Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008, pp. 106 y 107.

Las máximas de la experiencia, las presunciones y definiciones pueden verse como enunciados generales cuya estructura sería: en el caso de las máximas “Si X, entonces probablemente Y”; en el caso de las presunciones “Si X entonces probado Y”; y en el caso de las definiciones “X cuenta como Y”. X puede ser un hecho o conjunto de hechos (propiedades de hechos), entre los que se puede incluir la ausencia de prueba en contrario. La diferencia entre presunciones son enunciados revestidos de autoridad.

La deducción (vista como silogismo subsuntivo, que parecer ser una de sus formas básicas), es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una regla (en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuo con una clase de propiedades) y en un caso subsumible en la regla y queremos inferir un resultado. Los argumentos deductivos se caracterizan porque, dada su forma o estructura, no es posible –sin incurrir en contradicción- afirmar las premisas y negar la conclusión; dicho de otra manera la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión (en realidad, porque la información contenida en la conclusión no va más allá de la que ya teníamos en las premisas). Esto no quiere decir que las premisas no puedan ser falsas (y también la conclusión), desde un punto de vista material (de acuerdo con su correspondencia con la realidad, por ejemplo). Lo único que quiere decir es que si las premisas fueran verdaderas, dada la estructura del argumento, la conclusión sería necesariamente verdadera. De manera que la lógica deductiva nos ofrece esquemas de razonamiento que nos conducen a conclusiones fiables, siempre que estemos seguros de las premisas de las que hemos partido.

Dado que los argumentos deductivos no contienen más información en la conclusión de la que ya disponíamos en las premisas, no sirven para aumentar nuestro conocimiento, pero sí son útiles para presentar de una manera clara la justificación de una decisión o para mostrar cómo se aplican ciertas propiedades generales a casos particulares.

Ahora bien, la presunción de inocencia en su rol de regla probatoria referida al juicio de un hecho probablemente delictivo, opera como el derecho que tiene el acusado a no sufrir la imposición de una sentencia condenatoria, si la culpabilidad no ha quedado plenamente demostrada más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas consideradas de cargo y sustentadas en el respeto a las garantías del inculpado, ello implica que las pruebas hayan sido obtenidas a través de un procedimiento legal. Busca por lo tanto evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculpado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, concomitante a la obligación de determinar la responsabilidad del acusado mediante el suministro de pruebas de cargo aptas y

suficientes; así se mantiene la posición de considerar que dicho principio fundamental sujeta a todos los órganos del Estado, al destacar la función del órgano persecutor; y deducir que el acusado no debe probar su inocencia, sino quien acusa debe probar su culpabilidad.

Así, cuando de la actividad probatoria llevada a cabo con las formalidades establecidas en la ley, con respeto las garantías que la Constitución prevé a favor del inculpado es suficiente, al deducirse la culpabilidad del procesado al valorar las mismas, la presunción de inocencia puede afirmarse que ha quedado destruida. Lo cual implica que toda condena debe ir precedida de una suficiente actividad probatoria por parte del acusador, sin que deba existir hipótesis normativas que obliguen al inculpado a probar su no participación en los hechos delictivos en estudio. Como señala Ferrajoli “el principio de jurisdiccionalidad al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación, postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”.<sup>57</sup>

## **6. CARGA DE LA PRUEBA.**

El tema neurálgico de la actividad probatoria lo constituye sin duda, la carga de la prueba, pues a través de esta figura se ha querido resolver las dificultades probatorias; así se habla de carga de la prueba material o regla de juicio y carga de la prueba formal o distribución de la carga de la prueba.

Para que se abra un proceso es necesario que exista una acusación. En ese sentido, se entiende por principio acusatorio aquel que asegura que el que acusa, no debe juzgar. Esta regla considera que la persona que realiza las averiguaciones no decida después la inocencia o la culpabilidad del imputado. Este principio impide la parcialidad del Juez, ya que es el Ministerio Público el que realiza las actividades de investigación y de acusación. Este Ministerio es un organismo público autónomo, separado de la función judicial y regida por su propia normatividad. De otro lado, el mismo principio suprime la posición del acusado como un mero objeto y sí como un sujeto del derecho procesal penal, asegurando un verdadero equilibrio entre las contrapartes.

El tratadista José María Asencio Mellado (cita) señala que el Principio Acusatorio tiene cuatro notas esenciales:

---

<sup>57</sup> *op. cit.*, FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, p. 549.

- a. **Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez así como la exigencia de una acción penal pública.** Rige la máxima, según este tratadista de “*ne procedat iudex ex officio*”.
- b. **La división del proceso en dos fases, una de investigación y otra de prueba.** Las tareas de indagación y de decisión en cada una de ellas han de ser conferidas a órganos diferentes con la finalidad de evitar un probable prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Se podría afirmar que a través del Principio Acusatorio se trata de evitar que el buen inquisidor mate al buen Juez. Rige entonces la máxima de la prohibición de identidad entre el instructor y el decisor.
- c. **Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal.** La vinculación judicial a las partes es de naturaleza temática, es decir, a partir del hecho antijurídico, de forma tal que el órgano jurisdiccional puede completarlo y resolverlo en toda su extensión. La desvinculación del Juez no alcanza a los hechos imputados, que por su naturaleza permanecen inmutables, sino a la calificación jurídico penal siempre que respete el bien o el interés jurídico vulnerado.
- d. Una cuarta nota fundamental del principio acusatorio, es la **prohibición de la reforma en peor**, “*reformatio in peus*” o reforma peyorativa. El Juez revisor, que conoce en grado superior, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba en la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. De ahí que en la sentencia dictada en segunda instancia, no puede concederse más de lo que le dio el fallo en primera instancia, o no cabe empeorar la situación del apelante si éste es el único que recurre. Otra es la condición si ambas partes contrapartes apelaron, pues en ese caso, se asume que el Fiscal no aceptó el fallo de primera instancia y por eso impugnó.

El Principio Acusatorio en sí, propugna que al Estado le corresponde la carga de la prueba basándose en la oralidad del proceso y sobretodo, en la publicidad del proceso. Este principio es la base del sistema acusatorio y lo mantienen las sociedades modernas dado que garantiza que las condiciones entre la acusación y la defensa se den de una forma balanceada y equilibrada, asegurando que el Derecho Penal cumpla a cabalidad con sus fines específicos.

El principio de aportación de parte, por encima del principio dispositivo, se constituye como el verdadero fundamento de la distribución de la carga de la prueba, en detrimento de la actuación procesal de oficio, bajo la necesidad de preservar la imparcialidad judicial, por lo que se deja en manos de las partes la introducción en el proceso tanto de los hechos como de las pruebas, de tal modo que el órgano jurisdiccional debe resolver *secundum et probata partium*.

Según este raciocinio al desarrollarse el proceso penal con las garantías de oralidad, publicidad e igualdad de las partes, debe existir una dicotomía entre el ente acusador (Ministerio Público) y el jurisdiccional, que es el encargado del juzgamiento a los procesados. La aplicación del principio acusatorio cobra importancia pues garantiza una equidad procesal entre las partes contrapuestas, acusador (Ministerio Público) y acusado (Inculpado). Ambos ostentan las mismas facultades en el

derecho procesal moderno, encargando la potestad de sentenciar en el proceso a un órgano imparcial e independiente que es el Poder Judicial.

La equidad o igualdad de prerrogativas entre la Defensa y la Fiscalía implicará que a través de los controles jurisdiccionales, se respeten las garantías básicas. A su vez, la estructura judicial asegura al Juez la independencia necesaria como operador garantizando la vigencia de los derechos fundamentales durante el proceso frente al carácter de investigador y acusador que asumirá el Ministerio Público. De donde se deduce que la vigencia del principio acusatorio garantiza un proceso penal en el que exista verdadera igualdad entre las contrapartes al oponer la facultad de investigación y acusación como presupuesto que se confronte al ejercicio del derecho de defensa.

Sin embargo, las reglas de la carga de la prueba no pueden funcionar de igual manera que en los procesos dispositivos y en el proceso penal, en razón de los diferentes intereses tutelados, ya que en los primeros se manejan intereses personales, en el proceso penal y con mayor razón en el acusatorio, en el que el valor tutelado es de interés público y cuyo fundamento es esclarecer los hechos, la satisfacción de esas premisas exige a las partes acusadoras probar la responsabilidad del imputado más allá de toda duda razonable, pues la falta de hechos exculpatorios, la falta de prueba de lo alegado e incluso la falsedad manifiesta en determinadas pruebas, no exime al Ministerio Público de probar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado; más aún, por virtud del principio de contradicción, la función de la prueba tiene dos aspectos relevantes, uno positivo que se refiere a la comprobación de la certeza de los hechos alegados por cada parte o por la contraparte y un aspecto negativo, que consiste en la refutación de los hechos alegados, como fundamento de la libertad probatoria; la imparcialidad del juicio se asocia principalmente con la existencia de un juez ecuánime, con la radicación de la carga de la prueba en el titular del ejercicio de la acción penal, con la prohibición de obtener pruebas mediante la violación de derechos y garantías constitucionales y con la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en condiciones equivalentes a las del ente acusador.

La Constitución Federal establece en el artículo 20, Apartado A, fracción V, que:

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

En tanto que el artículo 15 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, señala:

*“Artículo 15. Principio de Carga de la Prueba*

*Corresponde a la parte acusadora la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del acusado, en términos del Código Penal Federal y las leyes aplicables”.*

Finalmente, resulta en extremo controversial en la doctrina la cuestión de si el imputado tiene la carga de probar los hechos pudieran sustentar ciertos obstáculos al ejercicio de la acción penal, tales como la cosa juzgada, bajo lo cual se advierte que el imputado no tiene ninguna carga de probar esos asertos, pues tratándose de cuestiones relativas al fondo o en cuestión principal objeto del proceso, simplemente debe alegarlos de manera circunstanciada y la carga de la prueba corresponderá a las partes acusadoras.

El derecho colombiano, señala *Fernando Bedoya*, la carga de la prueba en cabeza del acusador, se reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas necesarias para convencer al juez más allá de toda duda razonable de que una conducta punible ha ocurrido, de que fue realizada por un determinado individuo y de que es procedente la imposición de una sanción; por lo que existe un cambio fundamental entre las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, pues acorde con la primera, el Fiscal tiene la obligación de investigar lo favorable y lo desfavorable, mientras que en la segunda, el Fiscal asume claramente el rol de hallar la prueba requerida, sin perjuicio de que deba tener en cuenta los hallazgos de evidencia de descargo al momento de tomar las decisiones que le competen (formulación imputación, solicitar la imposición o revocatoria de una medida de aseguramiento, acusar, entre otros) e informar al defensor sobre su descubrimiento a partir de la radicación del escrito de acusación. Por lo cual, el defensor también debe realizar actividades investigativas cuando quiera demostrarle al juez algún hecho o circunstancia que resulte relevante para los intereses de su representado, aunque es claro que en dicha actividad no tiene la misma exigencia que la Fiscalía, pues le basta con generar la duda; esto es, el defensor no tiene que lograr un convencimiento más allá de duda razonable frente a un determinado aspecto.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> *Op. cit.*, **BEDOYA SIERRA, Luis Fernando**, pp. 33-34.

Uno de los extremos que deben cumplirse para no violentar la presunción de inocencia, consiste en que dicha presunción “*iuris tantum*”, sólo puede desvirtuarse por una prueba de cargo suficiente, aportada por la parte acusadora, que sea bastante para excluir la presunción de que goza el inculpado durante el proceso penal; de manera que concatenada con otros indicios, hagan fundado determinar la culpabilidad del sujeto por el órgano jurisdiccional al emitir su sentencia. Pero ello solo resalta la idea de que el acusado queda exento de probar su inocencia o su no culpabilidad, la prueba del hecho delictivo y de su autoría es deber del acusador, quien ha practicar con tal fin una adecuada prueba incriminatoria para fundamentar la condena del inculpado; al respecto el Tribunal Constitucional español emitió el siguiente criterio:

*“...el derecho a la presunción significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, **que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos.**”<sup>59</sup>*

La carga de la prueba atribuida a la acusación implica que la insuficiencia o la deficiencia de la misma, conlleve a la desestimación de la pretensión punitiva del Ministerio Público y se absuelva al inculpado; y los indicios de culpabilidad del sujeto deberán ser tomados en cuenta en la etapa de valoración probatoria sin hacer un prejuizgamiento sobre la inocencia del inculpado. La ausencia de una prueba de cargo practicada con las garantías procesales correspondientes y que no sea apta para fundamentar la responsabilidad del acusado, debe considerarse incierta en acatamiento al principio de presunción de inocencia; ello en virtud de que el ordenamiento adjetivo penal, permite al juez cuando no está plenamente convencido de la culpabilidad del acusado aun cuando exista prueba de cargo, emita una resolución absolutoria, de forma que se tiende a la posibilidad de absolver a un culpable que condenar a un inocente, como derecho fundamental condiciona la determinación de la culpabilidad pero en ningún caso permite la imposición de una condena.

Ahora bien, acorde con dicha concepción de que es la acusación es quien soporta por completo la carga, pues la presunción de inocencia constituye una regla probatoria que impone la carga de la

---

<sup>59</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal, Trant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 910.

prueba de los hechos constitutivos sobre la acusación, de tal modo que en ningún caso será posible realizar una inversión de esta regla, en el sentido de que sea el acusado quien acredite su inocencia; empero, ello no impide que, sin hablar de inversión de la carga de la prueba el acusado pueda o tenga que asumir la carga de la prueba de los hechos en los que haya fundamentado su defensa; una vez que el órgano de la acusación haya aportado pruebas incriminatorias que racionalmente conducen a la culpabilidad del acusado, no hay inconveniente alguno en admitir que el acusado no sólo tiene que alegar las circunstancias favorables para su defensa sino que, incluso, puede verse en la necesidad de aportar medios de prueba sobre los que apoyar sus alegaciones, a fin de que éstas no queden sin fundamentación probatoria alguna. Sería arriesgado sostener que el acusado puede adoptar una actitud pasiva en el juicio por la sola razón de que la presunción de inocencia le ampara trasladando la carga de la prueba de la culpabilidad sobre la acusación, pues el juicio oral se caracteriza por su espíritu dialéctico, bajo el principio de contradicción y de las facultades probatorias que la Constitución Federal otorga a su favor.

Así, en el proceso penal acusatorio, la totalidad de la carga de la prueba para las partes acusadores se refiere solamente a la cuestión principal del objeto del proceso, que abarca: la prueba de la existencia misma del hecho con apariencia de delito que se investiga o juzga, la prueba de la responsabilidad del imputado y la prueba de todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; carga de las partes acusadoras que se mantiene a lo largo de todo el proceso, pues existe desde la individualización del imputado, que tiene que descansar en las llamadas “columnas de Atlas del proceso penal”, pasa por la fundamentación de la acusación y se extiende a la actividad probatoria en el juicio oral.

De igual forma, la carga probatoria de las partes acusadoras se extiende a la refutación de las coartas del imputado y a la exclusión de toda duda razonable de la responsabilidad del imputado y elimina toda posibilidad de un tercero excluido, es decir, las partes acusadoras deben demostrar que el imputado y no otra persona fue quien tuvo la oportunidad, el móvil y los medios para cometer el delito.

Sin embargo, la exención de carga de prueba para el imputado no es absoluta, pues si bien es cierto que no tiene obligación alguna de aportar prueba de su inocencia o de que no participó (cuestión principal del objeto del proceso penal), si tiene en cambio la carga de probar tres cosas:

- 1.** Los hechos en que funde las causales de recusación que esgrima durante el proceso.
- 2.** Las irregularidades cometidas durante el proceso por los funcionarios policíacos y judiciales, cuando no constaren de manera fehaciente en las actuaciones.

3. Los hechos que corporifiquen la nulidad en la obtención de una fuente de prueba, la nulidad de un documento o la parcialidad de un perito o testigo, siempre que no resulten acreditados de autos.

Respecto de la extensión fáctica que contiene la prueba de cargo, se ha cuestionado si abarca a los elementos que puedan excluir la responsabilidad del imputado, ello es las circunstancias atenuantes y eximentes del delito. En este sentido la jurisprudencia española ha señalado que las circunstancias agravantes del tipo deben estar acreditadas como los hechos que se tratan de subsumir en un tipo penal, pero que el derecho fundamental de la presunción de inocencia no abarca la comprobación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad, de manera que corresponde al acusado hacer valer las mismas, pues se impondría a la acusación la carga imposible de tener que probar además los hechos positivos integrantes del tipo penal en cuestión y de la no participación del acusado.<sup>60</sup>

Ello conduce a establecer que los tribunales españoles no consideran que la presunción de inocencia deba alcanzar a los hechos que excluyan una conducta delictiva, pues cuando se trata de un hecho que excluya la responsabilidad del acusado, debe ser la defensa la que tiene la carga de la prueba.

La afirmación anterior se establece en la siguiente tesis del nueve de febrero de 1995, donde distingue los hechos impositivos (para nuestra legislación serán los que excluyen el delito) de los hechos negativos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquellos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el *onus probandi* de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que: “probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre el acusado, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probara por él cometidos ... por

---

<sup>60</sup> **MONTAÑES PARDO**, Miguel Ángel, La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 83.

lo que no es admisible su pretensión de que se aplique la presunción de inocencia para admitir un error de prohibición, cuya existencia le correspondía probar a él (...).<sup>61</sup>

Se trata de una solución lógica si se atiende a la necesidad de hacer posible el éxito de la actuación probatoria de la acusación pues en el caso de que se alegue trastorno mental, el acusado tiene que probarlo, lo que implica que atiende a la necesidad de que aporte medios de prueba conducentes a crear una apariencia de verosimilitud que haga sostenibles las defensas que en su caso alegue, pero nunca una carga dirigida a convencer al órgano jurisdiccional de su inocencia más allá de toda duda razonable, pues una vez que el inculcado ha hecho ver al tribunal el hecho favorable, le corresponde al Ministerio Público probar su inexistencia.

El inculcado no tiene que demostrar su inocencia, e incluso su versión de que lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba de cargo, pero ello no debe servir para considerarlo culpable, en todo caso su versión de los hechos constituye un dato que el juez deberá aceptar o rechazar razonadamente, así considerados como indicios negativos, o coartadas.

No obstante, para que el juez de control dicte auto de vinculación a proceso, es menester no sólo que los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, sino que además, no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito (**Artículo 409 PCFPP**).

En este sentido, la tesis **“CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER**. *Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicha causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio,*

---

<sup>61</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo, La prueba en el proceso penal, doctrina de la Segunda Sala del Tribunal Superior, Aranzadi, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 39.

*íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia -implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que éste ha sido plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene.”<sup>62</sup>*

### **6.1. PRUEBAS DE OFICIO**

Ahora bien, el Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, proscribió al juez practicar pruebas de oficio, bajo la vigencia del principio de aportación de pruebas:

*“Artículo 444. Prohibición de pruebas de oficio*

*En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”*

No obstante, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de La Fracción XXI del Artículo 73 De La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de noviembre de 2010, establece en su artículo primero, párrafo segundo, que:

*“...Los Poderes Judiciales de la Federación y de las Entidades Federativas ordenarán de oficio el desahogo de las pruebas que consideren necesarias, así como todas las medidas que sirvan para mejor proveer, de conformidad con las circunstancias que se aprecien durante el desarrollo de los procesos penales de su competencia, privilegiando y garantizando en todo caso la libertad, seguridad y demás derechos de las víctimas y ofendidos de los delitos previstos en el presente ordenamiento...”*

Además, aunque también en la legislación española se establece que no se practicará más prueba que la que haya sido propuesta por las partes en el momento oportuno, en el artículo 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, permite facultades extraordinarias al órgano jurisdiccional para proponer pruebas, en casos como ordenar careos entre testigos, procesados, entre éstos y aquéllos

---

<sup>62</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Marzo de 2006, página 203, materia Penal.

no propuestos por las partes pero que a juicio del tribunal contribuyan a esclarecer alguno de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación; facultades que el Tribunal Supremo ha señalado si se entiende como una posibilidad de que el juez ordene práctica de nuevas pruebas es de valoración prohibida, sin embargo si apela a la finalidad de verificar otras pruebas aportadas por las partes no se trastoca la imparcialidad judicial; facultad de practicar similar al actual artículo 150 del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala que según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más.

Disposición legal que ha llevado como señala Mercedes Fernández, a que un sector doctrinal opine que en el juicio oral, por lo que respecta a la práctica de la prueba, rige claramente el principio de investigación oficial, de manera excepcional y en razón de la búsqueda de la verdad material, pero en todo caso supeditada a la actividad probatoria de las partes; incluso el sistema anglosajón donde el protagonismo está fuera de toda duda, no es del todo cierto que el juez asuma una postura estática, pues incluso puede mandar llamara a testigos cuya declaración no ha sido solicitada cuando considere necesario para garantizar al acusado un juicio justo y antes de dictar sentencia se ve obligado a tramitar informes acerca de cuestiones tales como la salud física y mental del inculpado, pues la búsqueda de la verdad es una finalidad importante del proceso; con lo cual, aunque el principio de investigación de oficio domine la etapa de investigación y en el juicio oral el órgano disponga de determinadas facultades probatorias, son las partes las que tienen que asumir el esfuerzo que supone dotar de credibilidad a sus respectivas alegaciones mediante la aportación de los medios de prueba.<sup>63</sup>

Si bien la prohibición de decretar pruebas de oficio parecería un tema fácil y diáfano en la aplicación del sistema penal acusatorio, dado que la prohibición se expresa y es uno de los elementos fundantes del carácter acusatorio del sistema, ya que es importante tomar en consideración que en el sistema penal acusatorio, el ejercicio de la acción penal es del Ministerio Público y que consecuentemente la prueba es de las partes y no del juez. En otras palabras, son las partes quienes tienen un interés en probar la situación particular, la Fiscalía, la de probar la responsabilidad penal del acusado; y la del defensor, probar lo contrario o simplemente confrontar la prueba de cargo a efecto de generar una duda razonable, que es lo que se necesita para que un juez absuelva a un acusado.

---

<sup>63</sup> **FERNÁNDEZ LÓPEZ**, Mercedes, *“Prueba y Presunción de Inocencia”*, Iustel, Madrid, 2005, 388 pp 312 y 313.

En desarrollo de lo anterior, se puede concluir que al juez no le es dable tomar parte en el debate probatorio, ya que su función es la de decidir sobre la culpabilidad o no del acusado con base en las pruebas aportadas por ambas partes durante el desarrollo del juicio oral. Sin embargo, en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, la materia no ha sido sencilla; así ha establecido que de manera excepcional el juez del conocimiento podrá decretar pruebas de oficio, contrario a lo que sostiene el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 361, al señalar la prohibición que tiene el Juez de decretar de oficio una prueba a fin de no alterar en gran medida la filosofía del sistema acusatorio; el juez de conocimiento no debe tener ninguna participación activa dentro del debate probatorio a cargo de las partes ya que si bien el primer pronunciamiento de la Corte lo que busca es una igualdad de armas entre las parte, dicha igualdad se podrá ver afectada precisamente al darle una potestad probatoria al juez tal como el decreto de una prueba de oficio.

En sentencia de 30 de marzo de 2006, la Corte Suprema de Justicia colombiana estableció que en términos generales, el juez no puede decretar pruebas de oficio en desarrollo del artículo 361 de la ley 906 de 2004. Sin embargo, estableció que de manera excepcional, el juez lo podrá hacer siempre que cumpla con una argumentación razonable de dicha actuación, argumentación que dependerá necesariamente de cada caso en concreto pero deberá implicar que de aplicarse la restricción contenida en el citado artículo se produciría efectos incompatibles con la Constitución Política.

Incluso la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 de marzo de 2006 estableció de manera acertada, que el sistema penal acusatorio implementa un sistema de partes, ya que es a las partes a quienes les corresponde la carga de la prueba en función del rol que cumplan. En esa medida, la Fiscalía tiene como obligación la demostración de todos los elementos de la conducta punible y la responsabilidad del acusado cuando lo que reclama es la condena del mismo.

La cortes Constitucional, mediante la sentencia C-396 de 2007, estableció la constitucionalidad de la prohibición contenida en el artículo 361. Dicha constitucionalidad radica en el hecho que si bien existe el deber de búsqueda de la verdad en el proceso penal, este deber está subordinado al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los principios rectores y reglas probatorias del proceso.

De manera posterior la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de abril de 2008 estableció que el juez, en materia penal, tiene un papel activo dentro del proceso. Sin hacer alusión a una

posible excepción a la prohibición del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, la Corte indicó que la necesidad de una condición de imparcialidad por parte del juez no implica su absoluta pasividad en materia probatoria. Así, el juez podrá tener una participación activa probatoria siempre en búsqueda de la igualdad de armas entre las partes y la protección de los derechos fundamentales.

La posición de la Corte Suprema de Justicia es abiertamente contraria a la Constitución y es muestra de la falta de claridad sobre los postulados y características del sistema, con lo cual antes de cumplir con las funciones de la jurisprudencia en cuanto a brindar claridad, lo que se consigue es crear confusión.<sup>64</sup>

Un caso importante en este sentido fue el decidido el 30 de marzo de 2006, (M.P. Edgar Lombana Trujillo) dentro del proceso 24468, en el que se estudió el caso de una menor de cinco años que había sido abusada sexualmente por una persona con quien vivía. Una de las razones por las cuales se interpuso el recurso de casación fue porque el Fiscal del caso durante los momentos procesales previstos para ello, no presentó el testimonio de la menor como prueba (no lo anunció en el escrito de acusación, ni lo descubrió en la audiencia de formulación de acusación, ni en la preparatoria), y sin embargo en la audiencia de juicio oral le solicitó al juez lo ordenara y el juez lo decretó de oficio, contrariando lo dispuesto por el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para lo cual se argumentó Esa Corporación fundamentó su decisión en las siguientes razones:

*“Como viene de verse, en términos generales, el juez no tiene iniciativa en materia probatoria y por ende no puede desertar pruebas de oficio. No obstante a la luz de la Constitución Política la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta. Reside legítimamente en la comunidad el interés público consistente en que se investiguen los delitos, se construya la verdad para conocerla, se sancione a los responsables y se indemnice a las víctimas, cuando a ello hubiere lugar. Similar interés se reconoce a la comunidad sobre la preclusión de las investigaciones y las absoluciones de los inocentes si fuera el caso.”*

Descartada como esta en la carta política y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero arbitro en el sistema

---

<sup>64</sup> **BORRERO RESTREPO**, Gloria María y **SAMPEDRO ARRUBLA**, Julio Andrés, “Sistema Acusatorio y Jurisprudencia”, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá Facultad de Ciencias Jurídicas, Corporación Excelencia en la Justicia, Grupo Editorial Ibañez (Colección Investigaciones N° 6), Bogotá D. C.-Colombia, 2010, pp. 34-36.

acusatorio regido por la Ley 906 de 200, la prohibición de que el juez decreta pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables”

Con base en esas razones, la Corte Suprema consideró que la orden del juez de decretar pruebas de oficio de había ajustado a la Constitución. En el año 2007, mediante la sentencia C-396 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la prohibición de las pruebas de oficio. Según los demandantes en ese proceso: “la prohibición legal para que el juez decreta pruebas de oficio en el proceso penal desconoce el valor de la justicia y los deberes de las autoridades públicas de propender por la defensa y eficacia de los derechos consagrados en la Constitución”, asimismo: “manifestaron que la norma acusada desconoce el principio de independencia judicial y el deber que tiene el juez de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, pues si la misión del juez en el Estado Social de Derecho es la búsqueda de la verdad y, con ella, de la justicia, la disposición que prohíbe la práctica oficiosa de pruebas se traduce en un impedimento para que el juez haga realidad la justicia material.

Ello es importante, pues la búsqueda de la verdad dentro de los valores relevantes, como el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse; la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.



## Principios generales de la prueba judicial.

|  |   |
|--|---|
| Necesidad de la prueba.                              | Los hechos debe estar demostrados por los medios de pruebas y dentro de la oportunidad legal  |
| Principio de unidad                                  | El conjunto probatorio forma una unidad y como tal debe ser examinado y apreciado por el juez   |
| Principio de comunidad o adquisición                 | Las pruebas no pertenece a quien la aporta sino al proceso, lo cual impide la renuncia de la prueba una vez practicada y que sean conocidas por las partes procesales           |
| Principio de contradicción                           | Significa que la parte contra quien se opone la prueba debe gozar de oportunidad para conocerla y destruirla  |
| Principio de formalidad o legitimidad de prueba      | En la practica de cada prueba deben observarse los requisitos que la ley determina  |
| Principio de originalidad de la prueba               | La prueba debe referirse al hecho por probar, se trata de buscar la fuente del dato (testigos presenciales)   |
| Principio de libertad de la prueba                   | Las partes tienen libertad para proponer las pruebas necesarias para probar su pretensión; sólo se limita por la conducencia y respecto a derechos fundamentales                |
| Principio de pertinencia y consecuencia de la prueba | El medio debe ser idóneo para demostrar el hecho del proceso; deben ceñirse al asunto materia del proceso; se excluirán las prohibidas, sobre hechos impertinentes o superfluas |
| Principio de naturalidad de la prueba                | Se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba; por lo que esta prohibida la tortura u otro medio violatorio de derechos humanos                          |
| Principio de inmediación                             | Consiste en la presencia del juez en la practica de las pruebas y, consecuentemente, la valoración debe ser por el mismo juez.  |
| Principio de preclusión o eventualidad               | Las pruebas deben practicarse dentro de las oportunidades que señale el Código, salvo la prueba anticipada.   |
| Carga de la prueba                                   | Le corresponde al órgano de la acusación  |



**SUPREMA  
CORTE**  
DE JUSTICIA DE  
LA NACIÓN

## **VI.1 INTERROGATORIO DEL ACUSADO**

El imputado tendrá entre otros derechos, a ser considerado y tratado como inocente; comunicarse con un familiar o con su defensor cuando sea detenido; declarar o a guardar silencio el cual no será utilizado en su perjuicio; declarar con asistencia de su defensor y a entrevistarse previamente con él; a que su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración, así como en cualquier actuación en la que intervenga; se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra; no ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad; solicitar durante la investigación inicial su libertad bajo la imposición de una medida cautelar, en los casos en que se encuentre detenido y así lo prevea este Código; tener acceso a los registros de investigación cuando se encuentre detenido, se pretenda entrevistarle o recibírsele su declaración y a obtener copia de los mismos; se le reciban los testigos y los demás medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente; a tener una defensa adecuada por licenciado en derecho o abogado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por un defensor público, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad; Ser presentado al ministerio público o al juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido (**Artículo 144 PCFPP**).

La policía podrá entrevistar al imputado, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y documentará toda la información que el imputado le proporcione en el informe policial homologado sin perjuicio de poder videgrabarlas. En caso de que el imputado manifieste a la policía su deseo de declarar sobre los hechos que se investigan, ésta deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público para que se inicien los trámites a efecto de que se reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas en la ley. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio (**Artículo 160 PCFPP**).

De acuerdo con el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, en audiencia de juicio oral, el juez dará oportunidad al acusado para que se pronuncie acerca de la acusación. El juez procederá a la identificación del acusado y le advertirá que puede abstenerse de declarar, sin que esa decisión, por sí misma, provoque algún indicio en su contra, y que el debate continuará aun si él resuelve no pronunciarse sobre la acusación; si el acusado resuelve declarar, el juez permitirá que manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, para luego permitir el interrogatorio del defensor y de los acusadores, si así lo desea. El juez podrá formular preguntas destinadas únicamente a aclarar sus manifestaciones. La formulación de preguntas seguirá en ese orden.

En el curso del debate, el defensor puede dirigir al acusado preguntas destinadas a aclarar manifestaciones, quien decidirá libremente contestarlas; el acusado no podrá alejarse de la sala de audiencia sin permiso del juez. Si después de su declaración rehúsa permanecer en la sala, será custodiado a una sala próxima y representado para todos los efectos por su defensor. Cuando sea necesaria su presencia en la audiencia para la realización de actos particulares, será hecho a comparecer (**Artículo 459 PCFPP**).

Si los acusados fueren varios, el juez separará a los que no declaren en ese momento, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente sobre lo ocurrido durante su ausencia (**Artículo 458 PCFPP**).

En el curso del debate, el acusado podrá solicitar la palabra para efectuar todas las declaraciones que considere pertinentes, incluso si antes se hubiere abstenido de declarar, siempre que se refieran al objeto del debate; el acusado podrá, durante el transcurso del debate, hablar libremente con su defensor, sin que por ello la audiencia se suspenda. No lo podrá hacer, en cambio, durante su declaración o antes de responder a preguntas que le sean formuladas; en este momento tampoco se admitirá sugerencia alguna o ademán ilustrativo.

Durante la audiencia se podrá realizar la corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la acusación ni provoque indefensión a fin de que no sea considerada una ampliación de la acusación y deba procederse en términos de lo previsto en el artículo 462 este Código.

**Artículo 461. Recepción de prueba**

Rendida la declaración del imputado, se recibirán los medios de prueba señalados en el auto de apertura a juicio oral, en el orden indicado por éstas, o en el orden fijado por el juez, si las partes lo hubieran omitido.

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-1287 de 2001, precisó:

*"es abiertamente inmoral que la ley obligue a alguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos,... Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados,... La garantía es de derecho natural. Naturalmente, para hacerla efectiva, en el caso de disposición testimonial..., la ley ha de exigir la comprobación del parentesco..."*

El derecho a no declarar contra sí mismo es renunciable, pero para esto es necesario que quien renuncia se encuentre debidamente informado del sentido y alcance del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política. Al respecto, el artículo 8 del Código de Procedimiento Penal consagra en su primer literal el derecho a no declarar en contra de sí mismo, ni en contra de los parientes en los grados de ley y luego, en el literal I, dispone que dicho derecho es renunciable, "siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada".

En relación con lo anterior, el artículo 282 de dicho código procesal colombiano, se consagra la posibilidad de que el fiscal o la policía judicial interroguen al indiciado, bajo las siguientes condiciones:

- Que le sea indicado que no está obligado a declarar en su contra,
- Que se encuentre acompañado de su defensor
- Que no se le hagan imputaciones

Al respecto, señala el autor *Luis Fernando Bedoya Sierra*, que esa posibilidad debe utilizarse con cautela porque, debe garantizarse que el indiciado realmente comprenda el sentido y alcance del derecho constitucional a no auto incriminarse y, aunque lo expresado por el indiciado constituye información legalmente obtenida, debe tenerse en cuenta que éste no está obligado a declarar en el juicio, así haya rendido interrogatorio en la fase de indagación y aunque lo dicho con antelación constituya, prueba de referencia inadmisibles; de ahí que el caso no podrá estar basado en la información que suministre el indiciado, aunque sea claro, (de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) que si el acusado decide comparecer como testigo, es posible utilizar las declaraciones anteriores para efectos de impugnación y que adquieran relevancia probatoria bajo circunstancias que serán objeto de análisis en otros apartados.

La forma en que el artículo 282 del código adjetivo colombiano regula el acto de investigación denominado interrogatorio al indiciado, pone de manifiesto un aspecto trascendental para comprender en qué momento se activa el derecho a no autoincriminarse; al disponer dicha norma que esa actuación sea procedente cuando el fiscal o la policía judicial, tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos existentes, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga.

Sin embargo, como es posible que el autor de la conducta punible sea entrevistado como un testigo cualquiera, porque el órgano encargado de la persecución penal aún no cuenta con información alguna para concluir sobre su calidad de presunto autor, en este evento; dicha información no puede catalogarse como ilícitamente obtenida y por tanto (y este aspecto resulta ser el más relevante), las evidencias obtenidas a partir de la información brindada bajo estas condiciones no tienen vocación de ser excluidas.

Lo que sí es claro es que en el momento en que los agentes oficiales tengan conocimiento de que el ciudadano es el presunto responsable, deben tomar las medidas que esta norma indica; por lo que señala el autor que los funcionarios de policía judicial, al recibir entrevistas, y el fiscal, al momento de tomar una declaración jurada, deben informar previamente sobre el contenido de las implicaciones constitucionales y legales; pues para que funcione el derecho a no auto incriminarse, es fundamental que exista interrogatorio por parte de los agentes oficiales, pues es posible que los ciudadanos hagan manifestaciones espontáneas en presencia de los investigadores; ya sea cuando éstos estén realizando actos urgentes o se encuentren desarrollando algún acto de investigación previsto en el programa metodológico; si ello ocurre, no es posible considerar dicha información o la que se derive de ella, como ilícita.

Asimismo, destaca el autor, que el hecho de que el indiciado acceda a rendir el interrogatorio, no implica que esté obligado a comparecer como testigo al juicio oral, es posible que el acusado renuncie al derecho a no declarar en juicio y que luego pretenda ejercerlo negándose a responder durante el contra interrogatorio; esto impediría la contradicción y por tanto la prueba no podría ser valorada por el juez; sin soslayar, que el privilegio de no declarar contra sí mismo permanece mientras existe peligro de perjuicio en materia penal; esto implica que desaparezca cuando, dejen de existir razones para considerar a un ciudadano como presunto autor de la conducta punible, cuando el ciudadano haya sido beneficiado con una decisión de preclusión (aunque la investigación continúe con respecto a otras personas) y cuando el ciudadano es condenado y el proceso debe mantenerse en contra de otras personas<sup>65</sup>.

## **VI.2 PRUEBA TESTIFICAL**

El testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario judicial, pues a través de este es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes, puede ser útil para demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o puede referirse a circunstancias que corroboren otro medio de acreditación. Es a través de este que el juez puede conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. Estos riesgos o dificultades de la prueba testimonial han sido objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera, y han sido tenidos en cuenta por el legislador para establecer los criterios de valoración de este tipo de prueba.

En cuanto al deber de testificar, salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado. Asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos; pero podrán abstenerse

---

<sup>65</sup> *Op. cit.*, **BEDOYA SIERRA, Luis Fernando**, p.67-69.

de declarar el tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario del imputado; parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive.

Bajo pena de nulidad, deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aún durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas (**Artículos 380 y 381 PCFPP**).

No estarán obligados a declarar sobre la información que reciban, conozcan o tengan en su poder:

I. Los abogados, consultores técnicos, corredores públicos y los notarios, respecto de los asuntos en los cuales hubieran intervenido y tengan información que deban reservarse para el ejercicio de su profesión;

II. Los ministros de cualquier culto, con motivo de las confesiones que hubieran recibido en ejercicio del ministerio que presten;

III. Los periodistas, respecto de los nombres o las grabaciones, registros telefónicos, apuntes, archivos documentales y digitales y todo aquello que de manera directa o indirecta pudiera llevar a la identificación de las personas que, con motivo del ejercicio de su actividad, les proporcionen como información de carácter reservada, en la cual sustenten cualquier publicación o comunicado;

IV. Las personas o servidores públicos que desempeñen cualquier otro empleo, cargo, oficio o profesión, en virtud del cual la ley les reconozca el deber de guardar reserva o secreto profesional, y

V. Los médicos cirujanos o especialistas y psicólogos clínicos, respecto de la información concerniente a la salud de sus pacientes que conozcan con motivo de su ejercicio profesional.

En caso de que alguna o algunas de las personas comprendidas en las fracciones anteriores manifiesten su deseo de declarar y cuenten con el consentimiento expreso de quien les confió el secreto, información o confesión, se hará constar dicha circunstancia y se recibirá su declaración o testimonio.

La reserva de información que, por disposición de la propia ley, deben guardar los servidores públicos, se hará del conocimiento de la autoridad que requiera la declaración o testimonio y, en todo caso, se estará a lo dispuesto en la ley que rijan las facultades del servidor público correspondiente. Si el juez estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada (**Artículo 382 PCFPP**).

Durante el proceso penal la autoridad judicial podrá ordenar a petición del Ministerio Público, que se otorgue protección policial a los testigos, víctimas u ofendidos del delito o familiares de éstos, jueces, ministerios públicos, abogados defensores, asesores jurídicos de la víctima, policías de investigación, peritos o cualquier otro interviniente en el proceso, cuando:

- I. Se ponga en peligro su vida o integridad corporal por su intervención en procesos penales por algún delito, o
- II. Su declaración pueda ser determinante para el adecuado desarrollo del proceso penal o para absolver o condenar al imputado (**Artículo 383 PCFPP**).

Por su parte, el presidente de la República y los servidores públicos a que se hace referencia en el artículo 117, esto es, los servidores públicos a que se refieren los párrafos primero y quinto del artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, los magistrados federales y las personas impedidas por su edad, enfermedad grave o por alguna otra imposibilidad física, psicológica que dificulte su comparecencia, que renunciaren al derecho de no concurrir a desahogar su testimonio en audiencia en términos del referido artículo, deberán prestar declaración conforme a las reglas generales (**Artículo 384 PCFPP**). Cuando haya que examinar a éstos últimos, el juez dispondrá que su testimonio sea desahogado en el juicio por sistemas de reproducción a distancia de imágenes y sonidos o cualquier otro medio que permita su transmisión, en sesión cerrada.

En el caso de que deba recibirse testimonio de personas agredidas sexualmente o víctimas de secuestro y cuando a juicio del juez sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el juez podrá disponer su recepción en sesión cerrada y con el auxilio de familiares o peritos especializados o por sistemas de reproducción a distancia de imágenes y sonidos o cualquier medio audiovisual que impida confrontarlo físicamente con el acusado y garantice el resguardo de su identidad. La misma regla se aplicará cuando alguna persona menor de edad deba declarar por cualquier motivo. El testigo menor de edad sólo será interrogado por el juez, debiendo las partes dirigir las preguntas por su intermedio (**Artículo 386 PCFPP**).

En el caso de que se requiera testimonio de un ministro o agente diplomático de nación extranjera acreditado en México o de una persona de su comitiva o familia, se le remitirá al embajador o agente respectivo, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, carta rogatoria para que concurra a declarar o permita que la persona solicitada lo haga; además, cuando sea de algún miembro del Servicio Exterior Mexicano activo en alguna oficina de México en el extranjero, se tomará su declaración en términos del artículo anterior. Debiendo notificar el juez a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a efecto de gestione todo lo conducente para el pronto y oportuno desahogo (**Artículo 387 PCFPP**).

En el derecho colombiano, el artículo 383 de la ley 906 de 2004 dispone que toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales; así la Corte Constitucional ha dicho que el deber de declarar emana del "deber de solidaridad y de colaboración con la justicia, bajo los conceptos de que el esclarecimiento y la sanción del delito son aspectos de vital importancia para la sociedad, enfatizando los derechos de las víctimas; de ahí que se estime como una responsabilidad ciudadana absolutamente legítima; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el testigo también tiene derecho a que sea protegida su integridad, sobre todo cuando se trata de asuntos de especial complejidad o cuando fundadamente puede concluirse que del hecho de declarar en juicio puede derivarse riesgo real para él o su familia, eventos en los cuales el fiscal debe procurar la ayuda y protección necesarias.

En tanto que, las excepciones al deber de declarar están reguladas en la Constitución colombiana que dispone que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

De lo que se advierte que, para el derecho colombiano, establece dicha excepción a fin de abstenerse de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad, proteger la armonía y la unidad familiar que puede verse amenazada si se impone la obligación de declarar en contra de tales parientes, proscribiendo toda actuación de las autoridades que busque obtener la confesión involuntaria de quien es parte en un proceso, o la denuncia penal de los familiares cercanos, en las mismas circunstancias de involuntariedad.

El artículo 33 de la Constitución colombiana ha sido analizado a partir de los conceptos de solidaridad íntima y solidaridad familiar.

Acorde con el Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, si el Ministerio Público ofrece prueba de testigos deberá individualizarlos en el escrito de acusación, presentando una lista, con nombres, apellidos y domicilios, señalando, además, la materia sobre la que habrán de recaer sus declaraciones. Salvo que se deba resguardar la identidad y otros datos personales de la víctima u ofendido cuando ésta sea menor de edad o se trate de delitos de violación, secuestro o trata de personas o cuando a juicio del juez sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

Cuando el Ministerio Público ofrezca como prueba el testimonio de una persona en cuyo favor se haya decretado un criterio de oportunidad, se encontrará obligado a informar a la defensa sobre esta circunstancia y a anexar en su escrito de acusación la resolución mediante la cual se haya decretado aplicar el criterio de oportunidad. En todo caso, deberán tomarse las medidas para resguardar la reserva de la identidad de la víctima u ofendido (**Artículo 356 PCFPP**).

Iniciada la audiencia de desahogo de pruebas y antes de comenzar la declaración, se tomará la protesta de ley a los que han de declarar o se les exhortará para que se conduzcan con verdad, en términos de lo previsto por el artículo 70 de este Código. Posteriormente, se llevará a cabo la identificación de los peritos y los testigos, los cuales serán interrogados de manera individual sobre su nombre, apellidos, estado civil, oficio o profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, así como cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad, sin embargo, se le preguntará al testigo si es su deseo proporcionar sus datos personales en voz alta o si prefiere que éstos sean anotados por separado y preservados en reserva.

Los testigos menores de edad o incapaces serán acompañados por quien ejerza la patria potestad, tutela o curatela o por persona de su confianza con la finalidad de salvaguardar sus derechos.

En debates prolongados, a petición de parte, el juez puede disponer que las testimoniales que se relacionen con un mismo hecho se desahoguen en la misma fecha y por excepción que se practiquen en fechas distintas a aquéllas que por el número de testigos o la complejidad del desahogo de prueba lo

justifique. Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en audiencia.

Las personas que sean interrogadas deberán responder de viva voz, sin consultar notas ni documentos, con excepción de los peritos y oficiales de policía. Después de declarar, el juez dispondrá si ellos continúan en antesala o pueden retirarse, consultando a las partes.

Los intérpretes que sólo cumplan la misión de transmitir al acusado aquello que se manifieste en el debate, o a la audiencia aquello que manifieste el acusado, cuando él no domine el idioma español o padezca alguna discapacidad que le impida oír o hablar, permanecerán a su lado durante todo el debate **(Artículo 366 PCFPP)**.

Otorgada la protesta y realizada su identificación, el juez concederá la palabra a la parte que propuso el testigo para que lo interroge y, con posterioridad, a los demás sujetos que intervienen en el proceso, respetándose siempre el orden asignado. En su interrogatorio, las partes que hayan propuesto a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugieran la respuesta.

Durante las repreguntas formuladas por la contraparte del oferente, sí podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en el juicio de forma sugestiva. Deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren.

Los peritos y testigos responderán directamente a las preguntas que les formulen las partes o sus abogados, el órgano jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar dichas manifestaciones, en los términos previstos en este Código. Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones, con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta, previa autorización judicial.

A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio a los testigos o peritos que ya hayan declarado en la audiencia. Al perito se le podrá formular preguntas con el fin de proponerle hipótesis sobre su expertiz, a las que el perito deberá responder ateniéndose a la ciencia, la profesión y los hechos hipotéticos propuestos **(Artículo 367 PCFPP)**.

El interrogatorio se hará observando las siguientes reglas:

- I. Toda pregunta versará sobre un hecho específico;
- II. Se desechará toda pregunta sugestiva, capciosa, insidiosa o confusa;
- III. Se prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo;
- IV. Se podrá autorizar a los oficiales de policía o peritos, consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria, los cuales deberá ver y aprobar primero la contraparte, y
- V. Se excluirá toda pregunta que no sea pertinente (**Artículo 368 PCFPP**).

La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo o el perito han contestado en el interrogatorio. Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración previa ante el juez de control o en la propia audiencia del juicio oral. En contrainterrogatorio de perito se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas referentes a la materia de controversia (**Artículo 369 PCFPP**).

La parte que no está interrogando podrá objetar la pregunta de quien interroga cuando viole alguna de las normas que regulan los interrogatorios o contrainterrogatorios e incurra en alguna de las prohibiciones previstas en el presente Capítulo. El juez si encuentra obvia la procedencia de la pregunta, sin contestar al objetante, de plano requerirá la respuesta inmediata del testigo, de lo contrario después de escuchar a las partes, decidirá si la objeción es fundada o no. Contra esta determinación no se admite recurso alguno (**Artículo 370 PCFPP**).

La impugnación de la credibilidad del testigo tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio con relación a la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio; capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración; existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo; manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones o interrogatorios en audiencias ante el juez de control; carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad y contradicciones en el contenido de la declaración (**Artículo 372 PCFPP**).

### **VI.3 PRUEBA PERICIAL**

Cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para la causa fuere necesario o conveniente contar con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio, las partes podrán ofrecer la pericial como medio de prueba **(Artículo 357 PCFPP)**.

Durante la investigación, el Ministerio Público podrá disponer la práctica de los peritajes que sean necesarios para la investigación del hecho. El informe escrito no exime al perito del deber de concurrir a declarar en la audiencia de juicio oral, salvo en los casos previstos por el mismo Código **(Artículo 304 PCFPP)**.

Las partes en el proceso podrán ofrecer la práctica de pericias, las cuales podrán desahogarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre prueba anticipada, quedando a salvo la posibilidad de exigir la declaración del perito durante el debate. Al ofrecerse indicios sometidos a custodia, deberán anexarse los documentos respectivos que acrediten, en su caso, la cadena de custodia. No obstante, de manera excepcional, las periciales para detectar alcohol en la sangre o narcóticos u otras de similar naturaleza, así como los certificados de lesiones, podrán ser desahogados en el juicio oral mediante la sola presentación del informe o certificado respectivo. Sin embargo, si en la audiencia intermedia alguna de las partes solicitare la comparecencia del perito a juicio oral no podrá ser substituida por la presentación de dicho informe o certificado **(Artículo 358 PCFPP)**.

Las partes propondrán los peritos que consideren convenientes para acreditar los puntos que ellas determinen. Al mismo tiempo, las partes fijarán con precisión los temas de la peritación y deberán acordar con los peritos designados el plazo dentro del cual presentarán los dictámenes, siempre que se encuentre dentro del plazo concedido por el juez **(Artículo 359 PCFPP)**.

Antes de comenzar las peritaciones, se notificará, en su caso, al Ministerio Público y a las partes, la autorización judicial para practicarlas, salvo que sean sumamente urgentes. Dentro del plazo que se establezca, cualquiera de las partes podrá proponer por su cuenta a otro perito para reemplazar al ya designado o para dictaminar conjuntamente con él, cuando por las circunstancias del caso resulte conveniente su participación por su experiencia o idoneidad especial; las partes podrán proponer, fundadamente, temas para el peritaje y objetar los propuestos por otra de las partes **(Artículo 360 PCFPP)**.

Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia, técnica o arte a que se refiere el punto sobre el cual deba dictaminarse, si la profesión o arte están legalmente reglamentadas; en caso contrario, se podrán designar peritos prácticos. No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte, técnica u oficio. En este caso, regirán las reglas de la prueba testimonial (**Artículo 388 PCFPP**).

Los peritos oficiales, que en el ejercicio de sus funciones sean designados para intervenir en algún asunto, deberán emitir su dictamen y rendir la declaración que en su caso corresponda (**Artículo 389 PCPFF**).

El perito deberá guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación (**Artículo 390 PCFPP**).

Los peritos realizarán todos los estudios necesarios, que de acuerdo a su criterio técnico-científico consideren y en caso de existir diversidad de opiniones con el dictamen de la otra parte, será el juzgador quien resuelva. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, sin perjuicio del dictamen oral en las audiencias. Si algún perito no cumple con su función, se procederá a sustituirlo (**Artículo 391 PCFPP**).

Toda declaración de perito deberá estar precedida de un dictamen donde se exprese la base técnico científica de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Los peritos deberán entregar, en el tiempo propuesto, el dictamen debidamente fundado y motivado. El dictamen deberá contener, de manera clara y precisa, cuando menos, la metodología que describa los estudios realizados, las fuentes consultadas, el tipo de equipo especializado y la conclusión a la que arribó. Dicho dictamen será entregado a la autoridad judicial requirente quien lo hará del conocimiento de las demás partes, al menos con cinco días de anticipación a la celebración de la audiencia, en donde se recibirá la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este Código sobre el descubrimiento de la prueba.

Salvo alguna disposición excepcional, si el perito no declara oralmente en el juicio, el dictamen de que trata este artículo no será admisible como indicio (**Artículo 392 PCFPP**).

Los peritos que vayan a rendir dictamen o que lo hayan elaborado, tendrán en todo momento, acceso a los indicios a que se refiere el dictamen pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio (**Artículo 393 PCFPP**).

El juez podrá ordenar la presentación o el aseguramiento de objetos o documentos y la comparecencia de personas si es necesario para efectuar las operaciones periciales. Se podrá requerir al imputado, y a otras personas, que confeccionen un cuerpo de escritura, graben su voz o lleven a cabo operaciones análogas. Cuando la operación sólo pueda ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y ella rehusare colaborar, se dejará constancia de su negativa y, de oficio, se llevarán a cabo las medidas necesarias tendientes a suplir esa falta de colaboración. Lo examinado será conservado, en lo posible, de modo que el peritaje pueda repetirse. Si debiera destruirse o alterarse lo analizado o existieren discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos lo comunicarán al tribunal antes de proceder para que éste lo autorice (**Artículo 394 PCFPP**).

Cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, el Ministerio Público se encuentra obligado a notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado o al defensor público, en caso contrario, para que, si lo desea, designe perito para que conjuntamente con el perito designado por el Ministerio Público practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia practicada por aquel. Aun cuando no comparezca a la realización del peritaje, el perito designado por el defensor del imputado, o éste omita designar uno para tal efecto, la pericial se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio.

En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en este artículo, la pericial en cuestión deberá ser desechada como prueba si es ofrecida como tal (**Artículo 395 PCFPP**).

En caso de que el lesionado se encuentre en un hospital privado, el ministerio público nombrará a los peritos que deberán practicar las diligencias necesarias para que dictaminen y hagan la clasificación legal definitiva.

Cuando se trate de una lesión proveniente de un hecho considerado como delito y el lesionado se encontrare en algún hospital público, los médicos de éste se tendrán por nombrados como peritos, sin perjuicio de que el ministerio público que practique las diligencias de investigación nombre, además, otros para que dictaminen y hagan la clasificación legal definitiva (**Artículo 303 PCFPP**).

En el caso que deban realizarse diferentes peritajes a personas agredidas sexualmente o cuando la naturaleza del hecho delictuoso lo amerite, deberá integrarse, en un plazo no mayor a tres horas, un

equipo interdisciplinario con profesionales capacitados en atención a víctimas, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiera la víctima. Antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas. Salvo que exista un impedimento insuperable, en la misma sesión deberá realizarse el examen físico de la víctima, respetando la dignidad de la persona. En el examen físico estará presente sólo ese personal esencial para realizarlo y lo realizará una persona del sexo que la víctima elija (**Artículo 396 PCFPP**).

Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de teleconferencia u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo (**Artículo 397 PCFPP**).

La declaración de los peritos se regirá por las reglas conducentes a los testigos. Durante la audiencia, los peritos serán interrogados personalmente. Su declaración no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren (**Artículo 398 PCFPP**).

En relación con las opiniones que emiten los testigos que no tienen la calidad de peritos merece especial atención lo relacionado con los reconocimientos o la identificación de voces, manuscritos u otros, que pueden hacer los declarantes durante su intervención en la audiencia de juicio oral. Es posible que un testigo identifique que una voz corresponde a una persona con la que frecuentemente conversaba o declare que los rasgos caligráficos de un determinado manuscrito coinciden plenamente con los de una persona a quien conocía lo suficiente para identificarlos. En estos casos parece que el testigo declara simplemente sobre aspectos que ha conocido en forma directa y personal (el tono y demás características de la voz de una, más no actúa como perito, por lo que la solicitud y práctica de la prueba debe sujetarse en cada caso, a las reglas del testimonio y no a las de la prueba pericial. De todas formas, durante el interrogatorio debe sentarse las bases para permitir que el testigo declare sobre esos aspectos: la relación con la persona de la que supuestamente provino la voz o quien es autora del manuscrito, el tipo de comunicación que sostenía con ella, la frecuencia con que lo hacía, entre otros.

En otro nivel, señala Bedoya, se encuentra al denominado testigo técnico, entendido según la Corte Suprema de Justicia, como "aquel sujeto que vosee conocimientos especiales en torno a una ciencia o

arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso; es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales; en la doctrina y la jurisprudencia española, es la persona que posee conocimientos especiales que le permiten percibir de mejor manera ciertos hechos penalmente relevantes, que a diferencia del perito, el testigo técnico conoce los hechos por fuera de la actuación penal (como el experto en mecánica automotriz que viaja casualmente en un autobús y puede percibir, gracias a sus conocimientos, una falla mecánica que a la postre desencadena un accidente con resultados fatales), mientras que la intervención del perito se da precisamente dentro de dicha actuación, independientemente de la etapa en que acontezca (como cuando se le encarga a un perito en mecánica automotriz analizar el vehículo accidentado para establecer la posible causa del accidente).

Sin embargo, destaca el autor, que en la práctica puede presentarse una situación en la que sea difícil diferenciar al testigo perito del testigo técnico, pues es factible que el testigo perito en ejercicio de su función, perciba hechos nuevos que resulten relevantes desde la perspectiva penal, como también lo es, que el testigo técnico, además de describir los hechos que personal y directamente ha percibido, emita algunos conceptos relacionados con su especial capacitación.

En el derecho español se discute sobre los alcances de la declaración del testigo técnico, pues sostienen algunos que éste, además de relatar los hechos los explica o aclara desde su conocimiento específico, obrando así como un perito. Otros afirman que el testigo sólo puede ser catalogado como perito si es convocado como tal, aunque aceptan que al testimonio puede dársele una valoración especial a partir de las calidades especiales del deponente; mientras otros concluyen que quien inicialmente es solo un perito puede adquirir también la calidad procesal de testigo, a condición de que perciba hechos hasta entonces no aportados al proceso por ningún otro medio probatorio, es igualmente posible que quien en principio es tan sólo testigo presencial de algún hecho pueda también comparecer al proceso en calidad de perito, dados sus conocimientos técnicos, bien porque así haya sido formalmente solicitado por alguna de las partes, bien porque, sin haberse hecho tal solicitud formal, las partes consienten expresa (de manera explícita o implícita) e inequívocamente interrogarle contradictoriamente sobre su valoración técnica acerca de lo por él personalmente percibido.

Asimismo, la doctrina española resalta que la realización de la prueba pericial durante el acto del juicio oral presupone la existencia de un informe pericial, que ordinariamente se produce en la fase sumarial, o también durante la etapa del juicio oral, pero antes de iniciarse la sesión del juicio; así el Tribunal Supremo Español, en providencia del ocho de julio de 1997, resaltó: *"es sabido que la prueba*

*pericial debe practicarse, si es posible, en el acto del juicio oral. Pero dichas pruebas, al menos casi todas ellas, exigen que con anticipación los expertos hayan llevado a cabo su tarea, muchas veces difícil y compleja cuando no necesitada de tiempo y análisis exhaustivos. En cualquier caso es un acto de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales, sirviendo así para constatar una realidad no captable directamente por los sentidos en contraste con otras pruebas. Ello no obstante, y en la línea de lo dicho es una prueba que carece de virtualidad probatoria definitiva si no se desenvuelve de manera total, como consecuencia de lo que la inmediación, la publicidad, la oralidad y la contradicción imponen en el plenario."*

De acuerdo con las normas que regulan la prueba pericial en Colombia, puede concluirse que el informe sí es admisible como evidencia, no sólo por la amplia regulación de su elaboración y presentación, sino además porque el artículo 415, en su parte final, dispone expresamente que "en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio", de lo que se infiere que si el perito va a juicio el informe sí es admisible como evidencia.

Aunque algunos sostienen que la admisión del informe como evidencia puede ser contraria a los principios que rigen un sistema con tendencia acusatoria, puede concluirse, por lo menos en lo referente al debido proceso probatorio, que estos son observados si la parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de ejercer el contradictorio en la audiencia de juicio oral; ya sea contra interrogando al perito o presentando evidencia de refutación. Además de esto, el juez tendrá inmediación sobre el medio de acreditación cuya publicidad también estará garantizada. La aceptación del dictamen como evidencia no implica que el perito no sea sometido al interrogatorio cruzado, ni limita el debate frente a lo expuesto por el experto, pero sí puede contribuir a que el juez tenga un mejor conocimiento del caso, así como a facilitar el trabajo previo a la emisión del sentido del fallo, lo que justifica su admisión como evidencia.

La posibilidad de admitir el informe pericial cuando el perito comparece a la audiencia del juicio oral, implica el riesgo de que con el informe sean introducidos conceptos o conclusiones no mencionados por el experto durante su intervención, lo que inclusive puede equivaler a la admisión del informe sin que el perito comparezca a la audiencia del juicio oral. Por esto, la comparecencia no ha de entenderse únicamente como la presencia física, sino esencialmente como la explicación que hace el experto de sus conclusiones, así como de su fundamento, en desarrollo de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. El fiscal debe estar atento a este tema, para evitar que el informe o parte de

este, ingrese como prueba en el evento en que el perito presentado por la defensa no se haya referido a todos los aspectos contenidos en el reporte.

El fiscal debe verificar la confiabilidad de la información que suministra el perito. Debe tener en cuenta si el perito se está refiriendo a hechos (características de unas determinadas heridas, condiciones mecánicas del vehículo, entre otros) descubiertos en ejercicio de su función, pues en tal caso es necesario analizar todo lo que se refiere a la percepción y a los demás factores de valoración de la prueba testimonial a que hicimos alusión en otro apartado. Además, debe considerarlo razonado con el conocimiento del perito, las herramientas utilizadas para realizar el dictamen y en general, todo lo que se refiera a la confiabilidad del concepto u opinión con el que pretende persuadir al juez.

No basta con que exista un dictamen pericial para concluir que cierto hecho penalmente relevante será acreditado. Debe evaluarse la calidad del experto, pues es factible que la defensa presente un perito más confiable y por ende la Fiscalía no logre sostener la pretensión punitiva.

#### **VI.4 PRUEBA DOCUMENTAL. LECTURA DE FOLIOS SUMARIALES.**

Las entrevistas y actuaciones de la policía de investigación, los actos del Ministerio Público, las declaraciones rendidas en la fase de control previo y los datos de prueba que, en su momento hayan dado fundamento al auto de vinculación al proceso y a las medidas cautelares no tendrán valor probatorio para efectos de la sentencia; empero, cuando las partes lo soliciten y el juez lo estime procedente podrán ser desahogadas en el juicio por lectura sólo en su parte pertinente:

I. La prueba documental;

II. Los registros sobre declaraciones de imputados, sentenciados, ambos en un proceso acusatorio, relacionados con el hecho punible objeto del debate, prestadas de conformidad con las reglas pertinentes ante el juez, sin perjuicio de que ellos declaren en el debate;

III. Los dictámenes de peritos, sin perjuicio de la facultad de los sujetos que intervienen en el proceso de solicitar la declaración del perito en el debate. Esta facultad no será aplicable en el caso de que los peritos hayan fallecido, o cuando existan condiciones objetivas que hagan suponer que estén ausentes del país o se ignore su residencia actual.

Cuando se solicite la declaración en el debate en términos del párrafo anterior de peritos adscritos a una institución o dependencia oficial y ésta acredite que ya no laboran para la misma o ya no desempeñan la función, en ejercicio de la cual emitieron los dictámenes, se procederá al desahogo por lectura del dictamen en los términos previstos en este artículo, y

IV. Las declaraciones producidas por comisión, exhorto o informe, cuando el acto se haya registrado por cualquier medio que permita su reproducción o lectura y el informante no pueda ser hecho comparecer el debate **(Artículo 373 PCFPP)**.

Sólo una vez que el acusado, el testigo o el perito hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus entrevistas o declaraciones anteriores prestadas ante el Ministerio Público o el juez, respectivamente, en presencia de su defensor, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes. Con los mismos objetivos se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado **(Artículo 374 PCFPP)**.

Los documentos e informes serán leídos y exhibidos en el debate con indicación de su origen. Serán presentados y analizados en el orden fijado por las partes, salvo que se requiera su desahogo durante el interrogatorio de testigos o peritos para su reconocimiento e informe sobre ellos. Las grabaciones serán reproducidas en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

El juez, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación, en la parte pertinente.

Cuando se garantice debidamente la identidad de los deponentes, testigos o sujetos que intervienen en el proceso solo en los casos de reserva previstos en este Código, la videoconferencia en tiempo real u otras formas de comunicación que se produjeran con nuevas tecnologías pueden ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos y diligencias procesales **(Artículo 376 PCFPP)**.

Cuando alguna de las partes exhiba un documento o lo desahogue en la audiencia para interrogar a testigos o peritos deberá presentar el original. Se exceptúan de lo anterior los documentos públicos cuyo original se hubiere extraviado, los que se encuentran en poder de una de las partes, los documentos voluminosos de los que sólo se requiere un extracto o fracción de los mismos.

Lo excepción anterior no aplica para aquellos casos en que resulte indispensable la presentación del original del documento para la realización de estudios técnicos especializados o forme parte de la cadena de custodia. Así también, una vez exhibidos los documentos, podrán ser escaneados para que consten en registros electrónicos **(Artículo 399 PCFPP)**.

Salvo prueba en contrario, serán auténticos los documentos públicos que hayan sido expedidos por quien tenga competencia para ello o para certificarlos. Los documentos remitidos por autoridad extranjera, en cumplimiento de petición de autoridad competente mexicana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca, son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario **(Artículo 400 PCFPP)**. Dispositivo que otorga valor a la prueba de manera anticipada.

Podrá ofrecerse como prueba documental los textos, escritos, imágenes y símbolos que puedan percibirse por medio de los sentidos y que se encuentren registrados o plasmados en cualquier medio mecánico o electrónico y, en general, a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho, aunque carezca de suscripción. No podrá negarse esa condición a las publicaciones de prensa y a toda pieza que sea aceptada generalmente como medio de convicción **(Artículo 361 PCFPP)**.

Si las partes ofrecen prueba documental especificarán la fuente y adjuntará una copia del documento. Si ofrecen prueba material deberán describirla y señalar su fuente. Al ofrecerse indicios sometidos a custodia, deberán anexarse los documentos respectivos que acrediten, en su caso, la cadena de custodia. En caso de que los datos de prueba o la prueba se encuentren contenidos en medios digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, la parte que la ofrezca deberá proporcionar o facilitar los instrumentos necesarios para su reproducción, o indicar dónde pueden reproducirse en el supuesto de que la autoridad ante quien se presenten, no cuente con la capacidad técnica para hacerlo **(Artículo 362 PCFPP)**.

## **VI.5 INSPECCIÓN OCULAR**

No requieren de autorización del juez de control, las siguientes actuaciones de investigación:

I. La inspección del lugar del hecho o del hallazgo;

II. La inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo;

III. La revisión de personas;

IV. La revisión corporal;

V. La inspección de vehículos;

VI. El levantamiento e identificación de cadáver;

VII. La aportación de comunicaciones entre particulares;

VIII. El reconocimiento de personas;

IX. La entrega vigilada;

X. Las operaciones encubiertas;

XI. La entrevista a testigos, y

XII. Las demás en las que expresamente no se fije control judicial.

Para los efectos de la fracción XI de este artículo, cuando un testigo se niegue a entrevistarse, será citado por el ministerio público o en su caso por el juez de control (**Artículo 295 PCFPP**).

La inspección es una técnica de investigación descriptiva sobre el estado que guardan lugares, objetos, instrumentos o productos del delito. Será materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por los sentidos. Si se considera necesario, la policía se hará asistir de peritos. Para la descripción de lo inspeccionado se emplearán, de manera preferente, medios audiovisuales o según el caso, dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados o cualquier otro medio para reproducir las cosas, haciéndose constar en el registro correspondiente, en qué forma y con qué objeto se emplearon. La descripción se hará por escrito de todo lo que no hubiere sido posible efectuar por los medios anteriores, procurándose fijar con claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito dejare, el instrumento o medio que probablemente se haya empleado y la forma en que se hubiere usado. Al practicarse una inspección podrá entrevistarse a las personas presentes que puedan proporcionar algún dato útil para el esclarecimiento de los hechos (**Artículo 296 PCFPP**).

Inmediatamente que se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, la policía se trasladará al lugar de los hechos o del hallazgo y lo examinará con el fin de preservar y procesar todos los indicios que tiendan a demostrar el hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo (**Artículo 297 PCFPP**).

En la inspección de cualquier otro lugar diferente al del hecho o del hallazgo, para descubrir indicios útiles para la investigación se realizarán las diligencias señaladas en el artículo anterior (**Artículo 298 PCFPP**).

La policía podrá realizar la inspección de un vehículo cuando existan indicios de que se ocultan en él personas, instrumentos, objetos o productos relacionados con el delito que se investiga. Para proceder a la inspección se requerirá la autorización o el consentimiento expreso de la persona propietaria o poseedora del vehículo. La inspección que lleve a cabo la policía consistirá en una exploración sobre el vehículo y las pertenencias que se encuentren en el mismo. Deberá dejarse registro de lo actuado, sin perjuicio de la videograbación de la diligencia.

En caso de que la persona propietaria o poseedora se niegue a autorizar la inspección, la policía podrá sellar y trasladar el vehículo al ministerio público para que éste, con base en los indicios presentados, valore la procedencia de solicitar al juez de control la autorización para la inspección respectiva. Cuando se tengan indicios de que está en peligro la vida o integridad física de una persona, la policía no requerirá la autorización para la inspección y, salvo que las circunstancias lo impidan, la diligencia podrá ser videograbada (**Artículo 301 PCFPP**).

#### **VI.6. PRUEBA POR INDICIOS.**

Es sabido que en la formación de la convicción judicial intervienen las pruebas y las presunciones; la llamada prueba indiciaria conjuga ambos elementos, en virtud de partir de un hecho cierto o acreditado, que es el indicio, el cual asociado a una presunción, permite verificar otro hecho distinto y que es consecuencia de un enlace lógico-racional, de carácter jurídico.

Se dice que esta prueba es de tipo indirecta, al requerir de una proposición por medio de una tercera, pero no existen pruebas directas como tal, ya que de la percepción de los instrumentos probatorios se tiene que hacer una valoración, de ahí que todas las pruebas se constituyan en indicios que requieran vincularse para determinar que estamos ante una prueba plena o ante una simple

sospecha, pero ninguna prueba por sí sola emite convicción absoluta. Por ello, salvo que existiera esa posibilidad, en los demás casos se va a emplear la prueba presuncional hasta alcanzar la convicción sobre el hecho que se trate de probar. Ciertamente, el inculpado no tiene que demostrar su inocencia, e incluso su versión de que lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable pero su versión constituye un dato que el juez deberá aceptar o rechazar razonadamente, así como indicios negativos o coartadas.

La prueba indiciaria tardó mucho en ser admitida dentro del procedimiento penal, en virtud de que el sistema inquisitivo, llevó a muchos ciudadanos al patíbulo, por cualquier mínima sospecha. Así presunción viene del latín *praesumptio*, acción y efecto de presumir, sospechar, conjeturar, juzgar por inducción<sup>66</sup>; pero esta desconfianza hacia la prueba presuncional tiene además un origen histórico. En la edad media se decía que los indicios eran semejantes a sospechas o conjeturas, o suposiciones no fundamentadas por una actividad probatoria debida; ello resultante de haberse utilizado la presunción en un sentido vulgar y no en una concepción técnico-jurídica; de ahí su desestimación como una construcción probatoria válida para condenar a una persona.

Incluso, los propios juzgadores son reacios a aceptar que en sus valoraciones probatorias, utilizan la presunción judicial, como si estuvieran inseguros de hacerlo, por considerar que tal uso no es jurídicamente aceptable, sin que el término jurídico de presunción tenga relación con la duda o la inseguridad jurídica, sino que por el contrario produce certeza completa. Muchas sentencias solamente han podido ser condenatorias a consecuencia de haberse aplicado la prueba presuncional, sino hubiesen sido absolutorias, con la consecuente impunidad que en ocasiones se verifica.

Dicha prueba supone, un elemento fáctico que autoriza una deducción, como consecuencia de él, permite afirmar un hecho oculto, a través de una inducción, el indicio es un dato meramente objetivo que permite a través de un razonamiento lógico despejar la incógnita. Sin discernimiento lógico, no puede establecerse un juicio en sentido jurídico, consecuentemente la prueba es la afirmación de una proposición que se establece mediante el análisis de la realidad fenomenológica; ahí donde existe un razonamiento hay una presunción.

Sin embargo, se considera por un sector de la doctrina como peligrosa, al existir un alto riesgo en la utilización de la regla de la experiencia por parte del juzgador, para emitir el razonamiento que fija el nexo causal entre el hecho cierto y el desconocido; no obstante las mismas pruebas directas no están exentas de errores judiciales, por lo que no se puede hablar de condena si no está presente la convicción judicial. Por otra parte, la incertidumbre proviene de los indicios en la mayoría de los casos y por ello no se puede hablar de prueba presuncional, sino de un cúmulo de datos aislados que no conducen a una conclusión de culpabilidad del justiciable.

Por lo que surge la discusión si se debe considerar como un medio probatorio junto a los demás previstos en el ordenamiento adjetivo penal o bien como un instrumento para lograr la convicción judicial; así se dice que su correcta ubicación es en la fase de depuración, situada entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba.<sup>67</sup> Sin embargo lo que acontece es que la estructura de la prueba presuncional, resulta más compleja que los restantes medios de prueba, ya que no sólo ha de resultar probado el hecho del que parte, sino que es menester motivar la conexión racional entre éste y el desconocido y comprobar la prueba en contrario, para reducir al máximo el margen de error judicial. Puede concebirse como una prueba supletoria, no porque sea jerárquicamente inferior que las demás pruebas, sino porque se auxilia de éstas para aportar sus propias afirmaciones, por eso consideramos que es auténticamente una prueba y no solamente un simple razonamiento judicial, carácter que prevalece aun cuando aprovecha los resultados probatorios suministrados por otros medios de prueba.

La prueba circunstancial adquiere carta de nacionalidad en el juicio de valor que formula el órgano jurisdiccional, acerca de la identidad o discrepancia que existe en la objetividad del dato extraído de la realidad, así mediante el análisis y conexión de datos y fenómenos que se desenvuelven dentro del proceso, se descubre la verdad y se logra la proposición decisoria del juicio interno: o se decide la absolución o se determina la condena, pero en forma categórica sin dudas ni reticencias, a menos que se recurra a una máxima de justicia que determine el conflicto.

En el silogismo clásico, la premisa mayor presupone un razonamiento inductivo basado en la experiencia, por lo que al lado de la estructura lógica, existe un fundamento empírico, que está conformado por las máximas de la experiencia que no son otra cosa que juicios hipotéticos de contenido general, adquiridas mediante la experiencia que contribuye a la formación de la persuasión judicial, misma que a medida que se observan los instrumentos probatorios que constan en autos, se van

---

<sup>67</sup> **SANDOVAL DELGADO**, Emiliano, Tratado sobre los medios de prueba en el Derecho Procesal mexicano, Angel Editor, México, 2003, p. 194.

integrando las distintas inferencias a base de los procesos silogísticos, y la convicción aumenta o disminuye.

El punto de discusión es si se debe emplear un silogismo deductivo o inductivo, en materia estrictamente penal, no puede hablarse de verdades absolutas, axiomáticas e inteligibles, donde, por ende, no se requiere de la utilización de los sentidos, pues se trata de la verificación de un hecho humano, como acontece en la aplicación del método deductivo. Así se señala que la presunción es una deducción fundada en una inducción, es decir, deducción regulada por las máximas de la experiencia, las cuales a su vez se han adquirido inductivamente y la inducción no entra a formar parte en el mecanismo de las presunciones.<sup>68</sup>

Luego, implica que la decisión judicial está formada no solamente por la razón sino que parte de la intuición que como producto humano contiene el juez, pero es menester señalar que esta última no es determinante, pues sirve de criterio seleccionador de las presunciones que se pueden formular, las cuales pueden variar infinitamente, la intuición es la base de todo razonamiento lógico, pero deja en claro que es utilizada al comenzar a valorar los instrumentos probatorios pero no para concluir esta actividad, pues al final solo se tendrían conjeturas y no proposiciones razonadas.

Raúl González-Salas Campos, al respecto refiere que si el juez utiliza las pruebas para afirmar su convicción, en caminará sus conclusiones a afirmar lo previamente intuido y no podrá ver las cosas como son sino como sus ideas preconcebidas se lo permitan, ejemplifica lo anterior con un cuento del autor chino Lie-dze: “Un granjero pierde su hacha y sospecha que el hijo de su vecino se la robó. Para descubrir el robo, se pone a espiar asiduamente al sospechoso. Lo observa de día y de noche, en todo momento, y concluye que se comporta como un verdadero ladrón de hachas. Se mueve con sigilo de un ladrón de hachas, come con el apetito de un ladrón de hachas, y hasta sus más nimios ademanes delatan al ladrón de hachas. Pero he ahí que una noche descubre su hacha en los matorrales de su propio jardín. La había olvidado distraídamente en ese lugar. Al día siguiente, a plena luz del día, el hijo del vecino sale de su casa. Lo ve el granjero, pero, para su gran sorpresa, nota que todas las marcas que acusaban al ladrón de hachas han desaparecido. De aquellos acusadores estigmas no quedan ni uno solo”.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> **GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS**, Raúl, La presunción en la valoración de las pruebas, INACIPE, 2003, México, p. 129.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.

La importancia de esta prueba radica en que es imprescindible para que el juzgador efectúe la mayoría de los razonamientos en la sentencia y para la valoración probatoria en su conjunto, lo que permite alcanzar convicción sobre los hechos que se pretenden subsumir en un tipo penal y desprender la participación del inculpado.

La mayoría de las sentencias emitidas por nuestros órganos jurisdiccionales se han basado en dicha prueba, sin que se desarrolle y precise correctamente en qué consisten los indicios (hechos probados) y cuáles son las presunciones (hechos por probar. Tampoco se adminicula, concatena, corrobora, los primeros, esto es, los hechos probados como se enlazan en la mente del juzgador para crearle convicción en el hecho constituido y a partir de los mismos, como se arriba, como se llega, al hecho por constatar, a la incógnita por despejar, sustancialmente, cuando versa sobre la responsabilidad penal del acusado. Plasmar el razonamiento con sus principios lógico-jurídicos resuelve un proceso intelectual que nuestros jueces aún no desarrollan y se conforman, en la sentencia, con el simple enumerado del ordenamiento legal que regula la prueba presuncional y las tesis dictadas por la SCJN.

Luego se deja de hacer mención expresa de la utilización de la misma, amén de que su uso es de gran utilidad ante la insuficiencia de pruebas directas que deduzcan la culpabilidad del acusado y donde el esfuerzo intelectual del juzgador es requerido con más exactitud; sin soslayar que el problema que se presenta en la práctica es que el juzgador no motiva la utilización de la prueba circunstancial porque desconoce su alcance y estructura.

Dicha prueba es la manera más directa para denotar la agudeza y la experiencia de cada juzgador, para expresar su capacidad de maniobra racional al combinar los elementos probatorios que obran en la causa e interrelacionarlos, definiendo a la misma de la siguiente manera: *“es la prueba de un hecho, de probanza dificultosa por inexistencia de prueba o por no ser convincente, mediante la prueba de otro u otros hechos conectados lógicamente con aquél, según criterios de experiencia, y no contradichos por otras pruebas, de manera que la prueba de este o estos hechos implica la prueba de aquel otro hecho”*.<sup>70</sup>

Lo cual nos lleva a admitir que la prueba presuncional se emplea en aquellos casos en que existe una dificultad para probar cierto hecho ante la imposibilidad de que lo puedan hacer aisladamente los restantes medios de prueba que obran en el sumario, que permitan arrojar convencimiento al juzgador, pues la presunción supone dos hechos y un nexo que los une, el indicio será aquel hecho base, de cuya

---

<sup>70</sup> *Op. cit.*, CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal., pp. 582 y 586.

existencia se puede deducir la posibilidad de que se haya realizado otro hecho que se desconoce mediante un enlace racional, en cuyo caso no puede seguirse hablando de hecho presunto una vez efectuada la operación intelectual del juzgador, pues se está ante la presencia de un hecho probado.

La prueba indiciaria, actúa más que ninguna en la inteligencia y la lógica del juzgador, pues cada uno de los indicios permite hacer inferencias de probabilidad que conduzcan a la certeza de un hecho mediante un procedimiento lógico-jurídico, resalta su importancia en el procedimiento penal, en virtud de que en muy variados supuestos, las presunciones son el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores, debe existir una relación material y directa con el hecho materia de la imputación, luego, dicho juicio debe ser deductivo racional y no absurdo.

Es el más claro proceso esencialmente silogístico con encadenamiento lógico de unas proposiciones con otras, a fin de llegar a la precisión, a la correspondencia exacta de pensamiento, por ello toda conclusión es el resultado racional de las premisas, pues finalmente toda decisión del juez está vinculada lógicamente a la norma jurídica, ya que de lo contrario vulneraría gravemente su función de ser un celoso vigilante de la justicia, toda resolución judicial debe aplicar una correcta apreciación de los elementos probatorios que integran la causa.

Ello implica que el enlace natural que debe existir entre la verdad conocida y la que se busca, es un vínculo objetivo y no subjetivo, de lo contrario la conclusión a la que arribaría el juzgador en base al silogismo efectuado a través de la prueba indiciaria, estaría fundamentando las presunciones en conjeturas y especulaciones y no en hechos probados y ciertos, que permitan indagar la verdad buscada

Es importante destacar que la presunción siempre será única, no importando que hayan partido de varios indicios, así se habla de presunciones monobásicas, tribásicas o polibásicas, pues como señala Muñoz Sabate “los indicios no se cuentan sino que se pesan. En algún caso dos afirmaciones-base pueden tener más fuerza que veinte en otro supuesto”.<sup>71</sup>

Pero es claro que en el proceso penal, es menester que sea una presunción polibásica, pues dicha prueba indiciaria puede destruir la presunción de inocencia de que es titular el acusado; de ahí la necesidad de que los indicios se sitúen en una misma dirección, los cuales han de ser consistentes y plurales (concurso de indicios) para llevar al órgano jurisdiccional a establecer una sentencia, de esta forma aumentan la certidumbre sobre el curso del evento típico al reforzarse recíprocamente.

---

<sup>71</sup> **SABATÉ MUÑOZ**, Luis, *Técnica probatoria*, *op. cit.*, p. 207.

Pero la prueba circunstancial no culmina con la construcción de la presunción, sino que es menester verificar la conclusión a la que se ha llegado; por lo que puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan diversas hipótesis de conclusiones, en ese caso el juez debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige una de ellas por estimarla contundente. Así el objeto que persigue el método infirmativo es ordenar todas las conclusiones posibles para compararlas y enfrentarlas para medir su grado de resistencia, no dando por cierta ninguna hasta que se hayan examinado todas para llegar a una afirmación.

Dicho proceso de verificación establecido al final de la valoración puede ser tan sencillo como el caso concreto lo permita o bien alcanzar un grado de complejidad por la variedad de las afirmaciones resultantes. Muñoz Sabaté trae a colación, el ejemplo de Robinson Crusoe cuando descubre en su isla solitaria las pisadas de un ser humano y desglosó las posibles hipótesis que iban desde la duda de si había otro ser humano en ese lugar hasta deducir que eran sus propias huellas colocadas ahí estando sonámbulo.<sup>72</sup> Es aquí donde las pruebas para mejor proveer pueden ayudar a despejar la incógnita y robustecer la presunción a la que se arriba lógicamente y razonadamente.

Se debe expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, las normas jurídicas citadas y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas que se practicaron y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues dicho nexo causal, debe ser explicado y dicho enlace se asienta en una máxima de la experiencia y la normalidad de las cosas, precedida de un juicio de racionalidad, no así del capricho y la arbitrariedad judicial.

Los elementos de la prueba indiciaria se pueden resumir en:

- a) Indicio- Es todo hecho cierto y probado, con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado, el cual constituye la premisa menor del silogismo y que permitirá alcanzar una certeza sobre el hecho enjuiciado cuando esté plenamente acreditado.
- b) Una presunción- Es la inferencia que se obtiene a través del indicio lo cual permite comprobar un hecho distinto, constituye la conclusión del silogismo, donde la premisa mayor se conforma

---

<sup>72</sup> *Op. cit* MUÑOZ SABATE, Luis, p.233.

por una ley basada en la lógica, en la ciencia o en el sentido común, sustentada en el indicio, premisa menor, da una conclusión sobre el hecho oculto.<sup>73</sup>

El indicio no requiere de ser demostrado sino comprobado, es el juzgador, quien debe asegurarse de que sea un dato acreditado, pero si por sí solo o acumulado con otros indicios no puede llegar a formar una presunción sino que del cúmulo de indicios se forman varias presunciones no puede llegarse a una conclusión válida. Los indicios como indicadores de una presunción deben estar plenamente probados, de lo contrario se construiría la prueba circunstancial en indicios falsos.

El concepto de indicio proviene de *inde dico*, -de allí digo-, es el hecho base, el hecho conocido, no tiene por lo tanto, ni mayor ni menor valor que la presunción, sino una posición diferente, pues es el elemento del cual se extrae la presunción, como dice González-Salas Campos, “el indicio *per se*, no es ni bueno ni malo, sino un dato meramente objetivo del cual parte el razonamiento, y como consecuencia la presunción. El indicio es el enlace con el razonamiento, pues toda presunción o inferencia debe partir de un indicio, por ello se dice que siempre debe haber un enlace entre ambos, y este enlace está regulado en la ley.”<sup>74</sup>

La actividad probatoria se funda sobre hechos base, a partir de los cuales y mediante un razonamiento lógico puede establecerse la existencia de hechos constitutivos de un delito, debe existir entre ambos, acorde con las reglas de la lógica y de la experiencia, una vinculación que permita arribar a la determinación de que el hecho indicio es cierto, por ello se hace énfasis en que la prueba de cargo debe ser suficiente.

La presunción es la implicación que el órgano jurisdiccional extrae de un hecho conocido (indicio) para llegar a un hecho ignorado, resulta pues de una inferencia formulada por la autoridad judicial, el cual llega a una conclusión sobre el hecho a probar a partir de un hecho ya conocido o probado, que sirve de premisa para un razonamiento, complementado con las máximas de la experiencia. La percepción de los datos desprendidos de los instrumentos de prueba es insuficiente para reproducir el hecho histórico, sino se efectúa un juicio de valoración, esto es, una operación mental que concluya con una afirmación de la existencia o inexistencia de un hecho, con una actitud crítica por parte del juzgador.

<sup>73</sup> MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “La prueba indiciaria”, en La prueba en el proceso penal, vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 59.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, La presunción en la valoración de las pruebas, *op. cit.*, p. 103.

El juez parte de inferencias, así el proceso de valoración es un proceso inferencial que parte de los instrumentos de prueba, ninguna de ellas es capaz de alcanzar una certeza absoluta, sino que requiere un concatenamiento con el resto del material de constatación, por ello se concluye que toda prueba se basa en presunciones; \*\*\*pero no todo indicio puede llevar a formular una presunción, pues se puede estar ante inferencias dudosas, vagas e insuficientes que no conlleven a probar algo; o puede acontecer que la prueba se obtenga cuando las inferencias que parten de los indicios formulados, sean suficientemente fuertes para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo.

Esto permite señalar que se atribuye un grado de confirmación de las distintas hipótesis sobre el hecho a probar, esto es, cuando de entre las diversas conclusiones que se pueden obtener a partir del hecho conocido, se ha escogido aquella que confirma la hipótesis planteada mediante el silogismo, por ello es regla de la prueba circunstancial que las inferencias a que llega el juzgador converjan hacia la misma conclusión, pues cada indicio debe confirmar la hipótesis planteada.

La relación de la prueba presuncional tiene relevancia respecto de la presunción de inocencia, en virtud de que la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, debe contener el razonamiento deductivo que lo llevo a determinar probada la culpabilidad del procesado, de lo contrario la falta de motivación implicaría una violación al derecho de presunción de inocencia; de tal suerte que ésta puede desvirtuarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que los indicios estén debidamente probados, con ello se deja fuera de toda consideración las meras conjeturas o sospechas, al señalar el juzgador el procedimiento empleado mediante reglas de la lógica y la experiencia por las que arribó a la determinación de que el procesado efectuó la conducta descrita en el tipo penal, es decir, cómo obtuvo la certeza de la participación del inculpado en los hechos materia del proceso.

La motivación de la sentencia que se funda en una prueba indiciaria, debe expresar no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se consideran probados los hechos, sino los criterios racionales que hayan surgido de la valoración, todo ello con la finalidad de verificar si existe una verdadera prueba de cargo o sólo un conjunto de sospechas.

Así el Tribunal Constitucional español ha señalado:

*“es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría a la impunidad de ciertos delitos, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social (...) el Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que se ha producido es una actividad que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado”.<sup>75</sup>*

Pero dicho proceso lógico solo puede completarse, cuando el órgano jurisdiccional ha sido el director del proceso, ya que con toda responsabilidad estará en aptitud de confiabilidad en el momento decisivo; esto es, que se haya respetado el principio de inmediatez procesal, ello obedece a que haya existido una relación directa con las partes y que el juez haya recibido personalmente los elementos probatorios, no es suficiente con que al final, en el momento de dictar resolución, el juez estudie apresuradamente los autos; por mucho interés, y por mucho método que ponga en ello; por grandes que sean su ciencia jurídica y su práctica judicial, ese conocimiento adquirido todo de un golpe, sin haber vivido las sucesivas etapas del proceso, será siempre imperfecto.

Aun cuando, el Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, no establece una capítulo relativo a la prueba indiciaria de manera específica, ella seguirá siendo el medio de prueba utilizado por excelencia para llegar al convencimiento del material probatorio que deba valorarse, pues su construcción está formada por la libre valoración probatoria, cuya base se edifica con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Tal como se advierte del artículo 294:

***“Artículo 294. Valoración de los datos y pruebas***

*El juez asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, con aplicación estricta de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, a la luz de la sana crítica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a los datos y pruebas y, con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los*

---

<sup>75</sup>Op. cit, CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal, p. 597.

*elementos probatorios, deberá explicar las razones que le permiten arribar al hecho que se considere probado”.*

*FUENTES DE INVESTIGACIÓN*

### *BIBLIOGRAFÍA*

**ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando** “*Prueba Ilícita Penal*”, segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2004, 482 pp.

**ARMENTA DEU, Teresa**, Lecciones de Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2004, 437 p.

**BEDOYA SIERRA, Luis Fernando**, “*La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*”, Fiscalía General de la Nación, Colombia 2008, p.200, 204, 273 pp.

**BORRERO RESTREPO, Gloria María** y **SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés**, “*Sistema Acusatorio y Jurisprudencia*”, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá Facultad de Ciencias Jurídicas, Corporación Excelencia en la Justicia, Grupo Editorial Ibañez (Colección Investigaciones N° 6), Bogotá D. C.-Colombia, 2010, 319 pp.

**CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás** “*Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 232 pp.

**CADENA LOZANO, Raúl** y **HERRERA CALDERÓN, Julián** “*Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio*”, Colección Lecciones del Sistema Acusatorio No. 5, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C.-Colombia, 2008, 289 pp.

**CEDEÑO HERNÁN, María**, “El alcance anulatorio de la prueba ilícita” en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho penal, México, 2007.

**CLIMENT DURÁN, Carlos**, *La prueba penal*, Trant lo Blanch, Valencia, 1999, 910 pp.

**DE URBANO CASTRILLO, Eduardo** y **TORRES MORATO, Miguel Ángel**, “*La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*”, Editorial Aranzadi, España, 2007, 373 pp.

**DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio**, *Tratado sobre las pruebas penales*, T. I, Porrúa, 5ª ed., México, 2000, 957 pp.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes**, “*Prueba y Presunción de Inocencia*”, Iustel, Madrid, 2005, 388 pp.

**FERRAJOLI, Luigi**, *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, Traduc. Perfecto Andrés Ibáñez, Miguel Alfonso Ruíz, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1997, 991 pp.

**FLORIAN, Eugene**, “*Elementos de Derecho Procesal Penal*”, Iure editores, México, 2001, 514 pp.

**GASCÓN ABELLÁN MARINA**, “Freedom Of Proof? *El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*”, en “*Estudios Sobre la Prueba*, Distribuciones Fontamara, México, 2008, 200 pp.

**GONZÁLEZ LAGIER DANIEL**, “Argumentación y Prueba Judicial”, en “Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008, 200 pp.

**GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis**, “*Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*”, Leyer, Bogotá D. C.-Colombia, 2005, 1416 pp.

**GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS**, Raúl, La presunción en la valoración de las pruebas, INACIPE, 2003, México, 360 pp.

**GRACIA MARTÍN**, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del derecho penal del enemigo”, en “Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión”, vol. I, Edisofer, Buenos Aires, 2006.

**GUZMÁN FLUJA**, Vicente C., Anticipación y preconstitución de la prueba, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 390 pp.

**HAIRABEDÍAN**, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal”, Ad.Hoc, Buenos Aires, 2002.

**HERMOSO LARAGOITI**, Héctor Arturo, “*Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*”, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2011, 854 pp.

**MARTÍNEZ PINEDA**, Ángel, Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995, 253 pp.

**MIRANDA ESTRAMPES, Manuel** “*El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*”, Segunda Edición, J. M. Bosch Editor, España, 2004, 195 pp.

**MONTAÑES PARDO**, Miguel Ángel, La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1999, 417 pp.

**MUÑOZ SABATÉ**, Luis “*Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de la Prueba en el Proceso*”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, 542 pp.

**PÉREZ SARMIENTO**, Eric Lorenzo, “*Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal*”, Temis, Bogotá-Colombia, 232 pp.

**PELLEGRINI GRINOVER**, Ada, “La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas” en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007,

**RIVES SEVA**, Antonio Pablo, La prueba en el proceso penal, doctrina de la Segunda Sala del Tribunal Superior, Aranzadi, 2ª ed., Madrid, 1996, 232 pp.

**VEGA TORRES**, Jaime, presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993, 414 p.

## **HEMEROGRAFÍA**

*Revista Criminalia*, Miguel Ángel Aguilar López, Año LXXI-número 3, México, Distrito Federal, Sep-dic, 2005, Porrúa, Instituto Nacional de Ciencias Penales, “La prueba ilícita. Asunto Casablanca”, pp.3-48 .

## **LEGISLACIÓN**

*Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.*

### **1. OTRAS FUENTES**

**CHIPOCO**, Carlos “La protección universal de los Derechos Humanos. Una aproximación crítica”  
<http://bibliojuridica.org/libros/4/1835/16.pdf>

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

<http://sijo2/redjurn/>