

LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: UNA COMPARATIVA ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

Luis Alonso HAGELSIEB DÓRAME

Profesor Investigador
Universidad de Sonora. México
alonso_bd28@botmail.com

Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ

Profesor Investigador
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Autónoma de Chiapas. México
mihael.champo@ijj-unabc.mx

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la temática de la doctrina de «fruit of the poisonous tree» (fruto del árbol envenenado). Desarrollada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, se analizará bajo la perspectiva del Derecho comparado en la normativa procesal penal mexicana y española. Bajo esta premisa, las pruebas obtenidas por medios ilícitos, es decir, violentando derechos y libertades fundamentales, no podrán ser admitidas, y si así fuese no tendrán valor probatorio en el proceso penal, es decir, la premisa de la exclusión probatoria, desde una perspectiva del sistema de justicia penal garante de derechos fundamentales, la denominada regla de exclusión en la cual se sanciona a la prueba ilícita con la inutilizabilidad procesal. Desde la perspectiva de la teoría del proceso, con una visión desde el origen hasta el día de hoy, se analizará la evolución que tuvo la regla de exclusión garante de derechos fundamentales y las excepciones que abarca, correspondientes a las pruebas derivadas, tanto en México como en España.

Palabras clave: Derecho procesal, España, México, prueba ilícita, verdad, fruto del árbol envenenado, ponderación.

ABSTRACT

The current piece of work deals with the subject of «fruit of the poisonous tree», doctrine established by the US Supreme Court and it will be studied under the perspective of Comparative Law within Mexican and Spanish criminal procedure regulations under such any evidence wrongfully obtained, that is to say, any evidence gathered by breaking rights and basic freedoms, will not be accepted. That being the case such will not be taken as evidence in a penal proceeding, that is to say, the

premise of probationary exclusionary rule will apply, from a perspective of a penal legal system which guarantees basic rights the so-called exclusion rule, which sanctions wrongfully obtained evidence to procedural ineffectiveness applies, from its origins up to current date, we shall look into the basic right guarantee of ruleset evolution together with the exceptions it comprises, the subsequent evidence, in Mexico as in Spain from a procedural perspective.

Keywords: Procesal Law, Spain, Mexico, Illegally Obtained Evidence, Truth, Fruit of Poisonous Tree, Weighing.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Forschungsarbeit behandelt das Thema der Doktrin der «Fruit of the Poisonous Tree» (Frucht des vergifteten Baumes), die vom Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika entwickelt wurde, und wird unter der Perspektive des Vergleichsrechts in den Strafprozessgesetzen von Mexiko und Spanien analysiert. Unter dieser Prämisse können Beweismittel, die auf rechtswidrige Weise erlangt wurden, indem Grundrechte und Freiheiten verletzt wurden, nicht zugelassen werden und haben keinen Beweiswert im Strafverfahren, d.h. die Prämisse der Beweis-Ausschließung, aus der Sicht des Justizsystems, das die Grundrechte garantiert, die sogenannte Ausschlussregel, bei der rechtswidrige Beweismittel unverwendbar sind. Aus der Perspektive der Prozesstheorie, mit einer Zusammenschau von den Anfängen bis heute, wird die Entwicklung der Ausschlussregelung analysiert, die Grundrechte garantiert und die Ausnahmen betrifft, die für abgeleitete Beweise in Mexiko und Spanien gelten.

Schlüsselwörter: Strafprozessrecht, Spanien, Mexiko, unrechtmäßige Beweise, Wahrheit, Frucht des vergifteten Baumes, Abwägung.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INICIO DE LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO.—III. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—IV. EXCEPCIÓN DE LA PRUEBA JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTE EN ESPAÑA.—V. EXCEPCIÓN DEL HALLAZGO INEVITABLE EN ESPAÑA.—VI. EXCEPCIÓN DEL NEXO CAUSAL ATENUADO EN ESPAÑA.—VII. TENDENCIAS ACTUALES EN ESPAÑA.—VIII. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.—IX. TEORÍA DEL VÍNCULO ATENUADO EN MÉXICO.—X. TEORÍA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE EN MÉXICO.—XI. TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE EN MÉXICO.—XII. CONCLUSIONES.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge de la necesidad de comparar los sistemas jurídicos entre México y España, y señalar sus virtudes y sus deficiencias. Por ello se realizó un estudio dogmático en relación con los antecedentes

y situación actual de las reglas de exclusión probatoria, para así generar un nuevo conocimiento del tema.

Por lo anterior, da inicio la investigación con los antecedentes de la teoría del fruto del árbol envenenado. Teniendo al principio su inicio en el sistema Common Law de Gran Bretaña, es menester analizarlo desde el sistema del Civil Law con trascendencia norteamericana, puesto que en ella tuvo un precedente mayor y concreto la teoría de la prueba ilícita. A continuación se analizarán las particularidades de España y de México, desde un enfoque evolutivo-legislativo, en torno a las diferentes excepciones a las reglas de exclusión probatoria; para llegar, en último lugar, a la comparación de las mismas y a las conclusiones.

En lo que corresponde a las políticas criminales, a partir del siglo XIX se puede observar palpablemente el cambio de los sistemas judiciales en cuando a la evolución del sistema inquisitivo al sistema de carácter acusatorio, y donde México no es la excepción con la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia.

La reforma constitucional contó con un periodo *vacatio legis*¹ de ocho años, es decir, hasta el 2016, con el fin de que los operadores de justicia tuvieran un tiempo óptimo tanto para brindar capacitaciones a los abogados defensores, ministerios públicos, policías, jueces y peritos como para adecuar o construir espacios idóneos para el desenvolvimiento del proceso penal, como salas de audiencias. Una adaptación sociológica en cuanto a «los cambios penales representaron (y fueron producto de) una mejora en los estándares morales y en la humanización de los guardianes de la sociedad»². De la misma manera, Claus Roxin señala: «El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado»³. Haciendo referencia a dicho cambio estructural en materia penal.

Bajo esta premisa, la exclusión de la prueba ilícita desde la normatividad mexicana y española es un derecho fundamental hacia el imputado durante todo el proceso y se encuentra resguardado en el derecho al debido proceso, a una defensa adecuada y al principio de imparcialidad.

En un primer momento, la prohibición de la prueba ilícita es regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en art. 20,

¹ Es el periodo que se establece desde la publicación de la norma hasta su entrada en vigor.

² D. GARLAND, *Castigo y sociedad moderna*, B. Ruiz de la Concha (trad.), México, Siglo XXI, 1999, pp. 227-234.

³ C. ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 25.^a ed., G. Córdoba y D. Pastor (trads.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 10.

apartado A, fracción IX, en donde señala: «Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula»⁴. De la misma manera se encuentra señalado en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su art. 264: «Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad»⁵. A diferencia de la normatividad española, la cual se encuentra más avanzada en cuanto a la protección de derechos y libertades fundamentales desde la Ley Orgánica 6/1985, que menciona en su art. 11.1: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»⁶. Haciendo referencia desde el primer momento a la teoría del fruto del árbol envenenado, el cual es de sumo interés en este trabajo de investigación, siendo la prueba ilícita su núcleo. Sin embargo, pareciera ser una regla absoluta, pero tiene excepciones.

Cabe destacar, en primer término, el problema terminológico existente, ya que en el Derecho comparado tanto las legislaciones como la jurisprudencia no recurren a un término específico al denominar a las pruebas que se obtienen mediante vulneración de derechos y libertades fundamentales, por eso es menester aclarar los siguientes términos: «prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso el de prueba clandestina»⁷. Como bien señala Guariglia al mencionar que el tema de la prueba ilícita «es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal»⁸. Partiendo de aquí se tomará la denominación de prueba ilícita.

Por ello, en las siguientes líneas se abordará la temática desde la teoría del fruto del árbol envenenado, siendo un mecanismo garante de derechos y libertades fundamentales en la aplicación de las pruebas obtenidas de

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2021, art. 20, apartado A, fracción IX.

⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales 2020, art. 264, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf.

⁶ Art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>.

⁷ M. MIRANDA ESTRAMPES, «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22 (2010), pp. 131-132, disponible en <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>.

⁸ F. GUARIGLIA, «Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 26 (1996), p. 76.

manera ilícita, en particular en la legislación mexicana y española, pues se rigen dichos países por la evolución jurídica a partir del sistema angloamericano, por consiguiente, se dará desde su origen y/o antecedentes en el sistema norteamericano.

II. INICIO DE LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO

Los inicios de la teoría del fruto del árbol envenenado se remontan hacia el año 1920 en Estados Unidos. Cabe destacar que en este país se encuentra dentro de la familia jurídica del Common Law a diferencia de México y España que se encuentran en la familia del Civil Law, también llamada romano-germánica o continental europea. Esto se debe a la importancia de sus distintas políticas criminales.

En lo que corresponde a la actividad probatoria, ambos modelos son extremos: por un lado, el Civil Law, donde la totalidad de la regulación se basa en los aspectos del fenómeno probatorio, y, por otro, el Common Law, donde la actividad probatoria está desregulada. «Lo que varía de sistema en sistema es la amplitud y el contenido de los “límites legales” del fenómeno probatorio»⁹.

Explicado lo anterior en lo referente a las diferencias entre el Civil Law y el Common Law en materia probatoria, se procederá a analizar la Sentencia *Silverthorne Lumber Co. v. EE.UU.*¹⁰ con la cual da inicio la teoría del fruto del árbol envenenado.

La Sentencia *Silverthorne Lumber Co. v. EE.UU.* trata sobre la revocación de la sentencia del Tribunal de Distrito que multa a Silverthorne Lumber Company, siendo su representante legal el Sr. Frederick W. Silverthorne, por el desacato de presentar documentos y libros que lo autoincriminaran por la presunta violación de los estatutos de Estados Unidos.

Los hechos sucedieron el 25 de febrero, donde fueron detenidos en su hogar durante varias horas Silverthorne y su padre Asa Silverthorne con acusaciones de desacato, por lo que en su detención elementos del departamento de justicia irrumpieron en las oficinas de la empresa para obtener los libros y documentos que les solicitaban sin previa orden, además

⁹ M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, J. Ferrer Beltrán (trad.), 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 348.

¹⁰ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, vol. 251, U. S. 385, 1920, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>.

de la obtención de fotografías y copias de documentos incriminatorios que allí se encontraban, acusándoles por otra razón ante las pruebas obtenidas para después solicitarles que presentaran las pruebas.

Lo mencionado con anterioridad es un claro ultraje por parte del Gobierno y que atenta contra el derecho de privacidad bajo la incautación ilegal. De la misma manera, la sentencia resultó a favor de Silverthorne al declarar un abuso a la IV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, siendo una de las prohibiciones incluidas en la *Bill of Rights*, basándose tanto en la protección de aprehensiones arbitrarias como en los datos de pruebas obtenidos que data del año 1797:

«El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas»¹¹.

Sin embargo, en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. EE.UU.* no aparece el nombre antes aludido «teoría del fruto del árbol envenenado». No fue hasta 1939 con el caso *Nardone v. United States*¹², en el cual se señala: «*The trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous trees*»¹³. Aquí se menciona como «fruto del árbol venenoso».

Por tanto, se alude a que las pruebas obtenidas de manera ilícita no tendrán valor probatorio en el proceso penal, ya sea de manera directa o indirecta, generando así la exclusión de dichas pruebas. Pero no siempre es así, gracias a la evolución dogmática y de las resoluciones judiciales precedentes que generaron excepciones a las reglas de exclusión a la prueba ilícita, como afirman Díaz Cabiale y Martínez Morales: «Si los derechos fundamentales no son absolutos, ¿por qué la exclusión de las pruebas ilícitas sí lo es?»¹⁴.

¹¹ Constitución de los Estados Unidos de América 1787, disponible en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

¹² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Nardone v. United States*, vol. 308, U. S. 338, 1939, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/#tab-opinion-1936473>.

¹³ Traducción libre del autor: «El juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado».

¹⁴ J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍNEZ MORALES, «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la Democracia*, núm. 43 (2002), p. 42.

Sin embargo, cabe destacar que la doctrina procesal retoma la idea de San Mateo en el nuevo testamento para explicar dicha teoría del árbol envenenado cuando hace mención: «Así todo árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por su fruto lo conoceréis»¹⁵. Haciendo alusión a los frutos obtenidos por árboles podridos, en nuestro ámbito, a las pruebas obtenidas por medios ilícitos.

III. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Después de ver y analizar el surgimiento de la teoría del fruto de árbol envenenado desde sus orígenes y reconociendo que nace en un sistema jurídico diferente al de España y al de México, se analizará la influencia de dicha teoría en la normatividad jurídica española.

El modelo procesal español se produjo a partir de la Revolución francesa, siendo un primer paso la reforma constitucional de Cádiz en 1812 y concluyendo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882. De la misma manera, el sistema procesal dio inicio con la Constitución de 1978 en su art. 149.1, apartado 6, generando así los principios procesales (oralidad, contradicción, publicidad e inmediación) del sistema penal español, en especial al debido proceso o proceso justo.

La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional español aplicó la regla de exclusión probatoria fue en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 55/1982 en caso de la presunción de inocencia, en donde se señala: «Para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, obtenida de la valoración de la prueba, que ha llegado con las debidas garantías al proceso, valoración que es de la exclusiva incumbencia del juzgador»¹⁶.

Más tarde, en 1984 se acuña en la normatividad española con la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, la cual señala:

«Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva

¹⁵ San Mateo, Nuevo testamento, capítulo 7, versículos 17-20.

¹⁶ Sentencia 55/1982, de 26 de julio (BOE, núm. 197, de 18 de agosto de 1982), fundamento jurídico 2.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/97>.

de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental»¹⁷.

Dicha sentencia fue la que motivó, entre otras tantas¹⁸, la existencia de la protección de los gobernados ante actos arbitrarios de entes judiciales en donde se violentaban derechos o libertades fundamentales. La sentencia anterior versa sobre la grabación de una llamada telefónica que causó el despido del empleado. Sin embargo, este se amparó argumentando que dicha acción violentaba sus derechos, como, por ejemplo: el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁹ y el derecho al proceso garante²⁰. Sin embargo, en la actualidad se han visto excepciones, como es el caso de la STS 298/2013, de 13 de marzo, donde se admite la grabación como medio de prueba argumentando la buena fe del actuar de los agentes, suponiendo que no actuaron bajo su posición de superioridad.

La sentencia de 1984 motiva a la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 a implementar en su art. 11.1 lo siguiente: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»²¹. Y aunque pareciera ser una regla absoluta sin admitir excepciones, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo las han admitido.

Por otra parte, en el ámbito civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil retoma en su art. 287.1 el tema de ilicitud probatoria señalando: «Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes»²².

¹⁷ Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (BOE, núm. 305, de 21 de diciembre de 1984), fundamento jurídico 4.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/367>.

¹⁸ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 107/1985, de 7 de octubre; 64/1986, de 21 de mayo; 80/1991, de 15 de abril; 85/1994, de 14 de marzo; 181/1995, de 11 de diciembre; 49/1996, de 26 de marzo; 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril, por mencionar algunas.

¹⁹ Art. 18.3 de la Constitución Española: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

²⁰ Art. 24.2 de la Constitución Española.

²¹ Art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>.

²² Art. 287.1 de la Ley Orgánica 1/2000, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>.

En cuanto a los derechos fundamentales, en la normatividad española se encuentran amparados en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución. Además, la protección judicial de los derechos señala que: «Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia»²³.

Aunado a lo anterior se encuentra el debido proceso en concordancia con la debida licitud probatoria. Es por ello que la STC 49/1996 señala: «Constituye una exigencia indispensable para la tutela del derecho que la Sentencia condenatoria se funde en verdaderas pruebas, practicadas en el juicio oral con las debidas garantías procesales»²⁴; por ello se genera una «prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales»²⁵.

En cambio, el primer indicio de la exclusión de prueba derivada proveniente de una prueba ilícita se encuentra en la STC 85/1994, siendo el caso de una intervención telefónica en donde el Tribunal Constitucional acierta disponiendo lo siguiente: «Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida»²⁶. En ella señala el desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente, pues señala la exclusión de pruebas ilícitas derivadas.

²³ Art. 24.2 de la Constitución Española, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>.

²⁴ Sentencia 49/1996, de 26 de marzo (BOE, núm. 102, de 27 de abril de 1996), fundamento jurídico 2.º, disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3101>.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Sentencia 85/1994, de 14 de marzo (BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1994), fundamento jurídico 4.º, disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/el-GR/Resolucion/Show/2602>.

IV. EXCEPCIÓN DE LA PRUEBA JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTE EN ESPAÑA

Sin embargo, la regla de exclusión probatoria en el caso español sufre una evolución, ya que se encuentran atenuantes en los casos específicos en los que no necesariamente se debe desechar una prueba, por ello cabe aludir que la regla no es definitiva y tiene sus excepciones, es decir, ciertas pruebas ilícitas pueden ser admitidas.

Por ejemplo, la excepción a la teoría de la fuente independiente en la jurisprudencia constitucional española tiene sus raíces en la jurisprudencia constitucional estadounidense, donde se afirma la débil conexión causal entre la prueba derivada y el hecho violatorio cuando se encuentre sobre una prueba legítima y una prueba ilegítima.

La teoría de la fuente independiente en la jurisprudencia constitucional española se encuentra en la STC 81/1998, la cual establece la no valoración de la prueba ilícita de primer momento, pero sí se valorara la prueba derivada: «La necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su Sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas»²⁷. Dejando así la delimitación de los alcances contemplados en la regla de exclusión probatoria. Es por ello que si la prueba derivada se fundó única y exclusivamente gracias a la prueba ilícita y esta misma quedara afectada por la licitud, se le llama conexión antijuricidad. Sin embargo, si la prueba derivada se genera de la prueba ilícita, pero está tiene un vínculo tan tenue o bien pudo haberse obtenido mediante otros medios, la valoración y su incorporación de la misma puede serlo, ya que no se vio contaminada por la ilicitud.

La conexión antijuricidad es un juicio por parte de los operadores judiciales que determinan la pertenencia o impertinencia de la prueba. Por ello, el Tribunal Constitucional señala:

«Conexión de antijuricidad», esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. De lo contrario, si esas prue-

²⁷ Sentencia 81/1998, de 2 de abril (BOE, núm. 108, de 6 de mayo de 1998), fundamento jurídico 6.º, disponible en https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3583#complete_resolucion&completa.

bas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución»²⁸.

Costa Torné reflexiona sobre la conexión de antijuridicidad a partir de las sentencias del tribunal señalando:

«Si la prueba derivada nunca pudo existir sin la previa existencia de la prueba ilícita por depender completamente de esta como única y exclusiva fuente de generación, nos encontraremos ante la denominada conexión de antijuridicidad y, por tanto, dicha prueba derivada quedará afectada por la ilicitud. Por el contrario, si dicha prueba derivada goza de cierta independencia respecto de la prueba ilícita, por no haber sido esta su única fuente de generación, sería posible su valoración como prueba al no haber quedado contaminada por la ilicitud»²⁹.

De la misma manera, la STC 238/1999 señala: «El carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales ha hecho posible que este Tribunal admita la validez y aptitud de tales pruebas para enervar la presunción de inocencia cuando las pruebas de cargo sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración»³⁰. Asumiendo el Tribunal el carácter «limitado» de los derechos fundamentales cuando se trate de pruebas jurídicamente independientes, mismas que podrán ser admitidas y valoradas en el proceso.

De la misma manera, la STC 171/1999 señala que «es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con “el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo”, puedan considerarse jurídicamente independientes»³¹. Generando las

²⁸ SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14.º; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6.º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.º; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6.º; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4.º, y 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6.º

²⁹ M.ª C. COSTA TORNÉ, «La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11 (2012), p. 145, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11128/10656>.

³⁰ Sentencia 238/1999, de 20 de diciembre (BOE, núm. 17, de 20 de enero de 1999), fundamento jurídico 2.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3980>.

³¹ Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (BOE, núm. 305, de 21 de diciembre de

excepciones a la regla de exclusión de las pruebas que vulneren derechos fundamentales.

La importancia de la teoría de la fuente independiente es reconocer que existe un hecho ilícito; sin embargo, la obtención de la prueba se produjo de manera lícita, es decir, la primera es producto del árbol envenenado, mientras que la segunda es producto de un árbol totalmente sano. Mientras que la primera torna un ambiente de reprochabilidad procesal, la segunda podrá ser admitida y valorada en el proceso.

V. EXCEPCIÓN DEL HALLAZGO INEVITABLE EN ESPAÑA

Por su parte, en la teoría del descubrimiento inevitable en la jurisprudencia española, a diferencia de la fuente independiente, está en juicio el señalamiento de que existe la obtención de la prueba a través de un medio ilícito; sin embargo, se alude a que dicha prueba se hubiese obtenido inevitablemente por otra vía. La misma teoría de descubrimiento inevitable remonta al caso *Nix v. Williams*³² del Tribunal Supremo norteamericano.

En un primer momento es necesario aclarar, como señala Velasco Núñez, la diferencia entre el descubrimiento inevitable y el hallazgo causal, afirmando que «la limitación del descubrimiento inevitable precisa de actuaciones en curso lícitas encaminadas a probar el delito, lo que nunca se da en lo que se encuentra por mero azar y casualidad»³³.

En la misma sintonía, en España se aplicó por primera vez en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 974/1997 cuando señala:

«Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable”. En efecto, consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su

1984), fundamento jurídico 4.º, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/367>.

³² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Nix v. Williams*, 467 U. S. 431, 1984, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>.

³³ E. VELASCO NÚÑEZ, «Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)», *Revista General del Derecho*, núm. 624 (1996), p. 10173.

dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína “al por mayor”. Es decir, que “inevitablemente” y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada».

En consecuencia, la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben, por tanto, ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ello— las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención³⁴.

Posteriormente, la teoría del descubrimiento inevitable en la jurisprudencia constitucional española se encuentra en la STC 81/1998, la cual establece la valoración de la prueba ilícita por ser neutra, es decir, no indispensable para la obtención de la prueba inculpativa sin la vulneración de algún derecho fundamental. Por ello, el Tribunal Constitucional señala: «El conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraría a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido también, razonablemente, sin la vulneración del derecho»³⁵. Siendo un juicio hipotético por parte de los actores judiciales, los cuales determinarán dicha excepción. Una teoría bastante cuestionable, como se afirma: «La excepción del descubrimiento inevitable consiste en un juicio hipotético que debe formular el órgano jurisdiccional si la prueba se hubiese logrado inevitablemente»³⁶.

³⁴ Sentencia 974/1997, de 4 de julio, fundamento jurídico 4.º, disponible en <https://vlex.es/vid/-53550202>.

³⁵ Sentencia 81/1998, de 2 de abril (BOE, núm. 108, de 6 de mayo de 1998), fundamento jurídico 5.º, disponible en https://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3583#complete_resolucion&completa.

³⁶ J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍNEZ MORALES, «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la Democracia*, núm. 43 (2002), p. 47.

VI. EXCEPCIÓN DEL NEXO CAUSAL ATENUADO EN ESPAÑA

La teoría del nexo causal atenuado versa sobre la conexión causal atenuada existente entre la prueba derivada y la prueba ilícita, provocando así la inexistencia de la misma, es decir, su incorporación y valoración procesal. Proviene del caso *Wong Sun v. Estados Unidos*³⁷ de la jurisprudencia norteamericana.

Según lo anterior, en la causa de que puedan sufrir indefensión se puede señalar la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 86/1995, en lo que atañe al dilema de la presunción de inocencia, en donde muestra «una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediante la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales».³⁸ Sin embargo, se encuentra la excepción al nexo causal, por ello el Tribunal Constitucional señala que las pruebas obtenidas de manera ilícita derivadas de la intervención de las comunicaciones fueran anuladas, pero no las declaraciones, ya que no fueron viciadas por la ilegalidad de las primeras.

Lo anterior alude a la STC 161/1999: «El criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas causalmente de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no se cifra en determinar si entre unas y otras existe una conexión de antijuridicidad»³⁹.

Por ello, «el órgano judicial encargado de valorar dicha prueba, y que debe consistir en si el conocimiento derivado de la misma, y su conexión con la principal y directa, hubiera podido adquirirse normalmente por medios distintos y autónomos de los que han causado la vulneración del derecho fundamental»⁴⁰. Generando la participación activa de los órganos jurisdiccionales en determinar el nexo causal procesal.

³⁷ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471, 1963, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>.

³⁸ Sentencia 171/1999, de 27 de septiembre (BOE, núm. 263, de 3 de noviembre de 1999), fundamento jurídico 4.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3913>.

³⁹ Sentencia 161/1999, de 27 de septiembre (BOE, núm. 263, de 3 de noviembre de 1999), fundamento jurídico 4.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3903>.

⁴⁰ Sentencia 239/1999, de 20 de diciembre (BOE, núm. 17, de 20 de enero de 2000),

Por otra parte, en la STC 54/1996 el Tribunal admite la lesión al derecho fundamental sobre el secreto de las comunicaciones y señala la no admisión ni valoración de la prueba directa y de la prueba derivada. Sin embargo, expone la declaración voluntaria del acusado en el juicio de amparo la existencia de una entrevista, deduciendo así la participación delictiva. Por ello, el Tribunal admite la prueba de cargo y señala ser independiente de la prueba ilícita y con bastante peso probatorio para su culpabilidad. Como lo señala el fundamento jurídico 9.º: «El Tribunal Supremo considera, de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente»⁴¹. Sin embargo, en nuestra opinión, la decisión del tribunal es bastante cuestionable, porque la «confesión voluntaria» deriva de los hechos suscitados en el pasado, como bien se adoptaron ciertos datos, objetos y elementos que se atribuyen a la prueba ilícita, pudo haber viciado el proceso y, por tanto, la confesión.

VII. TENDENCIAS ACTUALES EN ESPAÑA

Como ya se hizo mención, la doctrina española se encuentra más avanzada que la mexicana, y en la nueva época existen dos sentencias españolas que han revolucionado y generado controversia en la regla de exclusión probatoria.

En el sistema norteamericano, dentro de las exclusiones a las pruebas ilícitas, las arbitrariedades por parte del Estado eran su finalidad; el dirimir todo tipo de violaciones a los derechos fundamentales cometido por agentes estatales, como bien narra el caso *US v. JANIS*⁴²: «*The prime, if not the sole, purpose of the exclusionary rule is to deter future unlawful police conduct*»⁴³.

Haciendo alusión a lo anterior, la STS 116/2017 marca un hito dentro del estudio jurídico correspondiente a la prueba ilícita. Porque el Tribu-

fundamento jurídico 8.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3981>.

⁴¹ Sentencia 54/1996, de 26 de marzo (BOE, núm. 102, de 27 de noviembre de 1996), fundamento jurídico 9.º, disponible en <http://bj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3106>.

⁴² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Janis v. United States*, 428 U. S. 433, 1976, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/433/>.

⁴³ Traducción libre del autor: «El propósito principal, si no el único, de la regla de exclusión es disuadir futuras conductas policiales ilegales».

nal Supremo admite la Lista Falciani como medio de prueba. A manera de sintetizarla Mosquera Blanco señala que «la regla de exclusión probatoria contenida en el art. 11 LOPJ tiene su genuina misión en evitar los excesos policiales y de otros agentes del Estado durante la persecución de los delitos, de manera que no resulta aplicable al particular que, al margen de la actividad estatal, obtiene ciertos medios de prueba»⁴⁴. Por ello, y haciendo alusión al Tribunal, «la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de pre-fabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 LOPJ»⁴⁵.

Sin embargo, lo anterior no es una regla general, pues busca la ponderación, caso por caso, de un razonamiento judicial, por tanto, su decisión debe estar contextualizada y regida bajo un exhaustivo juicio de ponderación. En conclusión y de suma importancia, los medios de prueba obtenidos con violación de derechos son admisibles en el proceso cuando sean cometidos por un particular. Esto genera así un hito normativo desvirtuando el origen doctrinal de la exclusión probatoria acogida por el art. 11 LOPJ sin hacer ningún tipo de distinción, protegiendo los derechos ante cualquier contexto y creando un choque entre la sentencia emitida, la jurisprudencia constitucional y el artículo en mención. Por ello, «esta sentencia supone un hito dentro de ese proceso, pues no solo atempera los efectos de la ilicitud probatoria, sino que altera la esencia del instituto, restringiéndolo al ámbito de los funcionarios públicos»⁴⁶.

Otra sentencia bastante relevante es la STC 97/2019⁴⁷, de 16 de julio, en la cual el Tribunal Constitucional toma como base el pronunciamiento de la esencial Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, generando una controversia entre la teoría de la prueba ilícita de origen y la consagración de la prueba ilícita en España. Por ello, haciendo mención a Asencio Mellado: «Un derecho procesal constitucionalmente creado contra los

⁴⁴ A. J. MOSQUERA BLANCO, «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani. Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2022, p. 19, disponible en <https://indret.com/la-prueba-ilicita-tras-la-sentencia-falciani-comentario-a-la-sts-116-2017-de-23-de-febrero/>.

⁴⁵ Sentencia 116/2017, de 23 de febrero, fundamento jurídico 6.º, disponible en <https://vlex.es/vid/667933841>.

⁴⁶ A. J. MOSQUERA BLANCO, «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani...», *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ Sentencia 97/2019, de 16 de julio (BOE, núm. 192, de 12 de agosto de 2019), disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11909.

conceptos clásicos y dogmas de la ciencia procesal. La ruptura de la armonía y coherencia del sistema que, de este modo, lo hacen inseguro y discrecional, abriéndose la puerta a la arbitrariedad»⁴⁸.

Haciendo mención a la anterior sentencia, los respetos a los derechos fundamentales son violados para obtener la prueba, siendo así que toda prueba ilícita viola tanto garantías materiales como garantías procesales, sin que exista excepción alguna. Se genera una fuerte crítica al proceso justo y la esencia de la ilicitud probatoria, por ello se hace mención: «Como regla, lo que es causa de ilicitud probatoria cuando esta proviene de particulares es que estos actúen como una pieza camuflada del Estado, que lo hagan al servicio de la investigación penal suplantando la actividad pública propia del sistema democrático»⁴⁹.

Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones: «No hay ponderación posible cuando se han afectado derechos fundamentales»⁵⁰. Por ello, el error es latente en cuanto el tribunal constitucional no crea derechos, su función es reconocer los derechos existentes y determinar los límites y/o alcances que no pueden ser violados —derechos fundamentales—.

Ambas sentencias marcan un claro inicio y/o fin de una nueva y errónea adjudicación por parte de los tribunales constitucionales, olvidando la parte sustantiva del Derecho procesal y la protección perenne hacia los derechos fundamentales. Alejado de nuestro objeto de estudio, solo se tomaron como referencia ambas sentencias; sin embargo, en nuevos trabajos serán analizadas con más detalle.

VIII. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

El fundamento constitucional mexicano se considera «nuevo» en comparación con el precepto español, pues es introducido en la reforma del sistema de justicia de 2008 en el art. 20, inciso A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde señala: «Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula»⁵¹. Y de la misma manera, la prueba ilícita se encuentra como un

⁴⁸ J. M. ASENCIO MELLADO, «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, núm. 9499, 2019, p. 3.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 20, inciso A, fracción IX.

derecho fundamental, por lo que menciona la Suprema Corte: «Un derecho fundamental que asiste al inculpado durante todo el proceso es la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, alegando como fundamento el derecho a un debido proceso (art. 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), a que los jueces se conduzcan con imparcialidad (art. 17 constitucional) y a una defensa adecuada (art. 20, apartado B, fracción VIII, constitucional)»⁵².

Además, como ya antes se hizo mención, la fundamentación legal al precepto que nos ocupa se encuentra en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su art. 264: «Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad»⁵³. De la misma manera, su homólogo el art. 263 reza: «Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código»⁵⁴. Además, se habla de la legalidad de la prueba en su art. 357 y en este caso: «La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código»⁵⁵.

En lo correspondiente a la legislación mexicana en el tema que se aborda sobre la regla de exclusión probatoria, se encuentra en dos momentos en el proceso penal: el primero, en la fase de investigación y aunado a la etapa intermedia, y el segundo, en la etapa de juicio oral; mientras que en el primero se alude a la exclusión procesal de la prueba dentro del proceso, el segundo alude a la no valoración de la prueba conforme al fallo judicial.

En la concepción del debido proceso la Suprema Corte señala la protección hacia los tribunales imparciales y la defensa adecuada: «Una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal) no puede sino ser considerada inválida»⁵⁶. Siendo objeto al derecho de no ser juzgado a base de pruebas obtenidas por medios ilícitos.

⁵² Tesis aislada I.9o.P.40 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, libro XXVI, t. 2, noviembre de 2013, p. 1411, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004971>.

⁵³ Código Nacional de Procedimientos Penales 2021, art. 264.

⁵⁴ *Ibid.*, art. 263.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 357.

⁵⁶ Jurisprudencia 1a./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160509>.

De la misma manera, en la consecutiva tesis de jurisprudencia señala: «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»⁵⁷. Asimismo, las pruebas derivadas deberán anularse cuando estas resulten inconstitucionales.

El primer antecedente fue por parte del Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito en la jurisprudencia 252103/79 con nombre «actos viciados, frutos de». La cual menciona:

«Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal»⁵⁸.

Hasta el momento concita una gran amplitud por parte de los legisladores; sin embargo, en él no expresa ninguna limitación o excepción que se encuentre en las jurisprudencias y tesis aisladas. Las excepciones a que me refiero son las de vínculo atenuado, fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

Sin embargo, las excepciones de la regla de exclusión son señaladas por la Suprema Corte sobre la obtención de la prueba ilícita, ya sea de manera directa o indirecta, la cual explica que «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»⁵⁹. Lo cual hace alusión a las pruebas derivadas.

⁵⁷ Jurisprudencia 1a./J. 140/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2058, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160500>.

⁵⁸ Jurisprudencia 252103/79, *Seminario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, vol. 121-126, Sexta parte, página 280, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/252103>.

⁵⁹ Tesis aislada 1a. CLXII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 226, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/161221>.

La prueba más palpable de las excepciones a la regla de exclusión se encuentra en la tesis denominada «Prueba ilícita. Límites de exclusión», dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

«La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: *a*) si la contaminación de la prueba se atenúa, *b*) si hay una fuente independiente para la prueba, y *c*) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado: *a*) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; *b*) cuantos más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión, y *c*) cuanto más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que cuanto más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si esta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto⁶⁰.

Las excepciones hacia la regla exclusión de la prueba ilícita son señaladas como: si la contaminación de la prueba se atenúa; si hay una fuente independiente para la prueba; y si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente, siendo las de vínculo atenuado, fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

⁶⁰ Tesis aislada 1a. CCCXXVI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 993, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010354>.

IX. TEORÍA VÍNCULO ATENUADO EN MÉXICO

La doctrina también ha decidido llamarle nexo causal atenuado a la denominación «vínculo atenuado». La excepción del vínculo atenuado deriva de la fuente independiente; sin embargo, incluye una particularidad, y es que cuando la prueba ilícita en relación con la prueba que de ella emane o derive sea tan atenuada, dicha prueba puede entrar al proceso para su valoración.

Por ello el nexo existente entre la prueba ilícita y la prueba derivada es tan atenuado que elimina el vicio existente; sin embargo, se señala la existencia del nexo causal entre la primera y la segunda. Como bien señala Anaya Ríos: «El vínculo atenuado implica que el nexo entre la prueba ilícita original y la prueba que de esta se deriva se encuentra atenuado por la concurrencia de diversas situaciones»⁶¹.

Dicha regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra por primera vez en el caso *Nardone v. United States*⁶², en el cual se señala: «*Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wiretapping and the Government's proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint*»⁶³. Sin embargo, el caso más emblemático de la teoría del vínculo atenuado está en el caso *Wong Sun v. Estados Unidos*⁶⁴. El caso versa sobre la detención ilegal de Toy en su domicilio violentando su derecho a la IV enmienda. Fruto de ello se obtiene la declaración de una segunda persona involucrada y de la misma manera se detiene ilegalmente, pero existe una tercera persona, la cual fue detenida legalmente y rinde su declaración legalmente. A causa de lo anterior, y existiendo evidentemente un nexo causal entre ambas, la tercera persona tiene el vínculo demasiado tenue con las primeras actuaciones arbitrarias. Es por ello que el Tribunal: «*The connection between his unlawful arrest and*

⁶¹ M. Á. ANAYA RÍOS y P. I. DE LA ROSA RODRÍGUEZ, *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio*, México, Flores, 2017, p. 140.

⁶² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Nardone v. United States*, vol. 308, U. S. 338, 1939, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/#tab-opinion-1936473>.

⁶³ Traducción libre del autor: «Un argumento sofisticado puede probar una conexión causal entre la información obtenida a través de escuchas telefónicas ilícitas y la prueba del Gobierno. Sin embargo, como cuestión de buen sentido, tal conexión puede haberse atenuado tanto como para disipar la mancha».

⁶⁴ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471, 1963, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>.

the making of that statement was so attenuated that the unsigned statement was not the fruit of the unlawful arrest and, therefore, it was properly admitted in evidences»⁶⁵.

En lo que corresponde a la jurisprudencia mexicana en relación con la teoría del vínculo atenuado o nexo causal atenuado se encuentra: «Prueba ilícita. Valoración del principio de su prohibición o exclusión del proceso, bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado en la declaración del inculpado», la cual señala:

«Bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado, en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, si en presencia del juez, del Ministerio Público, del defensor, licenciado en derecho y del secretario fedatario de la diligencia, el inculpado, de manera libre, voluntaria y espontánea, declara en relación con el hecho imputado, ya sea en el mismo contexto de su declaración ministerial o en sentido diverso, admitiendo ciertos hechos, negando otros o haciendo valer causas de exclusión del delito, no obstante que esas manifestaciones puedan estar relacionadas con la ilicitud de la declaración inicial, si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse como un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita.

En consecuencia, es legal que el juez de la causa o el tribunal de apelación lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, bajo la teoría en cuestión, ponderando cada caso en particular, en tutela judicial efectiva de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, presunción de inocencia y sustancialmente del principio contradictorio (sustentado en los argumentos de defensa del imputado) y, conforme a su libre convicción, a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, justiprecie lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, y determine incluso, su inexistencia; sin que sea óbice a lo anterior que el juzgador, por el contrario, considere indivisible dicho vínculo y, por tanto, aplicable la exclusión de la prueba ilícita y la derivada»⁶⁶.

⁶⁵ Traducción libre del autor: «La conexión entre su detención ilegal y la realización de dicha declaración fue tan atenuada que la declaración no firmada no fue fruto de la detención ilegal y, por tanto, fue debidamente admitida como prueba».

⁶⁶ Jurisprudencia I.9o.P. J/12, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima

En lo que se refiere a lo dispuesto por la SCJN, señala en un primer momento que la tutela judicial de los derechos en el proceso no deben ser quebrantados; sin embargo, la libre convicción, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia son términos demasiado ambiguos aun cuando son sometidos a la crítica racional, y es donde versa el error a criterio propio.

Por otra parte, la SCJN en la tesis aislada 2020673 hace alusión al caso *Wong Sun v. United States*, en donde señala:

«De manera concreta, destaca que la particularidad de la atenuación de la prueba, parte de la base de que el vicio que emergió con motivo de una violación constitucional se difumine en la prueba de origen, con relación a la evidencia secundaria, esto es, el fundamento para determinar la atenuación de la ilegalidad de una prueba posterior, consiste en analizarla a la luz del vicio de inconstitucionalidad de la que derivó, a fin de verificar si dicha transgresión sustantiva siguió proyectando sus efectos cuando la prueba accesoria fue obtenida»⁶⁷.

Lo anterior hace mención a la continuidad del efecto inconstitucional hasta llegar a la prueba derivada, pero en el caso se vuelve tan tenue que no afecta a la licitud probatoria para su valoración.

X. TEORÍA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE EN MÉXICO

En lo que corresponde a la teoría de la fuente independiente se señala que cuando la prueba ilícita no tiene un nexo causal o una conexión con la prueba derivada, esta puede ser admitida en el proceso gracias a su desconexión causal. De la misma manera es señalado por Estrampes que es cuando existe «una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada»⁶⁸. Por ello se define que «la lesión del derecho fundamental no impide que se pueda obtener la fuen-

época, libro 3, t. III, febrero de 2014, p. 2065, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005726>.

⁶⁷ Tesis aislada (II Región)1o.5 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 70, t. III, septiembre de 2019, p. 2007, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020673>.

⁶⁸ M. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2004, p. 122.

de prueba a través de otro acto de investigación totalmente desconectado de la misma»⁶⁹.

En un primer momento se señala la teoría de la fuente independiente como la excepción de la regla de exclusión de la prueba ilícita, y para ello es necesario recordar de nuevo la normatividad norteamericana, ya que el primer caso fue el de *Silverthorne Lumber Co. v. EE.UU.*⁷⁰ en 1920 y es curioso que los legisladores ya la contemplaran, por el hecho de que en dicha sentencia fue donde se instala la teoría del fruto del árbol envenenado: «*If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed*»⁷¹.

De la misma manera su predecesora en esta línea evolutiva, la Sentencia *United States v. Crews*⁷², es el caso más relevante en esta teoría, pues aborda un delito de robo donde el actor era un joven estudiante y fue acusado por tres víctimas (dos de ellas lo reconocieron); sin embargo, la ilegalidad surge después de la denuncia a los oficiales que recurren a una detención ilegal, puesto que no se tenía motivo, con el fin de fotografiar al joven y presentar las fotografías a las víctimas, que a la vez fue identificado y puesto a disposición; sin embargo, se precedió a la doctrina del fruto del árbol envenenado y entro en tela de juicio, ya que el reconocimiento de la persona fue producto de la detención ilegal y esta, a su vez, al reconocimiento y su detención.

Sin embargo, se generan dos aspectos relevantes: el primero, la detención ilegal por parte de los policías y de ahí las pruebas fotográficas, y el segundo, más importante si cabe, es la capacidad de las víctimas del reconocimiento de su agresor, ya que ocurrió mucho antes de la detención ilegal, como se narra: «*At trial, she merely retrieved her mnemonic representation of the assailant formed at the time of the crime, compared it to the figure of respondent in the courtroom, and positively identified him as the robber*»⁷³. El motivo fue que la víctima ya conocía a su agresor mucho

⁶⁹ J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍNEZ MORALES, «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la Democracia*, núm. 43 (2002), p. 42.

⁷⁰ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, vol. 251, U. S. 385, 1920, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>.

⁷¹ Traducción libre del autor: «Si el conocimiento de ellos se obtiene de una fuente independiente, pueden demostrarse como cualquier otro, pero el conocimiento adquirido por el propio mal del Gobierno no puede ser utilizado por él de la manera propuesta».

⁷² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *United States v. Crews*, vol. 445 U. S. 463, 1980, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/463/>.

⁷³ Traducción libre del autor: «En resumen, la capacidad de la víctima para identificar

tiempo antes de la conducta ilegal de los policías, por ello no se remonta a ninguna violación de la cuarta enmienda, siendo parte de la teoría de la fuente independiente.

Por tanto, la resolución fue: «*On respondent's pretrial motion to suppress all identification testimony, the trial court found that respondent's initial detention at the police station constituted an arrest without probable cause, and accordingly ruled that the products of that arrest—the photographic and lineup identifications—could not be introduced at trial, but further held that the victim's ability to identify respondent in court was based upon independent recollection untainted by the intervening identifications, and that therefore such testimony was admissible*»⁷⁴. Se genera así la admisión de la prueba, ya que no fue obtenida por medios ilícitos al no estar afectada por la actuación ilegal por parte de los policías. Como señala Aguilar López: «La prueba obtenida ilícitamente puede no viciar a las restantes pruebas obrantes en la causa, porque es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia»⁷⁵.

Un caso similar al anterior es el de *Clayborne Bynum, Appellant v. United States of America*⁷⁶. Sin embargo, aquí la particularidad de la teoría de la fuente independiente es más palpable. El asunto mencionado versa sobre la detención ilegal de Bynum. Gracias a un acto ilícito se logra obtener la ficha dactilar; huellas que se cotejan y son similares a las encontradas en el lugar de los hechos.

Sin embargo, la fiscalía no presenta la prueba obtenida por vía ilícita, sino que aporta una huella dactilar más antigua que se encontraba en la base de datos de la Oficina Federal de Investigaciones. Por tanto, el Tribunal determina que la huella dactilar no presenta ilicitud, siendo totalmente independiente al arresto ilegal; por ello, no se mancha de ilicitud.

a su agresor en el tribunal no fue resultado ni estuvo sesgada por la conducta policial ilegal cometida mucho después de haber desarrollado esa capacidad».

⁷⁴ Traducción libre del autor: «Sobre la moción previa al juicio del demandado para suprimir todo testimonio de identificación, el tribunal de primera instancia determinó que la detención inicial del demandado en la estación de policía constituía un arresto sin causa probable y, en consecuencia, dictaminó que los productos de ese arresto, las identificaciones fotográficas y de alineación, no podían ser presentados en el juicio, pero además sostuvo que la capacidad de la víctima para identificar al demandado en el tribunal se basaba en un recuerdo independiente no contaminado por las identificaciones intermedias, y que, por tanto, dicho testimonio era admisible».

⁷⁵ M. Á. AGUILAR LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁷⁶ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Clayborne Bynum v. Estados Unidos de América*, 274 F.2d 767, 1960, disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/274/767/361270/>.

De la misma manera resuelve el Tribunal de Justicia en el caso *Segura v. United States*⁷⁷ al exponer lo siguiente: «Hence, whether the initial entry was illegal or not is irrelevant to the admissibility of the evidence, and exclusion of the evidence is not warranted as derivative or as “fruit of the poisonous tree”»⁷⁸.

En la normatividad mexicana, la Suprema Corte ha sostenido la independencia de las pruebas, con la excepción perenne de la violación a derechos o libertades fundamentales. Sin embargo, en relación con la teoría de la fuente independiente, ha establecido que si la prueba no fue obtenida mediante acto violatorio no debe de ser excluida del proceso. Lo anterior hace mención a la jurisprudencia:

«Prueba ilícita. El hecho de que la declaración ministerial del inculgado o su reconocimiento por la víctima a través de la cámara de Gesell se declaren nulos por haberse obtenido sin la asistencia de su abogado no implica que las pruebas desahogadas en el proceso, independientes y sin ninguna conexión causal con aquellas diligencias, deban excluirse del análisis correspondiente, por considerar que derivan de la violación al principio de su exclusión.

Porque si dichas probanzas no mantienen una conexión causal con las pruebas decretadas como ilícitas, constituyen una fuente independiente de las declaraciones del imputado y de la diligencia donde la víctima lo reconoció a través de la cámara de Gesell sin la presencia de su defensor, esto es, no hay conexión entre la ilegalidad de estas y la prueba cuya obtención pretende relacionarse con esa falta —testimoniales de descargo o careos—, máxime si estos se desahogaron en ejercicio del derecho de defensa adecuada que le asiste al inculgado y observando las formalidades del debido proceso»⁷⁹.

Dando relevancia a la valoración de la prueba obtenida por fuente independiente, además enfatiza los derechos de defensa adecuada y de debido proceso, los cuales no se violaron. En concordancia, observemos la tesis aislada con número de registro 2007446:

⁷⁷ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Segura v. United States*, 468 U. S. 796, 1984, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>.

⁷⁸ Traducción libre del autor: «Por tanto, si la entrada inicial fue ilegal o no es irrelevante para la admisibilidad de las pruebas, y la exclusión de las pruebas no está justificada como derivada o como “fruto del árbol venenoso”».

⁷⁹ Jurisprudencia I.9o.P. J/16, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 20, t. II, julio de 2015, p. 1583, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009552>.

«El hecho de que la declaración ministerial del inculpado se haya considerado nula, al haberse obtenido sin la asistencia de su abogado, no implica que las pruebas de descargo que ofrezca su defensa deben excluirse del análisis correspondiente, por considerarse que derivan de la violación al derecho mencionado; ello, porque dichas probanzas, al no mantener conexión causal con la prueba decretada como ilícita, constituyen una fuente independiente de las declaraciones del imputado, esto es, no hay conexión entre la ilegalidad originaria —declaraciones del quejoso— y la prueba cuya obtención pretende relacionarse con esa falta —testimoniales de descargo—, pues dichos medios de prueba se desahogaron en ejercicio del derecho de defensa adecuada que le asiste al inculpado, y observando las formalidades del debido proceso»⁸⁰.

En relación con las pruebas de declaración por parte del acusado y la testimonial de descargo, las primeras son nulas porque se obtuvieron sin la asistencia de su abogado, mientras que las segundas no deben de ser excluidas para su valoración porque se produjeron conforme a Derecho; por tanto, sin existir conexión causal la fuente debe de ser valorada bajo la teoría de la fuente independiente.

XI. TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE EN MÉXICO

La teoría de descubrimiento inevitable, como ya se hizo mención o se puede aludir a ello, en España se le conoce como hallazgo inevitable y en Estados Unidos de América como *inevitable discovery exception*.

Desde la particularidad de esta teoría de descubrimiento inevitable versa sobre la excepción de la regla de exclusión probatoria, en cuanto a la admisión de una prueba dentro del proceso, aun cuando su obtención deriva de otra prueba obtenida ilícitamente. Como menciona Teresa Armenta: «El efecto excluyente se obvia para aquellas pruebas que, en caso de no haberse cometido la primera ilicitud, habrían sido en todo caso encontradas con arreglo al propio curso de las investigaciones»⁸¹. Sin embargo, la particularidad es «siempre y cuando el hecho se perciba

⁸⁰ Tesis aislada I.9o.P.63 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 10, t. III, septiembre de 2014, p. 2529, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007446>.

⁸¹ T. DEU ARMENTA, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 122.

de forma inevitable», es decir, si la prueba ilícita y la prueba derivada se hubiese producido sin la existencia de la primera, comprobando fehacientemente que la fiscalía hubiese obtenido dicha prueba inevitablemente por medios legales.

La diferencia entre la teoría de la fuente independiente y la teoría del descubrimiento inevitable es que la primera proviene de una fuente independiente lícita en comparación a la prueba ilícita, mientras que en la segunda la prueba deriva de una prueba ilícita. Sin embargo, se argumenta que, aun si no fuese obtenida por esa vía ilícita, de igual manera su descubrimiento sería inevitable.

Como mención a la teoría de descubrimiento inevitable nos referimos al caso *Nix v. Williams*⁸² de 1984 de Estados Unidos, que nos remonta a Deis Moines en donde el hecho delictivo es el asesinato de Pamela Powers de diez años, por lo que el acusado fue arrestado en Davenport y posteriormente trasladado por los policías a Deis Moines, pero en el transcurso del mismo el acusado en una conversación con un policía le confiesa el lugar donde se encontraba el cuerpo de la menor escondida; sin embargo, estas declaraciones van en contra de la sexta enmienda, ya que fueron obtenidas ilegalmente.

La Corte Suprema de Iowa asienta que las declaraciones no formarán parte del juicio, pues atentan contra la sexta enmienda y por ello las pruebas derivadas del cuerpo y la autopsia. Sin embargo, concluye que el descubrimiento inevitable de la menor era un hecho admisible, pues se encontraba un grupo de búsqueda de alrededor de 200 personas en el área donde se encontraba el cuerpo, por ello «podría ser admisible en la teoría de que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso, incluso si Williams no hubiera obtenido declaraciones incriminatorias»⁸³.

Sin embargo, es muy similar a la teoría de la fuente independiente en cuanto a la obtención de la declaración ilícita por parte de Williams, pero cuenta con una particularidad y es el descubrimiento inevitable, ya que dicha prueba podría haber sido obtenida de manera legal, como lo asienta: «Por tanto, si bien la excepción de fuente independiente no justificaría la admisión de pruebas en este caso, su justificación es totalmente consisten-

⁸² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Nix v. Williams*, 467 U. S. 431, 1984, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>.

⁸³ Traducción libre del autor a partir del texto original: «*Might well be admissible on the theory that the body would have been discovered in any event, even had incriminating statements not been elicited from Williams*».

te y justifica nuestra adopción de la excepción de descubrimiento definitiva o inevitable a la regla de exclusión»⁸⁴.

Pero dicha teoría recibe una fuerte crítica en la cual se pondera el derecho a la presunción de inocencia, puesto que se habla en un acontecimiento que pudo pasar, pero no pasó en el momento, como lo menciona Miranda Estrampes: «Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad»⁸⁵.

Dentro de la teoría del descubrimiento inevitable se encuentra la de la irregularidad saneada y la de la buena fe del transgresor. La primera de ellas impide la exclusión de la prueba por la existencia de un nexo causal demasiado debilitado y permite dejar de extender su ineficacia, en cuanto a la buena fe del transgresor, se basa en la creencia fundada y razonada de que el acto ilícito se estaba realizando de manera lícita⁸⁶.

El problema se encuentra en fundamentar y razonar el descubrimiento inevitable ante la agresión a un derecho o libertad fundamental, misma crítica que la señalada por Miranda Estrampes, pues «se requiere que el Gobierno acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original»⁸⁷.

Por otra parte, la tesis denominada «prueba lícita, límites de exclusión», dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, menciona la teoría del descubrimiento inevitable; sin embargo, se desarrolla en la tesis I.1o.P.50 P (10a.) en donde versa:

«Cuando existen probanzas que se desahogaron después de la detención, como las declaraciones ministeriales de testigos de cargo, estas no necesariamente deben declararse ilícitas y excluirse si se actualiza el supuesto de la teoría del descubrimiento inevitable porque inevitablemente esas declaraciones surgirían a la vida procesal o se hubiesen allegado a

⁸⁴ Traducción libre del autor a partir del texto original: «*Thus, while the independent source exception would not justify admission of evidence in this case, its rationale is wholly consistent with, and justifies, our adoption of the ultimate or inevitable discovery exception to the exclusionary rule.*»

⁸⁵ M. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita...*, op. cit., p. 146.

⁸⁶ T. DEU ARMENTA, *La prueba ilícita...*, op. cit., p. 123.

⁸⁷ M. MIRANDA ESTRAMPES, «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», *Jueces de la Democracia*, núm. 47, 2003, p. 58, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798>.

la causa penal por el curso de las investigaciones, hipótesis que se presenta cuando con anterioridad existía una denuncia de hechos, en la cual el denunciante hizo referencia a esos testigos, por lo que sus declaraciones ineludiblemente se hubiesen descubierto, aun cuando no se hubiera detenido al sujeto activo del delito; por tanto, por el transcurso de la averiguación, iniciada por la denuncia, inevitablemente hubiera llevado al llamamiento de esos atestes a la indagatoria penal»⁸⁸.

De la misma manera hace mención a que la hipótesis «se erige propiamente en una modalidad de la diversa de fuente independiente, en tanto que debe demostrarse que existían otras líneas de investigación abiertas, distintas de la que generó la obtención ilícita de la evidencia, que hubieran conducido al mismo resultado probatorio de forma inevitable»⁸⁹.

XII. CONCLUSIONES

El tema en relación es un notorio equilibrio entre el interés preponderante del Estado, la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos fundamentales. Siendo el derecho probatorio esencial en la materia procesal, en donde la actividad probatoria cuenta con limitaciones, pues no todo vale para la obtención de la verdad; por otra parte, la calidad de los medios de prueba debe de ser de óptimo nivel, pues está en juego la fiabilidad probatoria; además, la igualdad de oportunidades entre las partes para ofrecer pruebas es indispensable.

En esta misma sintonía, la dignidad humana, la intimidad y el debido proceso son derechos fundamentales protegidos por ambos ordenamientos jurídicos, incluso desde las familias jurídicas del Derecho romano germánico y el anglosajón.

Por ello, la prueba ilícita es una transgresión hacia los derechos fundamentales en cualquiera de sus dimensiones (producida, obtenida o incorporada al proceso), ya sea de manera directa o derivada. La misma que surtirá efecto en el proceso, ya sea su prohibición de la admisión procesal o su no valoración procesal, es decir, llevará a una inutilidad procesal al prohibir

⁸⁸ Tesis I.1o.P50 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 45, t. IV, agosto de 2017, p. 3031, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015004>.

⁸⁹ Tesis (II Región) 1o.6 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 70, t. III, septiembre de 2019, p. 2006, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020672>.

su admisión y su valoración procesal. Incluso si la prueba ilícita fuese incorporada al proceso superando el filtro de admisibilidad por error o descuido judicial no asegura su valoración.

Los efectos que conlleva la exclusión de la prueba ilícita es la inadmisión procesal, en donde se señala que el tema de la ilicitud probatoria normalmente ocurre en la fase de investigación; sin embargo, por error judicial pudiese ser admitida en el proceso y así llegar a juicio oral. En dicha fase de juicio oral se prevé la no valoración procesal de la misma, protegiendo los derechos fundamentales.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico norteamericano juega un papel fundamental, pues fue el precursor del origen de la prueba ilícita y sus exclusiones procesales, las mismas que fueron adoptadas por España y México. Por una parte, en España no se encuentra implícita en la Constitución, más bien es de carácter interpretativo, de la misma manera que sus sentencias judiciales: ya sea del tribunal constitucional o del tribunal supremo. Por otra parte, en México se encuentra implícitamente en la Constitución y, además, tiene el rango de derecho fundamental y cuenta con la inviolabilidad procesal.

Cabe destacar que en ambos ordenamientos jurídicos la prueba ilícita fue evolucionando, en un primer momento, de las reglas de exclusión probatoria y, un poco más tarde, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria. A nuestro criterio, el ordenamiento español se encuentra más avanzado en dichos supuestos, pues crea herramientas a seguir por parte de los operadores judiciales para que no sea a criterio propio. Así lo señala en el STS 228/2017 de 3 de abril⁹⁰.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico español se implantaron las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas con la STC 114/1984, que pasado un tiempo se tornó a criterio absoluto, y tras dos décadas de sentencias y análisis progresó adhiriendo los límites probatorios y la creación con el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Sentencia 81/1998. Además de ello, España generó la doctrina de la conexión de antijuricidad dotando a los operadores jurídicos de herramientas para reconocer si exis-

⁹⁰ En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuricidad y validar, por tanto, las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario y alguna otra (SSTS 320/2011, de 22 de abril; 811/2012, de 30 de octubre; 69/2013, de 31 de enero; 912/2013, de 4 de diciembre; 963/2013, de 18 de diciembre; 73/2014, de 12 de marzo, y 511/2015, de 17 de julio, entre otras).

te conexión entre la prueba ilícita y la derivada de la misma se encuentra afectada por la ilicitud y, por el contrario, de no existir conexión podría valorarse al no estar contaminada por la ilicitud. Por otra parte, en México, la regla de exclusión tiene carácter constitucional en su art. 20 con la reforma en materia de justicia de 2008 (destacando que en materia administrativa fue el primer antecedente), por ello la escasez de jurisprudencia y de criterios de operatividad aún es escasa e insuficiente, como es el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual es ineficiente para una adecuada funcionalidad de la regla constitucional de exclusión, y obviar los criterios es el primer paso que lleva al fracaso a los órganos jurisdiccionales al no prever un debido proceso como tal por falta de desarrollo jurisprudencial adecuado.

Por otra parte, España cuenta con diferentes reglas de exclusión en el caso de la regla de exclusión correspondiente a la excepción de la buena fe, y esta no está contemplada como tal en México; sin embargo, se menciona bajo el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia en la jurisprudencia, siendo tres conceptos totalmente diferentes, con objetos y fines distintos. Se puede aludir, con base en los criterios evolutivos, que México podría adoptarlo de una manera más acertada, como también la conexión antijuricidad.

Por otra parte, el desarrollo norteamericano hacia la regla de exclusión generó la teoría del fruto del árbol envenenado, la cual básicamente se basa en que la prueba derivada de una prueba ilícita se mancha o se infecta de la ilicitud de la primera y, por ende, debe de ser excluida del proceso. Sin embargo, a manera de la evolución de Estados Unidos, en México y España dicha hipótesis genera las excepciones, como son: vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable, hablando de las pruebas derivadas abordadas en este trabajo.

En definitiva, según el análisis realizado se puede concluir que la regla de exclusión no es absoluta, pues cada vez cuenta con mayores excepciones en busca de la verdad material y, como señala Taruffo, «tiene sentido hablar de verdad en el contexto del proceso: tiene sentido hablar de ella, en cuanto un proceso sin verdad no haría justicia, sino solo injusticias. Bajo este perfil bien se puede decir que la verdad no es importante: es inevitable»⁹¹. Pero habría que preguntarse a qué costa está dispues-

⁹¹ M. TARUFFO, «La verdad en el proceso», *Revista Asociación Civil Derecho y Sociedad*, núm. 40 (2013), p. 243, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804/13361>.

to el ordenamiento jurídico, si sería al «todo vale», por así decirlo, en su carácter sancionador estatal de perseguir el delito y castigar al delincuente. Lejos de estas hipótesis donde se busca sancionar a toda costa, las reglas de exclusión y sus excepciones buscan un proceso libre e igualitario entre las partes, aunque dudoso en su operatividad. Pues se alude que el fin no justifica los medios; además, de nada sirven los medios de prueba si se obtienen violentando derechos fundamentales, pues en los juicios importa el fondo y la forma. Se añade, además, que gracias a los criterios jurisprudenciales y su evolución de la regla de exclusión y sus excepciones, aseguran el fin del proceso adecuado a la búsqueda de la verdad de un proceso justo.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

Resoluciones judiciales mexicanas

- Jurisprudencia 1a./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057.
- Jurisprudencia I.9o.P. J/12, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 3, t. III, febrero de 2014, p. 2065.
- Jurisprudencia I.9o.P. J/16, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 20, t. II, julio de 2015, p. 1583.
- Jurisprudencia 1a./J. 140/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2058.
- Jurisprudencia 252103/79, *Seminario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, vol. 121-126, sexta parte, p. 280.
- Tesis (II Región) 1o.6 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 70, t. III, septiembre de 2019, p. 2006.
- Tesis aislada (II Región) 1o.5 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 70, t. III, septiembre de 2019, p. 2007.
- Tesis aislada 1a. CCCXXVI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 993.
- Tesis aislada 1a. CLXII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 226.
- Tesis aislada I.9o.P.63 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 10, t. III, septiembre de 2014, p. 2529.
- Tesis aislada I.9o.P.40 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, libro XXVI, t. 2, noviembre de 2013, p. 1411.
- Tesis I.1o.P.50 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, libro 45, t. IV, agosto de 2017, p. 3031.

Resoluciones jurisdiccionales españolas (TC)

Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.
Sentencia 116/2017, de 23 de febrero.
Sentencia 161/1999, de 27 de septiembre.
Sentencia 171/1999, de 27 de septiembre.
Sentencia 228/2017, de 3 de abril.
Sentencia 238/1999, de 20 de diciembre.
Sentencia 239/1999, de 20 de diciembre.
Sentencia 298/2013, de 13 de marzo.
Sentencia 49/1996, de 26 de marzo.
Sentencia 54/1996, de 26 de marzo.
Sentencia 55/1982, de 26 de julio.
Sentencia 81/1998, de 2 de abril.
Sentencia 85/1994, de 14 de marzo.
Sentencia 97/2019, de 16 de julio.
Sentencia 974/1997, de 4 de julio.

Resoluciones judiciales norteamericanas

Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Clayborne Bynum v. Estados Unidos de América*, 274 F.2d 767, 1960, disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/274/767/361270/>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Nardone v. United States*, vol. 308, U. S. 338, 1939, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/#tab-opinion-1936473>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Nix v. Williams*, 467 U. S. 431, 1984, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Segura v. United States*, 468 U. S. 796, 1984, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, vol. 251, U. S. 385, 1920, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *United States v. Crews*, vol. 445 U. S. 463, 1980, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/463/>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Janis v. United States*, 428 U. S. 433, 1976, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/433/>.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471, 1963, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>.

Bibliohemerografía

- ANAYA RÍOS, M. Á., y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, P. I., *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el sistema penal acusatorio*, México, Flores, 2017.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario la ley*, núm. 9499 (2019).
- COSTA TORNÉ, M.^a C., «La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11 (2012), p. 145, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11128/10656>.
- DEU ARMENTA, T., *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2011.
- DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍNEZ MORALES, R., «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la Democracia*, núm. 43 (2002), p. 42.
- GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna*, B. Ruiz de la Concha (trad.), México, Siglo XXI, 1999.
- GUARIGLIA, F., «Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal», *Jueces para la Democracia*, vol. 25 (1996), p. 76.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación», *Jueces para la Democracia*, núm. 47 (2003), p. 58.
- *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2004.
- «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, vol. 22 (2010), pp. 131-132, disponible en <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>.
- MOSQUERA BLANCO, A. J., «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani. Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 2 (2022), disponible en <https://indret.com/la-prueba-ilicita-tras-la-sentencia-falciani-comentario-a-la-sts-116-2017-de-23-de-febrero/>.
- ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, 25.^a ed., G. Córdoba y D. Pastor (trads.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SAN MATEO, Nuevo testamento, capítulo 7, versículos 17-20.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, J. Ferrer Beltran (trad.), 2.^a ed., Madrid, Trotta, 2005.
- «La verdad en el proceso», *Revista Asociación Civil Derecho y Sociedad*, núm. 40 (2013), p. 243, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804/13361>.
- VELASCO NÚÑEZ, E., «Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)», *Revista General del Derecho*, núm. 624 (1996), p. 10173.