

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA BAJO
LAS REGLAS DEL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO

T E S I N A

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

BENJAMÍN URIEL SALINAS MORALES

DIRECTOR DE LA TESINA:
DOCTOR SERGIO LÓPEZ AYLLÓN

MÉXICO, D.F.

MAYO 2012

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, *Carmen y Benjamín*:

Su amor incansable.

A mis hermanos, *Enrique y Marcos*:

Su compañía de toda la vida.

A *Javier Angulo y José Antonio Caballero*:

Su amistad y enseñanzas.

A *Sergio López Ayllón*:

Su confianza.

A *Yuly Andrea*:

Su cariño.

A *DIOS*:

La vida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. De la verdad procesal, el principio de legalidad y el respeto al procedimiento	11
I.I Sobre el principio de legalidad.....	18
I.II Sobre la seguridad jurídica	21
I.III Precisiones previas.....	25
I.III.I Discusión sobre la nomenclatura del tema	25
I.III.II Diferenciación entre medios de prueba y prueba.....	27
I.III.III Régimen constitucional vigente	28
CAPÍTULO II. Naturaleza de las prohibiciones de valoración probatoria	30
II.I Contexto histórico de las prohibiciones de valoración probatoria	30
II.II Fundamentos y supuestos de aplicabilidad de las prohibiciones de valoración probatoria ...	40
II.II.I Primer supuesto: la violación a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.....	40
II.II.II Segundo supuesto: la violación a los preceptos legales	44
CAPÍTULO III. El sistema penal acusatorio y las prohibiciones de valoración probatoria	53
III.I La reforma constitucional de 2008.....	53
III.II Los derechos fundamentales antes y después de la reforma	56
III.III La legalidad ordinaria antes y después de la reforma	67
III.IV Aceptación expresa de las prohibiciones y las consecuencias de nulidad en los nuevos códigos penales	76
Capítulo IV. Alcances y retos de la tesis planteada	80
IV.I Sobre los alcances	80
<i>PRIMERO. La inadmisibilidad de las figuras de saneamiento y reposición de procedimiento</i>	80
<i>SEGUNDO. La inadmisibilidad excepciones propiamente dichas a las prohibiciones de valoración probatoria</i>	88
IV.II Sobre los retos	95
BIBLIOGRAFÍA	98

INTRODUCCIÓN

En *Evidence Law Adrift*, Mirjam Damaska¹ relata un asunto criminal del siglo XVI: una persona fue acusada por delito grave, pero terminó absuelta gracias a que el abogado defensor argumentó que tanto en la detención como en la toma de la declaración se dañó la integridad física y emocional de aquella. La defensa circunscribió su argumento a que, de acuerdo con el derecho natural, la violencia sobre un individuo vicia el procedimiento por ofender tanto a los derechos fundamentales del individuo como a la esencia misma del derecho.

Pues bien, aquél asunto del siglo XVI llevado por la *concilia* de Prospero Ferinacci, según Damaska, sería el primero de muchos en la historia un derecho probatorio que hasta el día de hoy sigue en construcción dentro de la mayoría los sistemas jurídicos tanto continentales como de *common law*. Sin embargo, la simpleza con la que podríamos observar este asunto de finales del Renacimiento hoy se ha convertido en un tema de primer orden tanto en Europa como en América, no sólo porque sus aristas devienen más complejas, sino porque además involucra constantes confrontaciones entre legalidad y política criminal, así como entre aplicación estricta de la ley *versus* el peso de la opinión pública.

Las preguntas obligadas, entonces, resultan ser: ¿Bajo qué supuestos un medio probatorio no puede tener valor dentro de proceso penal? ¿Qué lógica subyace para no utilizar ciertos medios de prueba en contra de un imputado? ¿Cuál es la naturaleza de tales reglas o prohibiciones? ¿Cuál debe ser la posición de los juzgadores frente a ellas? Y, muy

¹ Damaska, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London, 1997.

especialmente, la pregunta que este trabajo intenta resolver es ¿El inicio del nuevo sistema penal acusatorio modifica tales reglas tendientes a excluir una prueba del proceso?

Como se observa, el tema del presente trabajo de investigación consiste en las prohibiciones de valoración probatoria, mismas que pueden definirse como aquellas reglas procesales bajo las cuales un medio probatorio no puede ser usado para condenar a alguien o, incluso, para dictarle auto de formal prisión².

Se afirma que, para un estudio integral de la materia, es necesario responder puntualmente a cada uno de los cuestionamientos anteriores, situaciones de las cuales el presente texto sí se hará cargo hasta, finalmente, brindar una respuesta a la interrogante central.

La hipótesis que planteo para la presente investigación consiste en que el sistema adversarial no modifica ni altera los supuestos bajo los cuales una prueba no debe valorarse dentro del proceso penal mexicano, sino que, antes bien, las figuras procesales que protegen tal misión resultaron intactas frente a la reforma.

Los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, así como de la doctrina mexicana, son relativamente recientes, por lo cual se tiene que recurrir a lo que han dicho diversos sistemas jurídicos con experiencia más desarrollada en la materia. Ello exige un análisis minucioso que nos permita observar tanto los impactos como los alcances de excluir un medio probatorio en los procesos penales, pero, sobre todo, vislumbrar de qué manera pueden ser aplicables los conocimientos de otras naciones a nuestro derecho. El presente tema se hace más atractivo aún cuando tenemos frente a nosotros un periodo de transición

² El cual, dentro del nuevo sistema acusatorio, recibe el nombre de auto de vinculación a proceso.

en nuestro país para la implementación de un nuevo sistema que pretende ser garantista, de protección al imputado y de beneficios hacia él por razón de su condición jurídica.

Los objetivos de la investigación serán: a) Entender la naturaleza de las prohibiciones de valoración probatoria, b) Reconocer de cuántos tipos o maneras éstas pueden manifestarse en el sistema jurídico mexicano, c) Saber qué injerencia tiene sobre ellas la reforma constitucional penal, así como la reforma consecuente de los ordenamientos secundarios alrededor del país, d) Plantear una forma de cómo dirimir los conflictos entre “legalidad” y “política criminal” o entre “legalidad” y “opinión pública”, e) Definir el rumbo que debe tomar la jurisprudencia mexicana en la materia, y e) Proponer reformas legislativas que privilegien el respeto a las garantías del imputado dentro del nuevo proceso a partir de las prohibiciones de valoración.

La metodología que se usará en la presente investigación consiste en un estudio de la dogmática en distintos sistemas jurídicos respecto del tema, seguido de un análisis estrictamente normativo, el cual tendrá por base el texto constitucional de la reforma y el anterior a ella, así como los códigos penales procesales vigentes y los ya reformados en algunas entidades. Se privilegiará, de igual forma, el uso de precedentes jurisprudenciales mexicanos como de distintos países, en especial de aquéllos con una tradición de derecho civil continental, pero sin omitir, por supuesto, las consideraciones que al respecto se han realizado por el *common law* estadounidense, en razón de que este sistema jurídico es uno de los más antiguos en el desarrollo de las prohibiciones de valoración.

La investigación está estructurada de la siguiente manera. El capítulo I fijará cuál es el contexto o las condiciones necesarias sobre las cuales un sistema jurídico puede hablar

de prohibiciones de valoración probatoria. Ellas son el respeto a la idea y razón de ser de los “procedimientos” judiciales, el principio de legalidad, la asunción del concepto de “verdad procesal” y la búsqueda de seguridad jurídica. Asimismo, se posicionará en torno a debates importantes en la materia penal, como ¿Cuál es el fin del derecho penal? ¿En qué se diferencia la verdad legal de la verdad material? ¿Cuál es el papel de la Constitución en ambas discusiones?

El capítulo II definirá qué se entiende por prohibiciones de valoración probatoria y cuáles son los supuestos en que éstas son aplicables. Ello se realizará usando como herramienta las tendencias que han seguido otros sistemas jurídicos como el Alemán, el Español, el Italiano, el Argentino, el Colombiano y muchos otros tanto Europeos como Latinoamericanos. Después de cruzar este andamiaje internacional, se analizará su posibilidad de aplicación para nuestro sistema y la congruencia que ello guarda con la escasa historia que nuestros tribunales han construido sobre el derecho penal probatorio.

El capítulo III da respuesta a la pregunta de investigación planteada y observa cuál es la influencia de lo demostrado hacia todo el sistema jurídico mexicano. Demuestra cómo aquéllos supuestos en los que son aplicables las prohibiciones no se modifican ni se alteran con la llegada de la reforma constitucional y legal de 2008, pero al mismo tiempo se hace cargo de un estudio integral de las mismas en nuestro sistema.

Por último, el capítulo IV reacciona, bajo el entendido de la naturaleza de las prohibiciones y la presencia de los principios insertos en el nuevo sistema, en cuanto a qué reformas legislativas secundarias son necesarias para privilegiar un sistema garantista respetuoso de las reglas procesales, esto como consecuencia necesaria de una correcta

aplicación de las vigentes prohibiciones de valoración probatoria. Así también, se observarán los retos futuros que el derecho probatorio mexicano tiene frente a sí.

En el contenido de este texto se planteará cómo el respeto a las prohibiciones de valoración probatoria significa no sólo una observancia exacta de la ley por parte de los actores en el trinomio procesal penal (Ministerio Público, imputado y juez), sino también de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, de tal manera que, si los jueces respetan a cabalidad la exclusión de prueba, estarán respetando consecuentemente toda la serie de principios insertos en el texto magno: defensa adecuada, presunción de inocencia, formalidades esenciales del procedimiento, correcta tutela jurisdiccional, entre otros.

Pero incluso, si se comprueba la hipótesis de que la reforma no introdujo cambios a las prohibiciones de valoración probatoria hasta ahora vigentes, eso significaría que tanto el sistema adversarial como el anterior a éste son ambos respetuosos de las garantías del imputado y en las mismas medidas. En realidad, entonces, la única aportación real de la reforma podría ser la división del órgano que acusa y el que decide, pero de ello no necesariamente se tendrá por consecuencia un cambio jurídico sustancial a favor de los derechos individuales que el Estado debe proteger, cambio que puede conseguirse, antes bien, con un respeto estricto de las prohibiciones de valoración, independientemente del tipo de sistema que se trate (que puede ser inquisitorio, mixto o acusatorio).

Como en lo subsecuente se verá, la separación que se da entre el órgano que acusa y el que decide en Junio de 2008 no trae consigo cambios en la materia probatoria, porque la lógica de esta última, antes bien, deviene de que materializa un conjunto de elementos

(como protección de derechos fundamentales y de requisitos formales legales) que por sí mismos ya son suficientes para garantizar la presencia de un sistema garantista y de beneficio al imputado en tanto se respeten.

Una de las conclusiones que se observarán en el presente texto consistirá en que la aplicación de las prohibiciones por cualquiera sistema jurídico resulta ser una vía adecuada para conseguir sistemas respetuosos de los derechos fundamentales, más allá de crear reformas que contemplen cambios en completos en los sistemas, sean estos inquisitivos, mixtos o adversariales.

El lector disculpará que este trabajo no indague más allá en temas como las excepciones a las prohibiciones de valoración probatoria, las políticas criminales que privilegian la verdad material sobre la verdad legal alrededor del mundo y el debate en torno a qué tipo de nulidad acarrearán las reglas procesales. Sobre ellos, desde este momento digo que el primero sí será criticado fuertemente, aunque no lo suficiente; el segundo sólo será enunciado tangencialmente y, finalmente, el tercero se pasará por alto en razón de que la mayoría de los sistemas no lo discuten, ya que siempre se ha entendido en razón de una nulidad absoluta (exclusión total de evidencia) y no de relativa (exclusión parcial).

El presente texto tampoco se hará cargo de otros cambios introducidos por la reforma que no se refieran al ámbito del derecho probatorio. Los temas del tipo penal constitucional de delincuencia organizada, la reducción de garantías en tal delito, la figura del arraigo y el establecimiento de un régimen diferenciado, entre otros, no serán materia de estudio.

Asimismo, se debe tener presente de que en el transcurso de la investigación serán enunciadas tanto diversas legislaciones como diversas sentencias penales de algunos regímenes jurídicos alrededor del mundo, mismas que fueron estudiadas a detalle para llegar a conclusiones; sin embargo, todas ellas no siempre serán abordadas con detalle. Lo mismo se debe tener presente de la doctrina, que en Europa y Latinoamérica es abundante, pero en la cual este trabajo no puede detenerse para aportar más información al respecto.

Finalmente, reitero mis disculpas al lector si en algún momento se marcaren preferencias hacia juristas europeos. Ello lo hice, no obstante, porque sus obras me parecen concluyentes en el tema y una crítica en su contra requeriría de una complicada elaboración teórica y empírica. Además, la doctrina europea es en buena parte derecho continental.

CAPÍTULO I. De la verdad procesal, el principio de legalidad y el respeto al procedimiento

“El palacio de justicia de Roma, en los días del proceso de Muto, estaba más concurrido acaso que el estadio el día del partido entre el Lacio y el Roma”. Con esta pequeña frase inicia Francesco Carnelutti su no poco conocida obra que lleva por nombre *Cómo se hace un proceso*. Líneas adelante, este autor se pregunta (refiriéndose a aquel proceso penal seguido en contra del joven Mutuo): “¿Por qué tanta curiosidad? ¿Queréis que respondamos crudamente? Pues, porque la gente está ávida de divertirse”.³

La generación de juristas posteriores a Carnelutti aparecería casi al tiempo de su muerte con un representante europeo, H.L.A Hart, quien haría un razonamiento casi similar al realizado por Carnelutti⁴. Mientras éste último compara el derecho con el arte circense del combate entre el Lacio y el Roma, en *The Concept of Law*, Herbert Hart defiende la semejanza entre un proceso judicial y un partido de fútbol.

Ambos autores, quiero decir, coinciden en una analogía que, con el paso del tiempo, parece ser constante: los procesos judiciales entendidos bajo la lógica de “un juego”. La cuestión importante aquí es ¿qué le hace a un juego ser juego? Hart es concreto en ello: jugadores, árbitro, cancha y... ¡reglas!⁵

Pensemos no en uno, sino en los múltiples fines que puede tener un juego (de fútbol, por ejemplo). Algunos dirán que el primero y único es ganar (quien anote más goles); no

³ Ambas citas de este párrafo se encuentran en: Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Colofón, 7ª edición, México, 2004, pp. 9.

⁴ El mismo Carnelutti no se considera en su obra como el primero que piensa en los juicios como un juego, antes bien refiere que hubieron muchos filósofos que así lo pensaron antes. Él señala como su antecesor directo a Piero Calamandrei.

⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, 315 páginas.

obstante, no pienso cerrarme a la idea de que pudieran existir otras metas u objetivos. El derecho presenta un fenómeno parecido: es un juego en el cual no todo se reduce a ganar una controversia o solucionar conflicto. En palabras de Rolando Tamayo y Salmorán,⁶ por ejemplo, ese derecho puede ser visto desde distintos puntos y variará nuestra perspectiva (o, incluso, “el actuar” dentro de él) dependiendo del lugar en que nos situemos para observar (o para actuar).

Ahora bien, una vez planteado lo anterior, es necesario decir que, en lo que al derecho penal se refiere, la dogmática, la historia y la evolución en el pensamiento jurídico sí influyeron en el legislador para que éste tomara la iniciativa de plasmar en la ley el fin o los fines que debe perseguir esta rama del derecho. Siglos atrás, en la edad media, se observó que dichos fines atendían a la máxima “ojo por ojo y diente por diente” o, mejor correctamente explicado por Cesare Beccaria, la ideología se resumía en “castigar a los enemigos del Estado”.⁷ Contrario a esto, la evolución del pensamiento jurídico ha erradicado dicha filosofía y hoy ya no o, al menos ya no se debería, pensar de la misma manera.⁸

Reflexionando en lo poco convencional que resultaba la idea de “castigo”, a través de los años, los poderes legislativos alrededor del mundo han insertado en sus códigos cuáles deben ser los fines de la ley penal. Ello, puedo pensar, para: 1) marcar los lineamientos bajo los cuáles debe seguirse la política criminal y 2) orientar la actuación de todos los agentes operadores del sistema.

⁶ Entre sus obras más importantes está: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2ª edición, Themis, México, 1998.

⁷ Beccaria, Cesare, *On crimes and punishments, and other writings*, Cambridge University Press, Nueva York, 1995, 177 páginas.

⁸ No debo pasar por alto que hay regímenes que aún conservan la idea del derecho penal como medio de castigo, pero al menos ésta ya se ha erradicado de las llamadas “democracias modernas”.

No es mi intención detenerme a profundidad en el análisis de los fines y las razones del derecho penal. Se han escrito grandes páginas al respecto por la escuela de Turín, la escuela alemana del finalismo e, incluso, la del funcionalismo. A bien, lo que puedo distinguir es que tanto en la ley como en la doctrina se tienen puntos comunes al respecto de los fines del derecho punitivo. Algunos de ellos son: a) “la verdad procesal”, b) “el conocimiento de los hechos”, c) “la armonía social” y e) “la justicia”.

Me quedaré con los dos primeros incisos, pero no aisladamente, sino que los fusionaré a partir de una máxima jurídica creada por uno de los clásicos del derecho penal alemán, cuyas obras aún son obligatorias en cualquiera escuela de derecho en aquel país, Karl Joseph Anton Mittermaier, que aunque en la cita él se refiere a las sentencias penales, la lectura cabal de su *Tratado de la Prueba en materia Criminal* obliga a aceptar que válidamente su pensamiento aplica para poder determinar el objeto o fin⁹ del derecho penal. Éste consiste, según Mittermaier, en obtener “*la verdad (procesal) de los hechos de la acusación*”¹⁰.

Una vez que se observa detenidamente esta frase de Mittermaier, considero innecesaria, en buena medida, la discusión que en torno a este punto de la “materia” o el “objeto” del derecho penal ha sostenido la doctrina española. Mientras que Gimeno, Asencio y Ortells suelen afirmar que el objeto principal del proceso penal lo constituyen

⁹ Para efectos prácticos, usaré en adelante como sinónimos las palabras “fin” y “objeto”.

¹⁰ Anton Mittermaier, Karl Joseph, “De la prueba en materia criminal en general y de su diversa organización, según que la sentencia pertenezca a jueces propiamente dichos (jueces de derecho) o jurados” en *Tratado de la prueba en materia criminal*, Trad. Primitivo González del Alba, Parte primera, Fabián J. Di Plácido Editorial, Argentina, 1999, pp. 26.

“la(s) pretensión(es) punitivas deducidas en el mismo”¹¹, cuestión que debe ser establecida en las conclusiones que formule la fiscalía en un proceso penal que se siga en contra de un individuo, otro sector impulsado por De la Oliva y Gómez Orbaneja sostiene que el objeto del derecho penal se debe cifrar en “los hechos delictivos”.¹²

Desde un personal punto de vista, sostengo que el objeto del derecho penal se establece en la conjunción necesaria de ambas posturas enunciadas de la doctrina española, formulándose con ello una máxima en la cual el objeto del derecho penal consiste en: “*los hechos delictivos delimitados por la pretensión punitiva*”, pero que, completada con la filosofía de Mittermaier, esta última oración en cursivas y entrecomillada vendría antecedida por una frase más: **la verdad procesal** (*precisamente de esos hechos delictivos que fueron delimitados por la pretensión punitiva*).

A continuación, pasaré a un análisis minucioso de esta pequeña frase de Mittermaier, porque, al comprenderla, se entenderá de una mejor manera cuál es la aproximación y el contexto en el que debemos de situar el tema de este trabajo de investigación.

La máxima de este jurista alemán tiene dos elementos que la integran: 1) verdad procesal y 2) hechos de acusación. Nadie puede negar que el establecimiento del *thema dicendi* en un proceso penal se obtiene a partir de los “hechos” desplegados en el mundo fáctico. Pero, ¿de cuáles hechos? ¿De todos o sólo de algunos? Pues bien, para el derecho

¹¹ Entendiendo, a manera de dichos autores, la pretensión como “declaración de voluntad dirigida contra el acusado en la que se solicita al Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquél de un hecho punible”.

¹² Esta discusión de la doctrina española y la referencia a dichos autores y sus posturas puede observarse a detalle en: Coquillat Vicente, Ángela, et. Al., *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Volumen I, Víctor Moreno Catena (Director), Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 576-608.

penal, se trata sólo de aquellos hechos relacionados o circunscritos por la pretensión punitiva, más no de todos los que pudieran relacionarse con el hecho delictivo.

No obstante, no basta sólo con saber que los únicos hechos que pueden incluirse para su estudio son los determinados por la pretensión punitiva. Sin considerar aún el principio de legalidad que en unos momentos será tratado, sí es necesario tener en mente que la legislación penal secundaria está creada precisamente para que los hechos sean estudiados de tal y cuál manera. Es decir, el conocimiento de los hechos está sujeto a *reglas* que no pueden transgredirse.

De esta suerte, si el derecho penal se basa en la identificación de “hechos” (como resultado de determinadas conductas), entonces con mucha más razón se tienen que estudiar esas reglas bajo las cuales dichos “hechos” deben conocerse, apreciarse, aceptarse y valorarse; dichas reglas tienen un nombre genérico: *pruebas*. Aquí es donde subyace, precisamente, el tema de esta tesis en torno a las prohibiciones de valoración probatoria. Su importancia es tal que determina, dentro de un juicio, qué pruebas se quedan y qué pruebas se excluyen o, mejor dicho, *qué hechos se tienen por ciertos y qué hechos no* (en lugar de decir qué hechos existen, o existieron, y cuáles no). La *prueba*¹³ es, entonces, un cúmulo de reglas que determinan cómo puede conocerse, demostrarse y hacerse válido un hecho.

Nace, entonces, un razonamiento más o menos así: a) el objeto o fin del derecho penal se concreta a “hechos que quedan delimitados por la pretensión punitiva”, b) los hechos sólo pueden determinarse a partir de reglas llamadas *pruebas*, c) como resultado directo, las pruebas determinan si una pretensión punitiva es fundada o no (qué hechos son

¹³ Al final de este capítulo se diferenciará estrictamente qué debemos entender por *prueba* y qué por *medios de prueba*. Por el momento, con la palabra “prueba” me refiero a ambas, ya que en conjunto sí constituyen reglas establecidas bajo las cuales todos los hechos pueden conocerse.

ciertos y cuáles no), y d) Las pruebas, finalmente, son la base del proceso penal. Un proceso sin pruebas es imposible jurídicamente porque carece de materia (*thema dicendi*).

Tan importante resulta ser la materia probatoria, que sin ella no es posible establecer la pretensión punitiva *per sé*, que llevada hasta sus últimas consecuencias, trae por resultado la imposición de una sanción en contra del procesado o, bien, su total libertad. Son las pruebas quienes determinan si los hechos aducidos en contra de un individuo son ciertos o no.

A este tenor, dentro de un proceso criminal, el tema de las reglas bajo las cuales un hecho puede o no conocerse y hacerse cierto resulta tan esencial como los referentes a las excluyentes de responsabilidad, taxatividad y punibilidad. La libertad de una persona, se afirma, puede ser bien defendida tanto desde una excluyente de responsabilidad como desde la correcta o incorrecta recolección de material probatorio. La *prueba*, luego, resulta ser un tema de primer orden para todo proceso.

A todo esto, ¿en dónde se ubica la importancia del tema de “la verdad procesal”? Ésta, afirmo, es inherente al respeto de las reglas que rigen cómo y bajo qué términos un hecho debe conocerse. “Verdad procesal” es la observancia correcta de las “reglas de prueba”, lo cual implica conocer los hechos a como la ley quiere que se conozcan.

Hasta hace algunos años, muchos tratadistas (y desde la edad media) afirmaban que la prueba sirve para demostrar la “verdad histórica de los hechos”.¹⁴ No es que dicha afirmación sea incorrecta, sino que, para no serlo, debe sujetarse a un conjunto de

¹⁴ Tal cuestión así es planteada por Amelung, Knut, en *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, Dunker & Humblot, Berlín, 1990.

elementos denominado: reglas procesales, cuestión que va más allá de una simple “verdad histórica”.

Sí es lógico que, dentro de un proceso, el juez busque entender cómo se realizaron los hechos. Cuántas veces no se homologa, por ejemplo, el proceso penal con la construcción de una historia... “y ganará la parte que consiga la mejor”. No obstante, todos ellos saben que la verdad de los hechos no se obtiene arbitrariamente, sino bajo la aplicación concreta de normas.

Un hecho puede conocerse sólo bajo determinadas reglas y no irregular o arbitrariamente. Es comprensible que el proceso penal busque y se interese por “la verdad de los hechos”, pero esa verdad se construye a como la ley quiere que se construya y no a deseo de los jueces ni de los ministerios públicos (o fiscales).

La idea que debemos tener de verdad procesal consiste, entonces, en que las reglas se privilegian sobre cualquier otra cosa. Los resultados dentro de un proceso penal sólo pueden ser los que la aplicación de tales reglas adjetivas nos arroje, sin anteponer otras ideas como impunidad, necesidad de castigo o establecimiento de políticas criminales.

El punto de partida de la ciencia jurídica es el establecimiento de reglas. Incluso, esto es más evidente aún en materias como la fiscal y penal, ya que en ellas no se habla de simple legalidad, sino de “estricta”. Por esa misma razón, la verdad de los hechos para vincular a alguien a proceso o para condenarlo no puede ser una verdad votada por mayorías (opinión pública, por ejemplo), ni por un consejo de ancianos ni la establecida por una política de persecución de crímenes graves. Es una verdad a como la ley determina que lo sea.

La única versión admisible de los hechos (o la verdadera desde el lenguaje de la lógica) es la que se ajusta con las reglas que rigen el procedimiento, versión que se hará cierta una vez que el juzgador así lo determine en sentencia sin dejar espacios abiertos a la duda e irracionalidad.

Este panorama plateado al respecto del fin perseguido por el derecho penal que aquí lo he nombrado como “la verdad procesal de los hechos determinados por la pretensión punitiva” no puede descuidar dos ejes que son indispensables: el principio de legalidad y la seguridad jurídica. La verdad procesal es, en última instancia, el aseguramiento de estas dos ideas fundamentales que a continuación trataré brevemente. No obstante, antes de entrar a ello, quiero dejar en claro una cuestión. La verdad procesal no sólo lo es en términos de la legislación secundaria, sino también en términos del texto constitucional.

Si bien nuestro derecho penal se construye en legislación secundaria, no está exento del escrutinio constitucional y, como en capítulos posteriores se tratará, las reglas procesales no son sólo aquellas determinadas por la legalidad ordinaria, sino también por su respeto de los derechos fundamentales. En razón de esto, la “verdad procesal” es, a la par, *verdad procesal legal y constitucional*.

I.I Sobre el principio de legalidad

En materia penal, se acostumbra resumir la legalidad en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. Pues bien, más allá de que no pueda existir ni crimen ni pena sin ley que lo

justifique, viene a colación un tema más: la ley penal sólo puede ser establecida por el legislador¹⁵. Pero bien, vale la pena preguntarse: ¿cuál es el alcance de la legalidad?

Pensemos en el siguiente caso. *Dos policías ministeriales, mientras hacían su ronda en la delegación Cuajimalpa en el Distrito Federal, alrededor de las once de la noche, ven a una señora desesperada que les indica que el joven que va corriendo en sentido contrario le acaba de robar su pequeño bolso. Enseguida, los elementos de seguridad persiguen al joven, lo alcanzan, lo registran y, en efecto encuentran el pequeño bolso. Acto seguido, ponen el objeto a la vista de la señora ofendida, y ella afirma que, en efecto, es de su pertenencia.*

El principio de legalidad tiene que aplicar, para el caso de mérito de la siguiente manera. La ley que regula el Uso de la Fuerza de los Cuerpos de Seguridad Pública del Distrito Federal vigente (en adelante, sólo Ley del Uso de la Fuerza Pública) dice en sus artículos 14, 15 y 16 cómo deben de proceder los elementos de policía en la detención. A pesar de que no se transcriben tales disposiciones por su extensión considerable, yo en ningún momento leo en ellas que los elementos de seguridad estén facultados para registrar al detenido, ni mucho menos para poner a vista de la ofendida los objetos que consigo porta dicho detenido.

¿Acaso no es esto un abuso en el ejercicio de la autoridad por parte de los elementos de seguridad? De acuerdo con el principio de legalidad (entendido también en la doctrina española como “principio de libertad ciudadana”), los funcionarios están facultados sólo

¹⁵ Artículo 14 tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una **ley** exactamente aplicable al delito de que se trata”. La “ley” sólo la hace el legislador, no el ejecutivo ni el judicial.

para lo expresamente permitido. En el caso en comento, la ley no permitía a los policías registrar a la persona; por ende, no podían hacerlo sino hasta estar presentes ante autoridad ministerial que integrara la causa, tal y como lo prevé el procedimiento del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Pensemos que sí era el bolso de la señora y que dicha persona sí lo había robado. Al mismo tiempo, el Ministerio Público consigna ante el Juez Penal y éste, a su vez, dicta auto de formal prisión (o de sujeción a proceso). ¿No sería el referido auto una violación del principio de legalidad? ¿Acaso no el juzgador penal, al dictarlo, está pasando por alto las disposiciones del legislador quien nunca quiso que los elementos de seguridad en una detención tuvieran la facultad de registrar al detenido (según la Ley del Uso de la Fuerza Pública citada)? Pues bien, afirmo rotundamente que todos los actos que dentro del proceso pudieran darse, a) la consignación del ministerio público, b) el auto de formal prisión, c) la sentencia condenatoria y d) la sentencia de apelación que confirma la condenatoria, todos ellos serían violatorios del principio de legalidad.

Un juez no puede ir más allá de lo que el Legislador expresamente le ha permitido. Aún no explicaré cuáles son las consecuencias de esa prueba ilegal recabada por el Ministerio Público, pero, por el momento, sí afirmo que esta prueba (el bolso y todo lo que en él se encontraba¹⁶) debe declararse nula porque los policías no tenían facultades para registrar al individuo. Ese es el alcance del citado principio: su violación conlleva una sanción o, de lo contrario, ¿para qué respetar la ley?

Parte de la importancia de estudiar las prohibiciones de valoración probatoria consiste en definir cuándo sí y cuándo no estamos frente a un uso irregular del poder

¹⁶ Más adelante referiremos un poco a la "teoría de los frutos del árbol envenenado".

público. No me refiero en absoluto a un lenguaje de política pública tendiente a que “sería deseable que todos los policías respetaran bien la referida Ley del Uso de la Fuerza Pública”, sino, al lenguaje del principio de legalidad¹⁷: la autoridad (llámese jueces, magistrados, policías ministeriales, judiciales, etc.) no puede hacer más de lo que se le está legalmente permitido.

I.II Sobre la seguridad jurídica

Una de las motivaciones e, incluso, fines de un sistema jurídico *per sé* consiste en la generación de seguridad jurídica para sus individuos. Sin ella, no se podría cumplir con toda la cadena de valores que, de origen, motivaron la existencia de un sistema legal (los cuales se encuentran textualmente delineados por la Constitución): democracia, igualdad, libertad, entre otros.

La seguridad jurídica parece, en principio, una consecuencia directa del cumplimiento del principio de legalidad: si todas las autoridades respetan la ley y la hacen valer, entonces, habrá seguridad jurídica. Esto es parcialmente cierto.

Digo parcialmente porque, aunque la ley determina parámetros, estos no siempre son bien aplicados, no porque la ley no diga cómo hacerlo, sino porque no se tiene un conocimiento completo o correcto de lo jurídico. Esto ya no es una violación al principio de legalidad, sino una falta de aplicación congruente del derecho. Precisamente, la doctrina y la investigación permiten unificar en lo jurídico. Ésta es una de las premisas básicas del presente trabajo: unificar criterios a partir de la fundamentación de una postura que, llevada

¹⁷ Esto, sin omitir mencionar que en materia procesal penal no se habla simplemente del “principio de legalidad”, sino, más bien, de “**estricta legalidad**”. Ello porque, a como lo dispone el artículo 14 de nuestra Constitución, el ramo criminal no admite analogías ni razonamientos por mayoría de razón.

hasta sus últimas consecuencias, permita una congruencia en la aplicación de los principios legales y constitucionales que logren una mejor impartición de justicia a todos los niveles en nuestro país.

Ahí subyace la necesidad, primero, del respeto al principio de “legalidad” que, en segundo lugar, abrirá paso a la seguridad jurídica y a la consecuente realización de valores como la igualdad y la libertad.

Es de esta manera como se construye la legitimidad de un sistema, al mismo tiempo que puede hablarse de la existencia de democracia. Una de las aportaciones de Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez* consiste en la afirmación de que la justicia se construye a partir de reglas y procedimientos, los cuales no son más que la materialización y consecuencia de un proceso comunicativo (creado, para este caso, en el poder legislativo, porque él es quien hace las “leyes” que habrán de respetarse).¹⁸ El mérito, para este caso, de los procedimientos y procesos judiciales es que ellos por sí mismos, como productos de un proceso comunicativo, fundan democracia al garantizar cuestiones como: 1) publicidad, 2) misma aplicación de las mismas reglas para cualquiera individuo (igualdad), 3) por ende, mismos resultados para las mismas situaciones que fueren planteadas de la misma manera y por los mismos derechos, 4) contradicción, 5) cosa juzgada, entre otros. Todos estos elementos permiten identificar la existencia *ex ante* de un respeto al diálogo y un espacio al consenso.

Es el respeto al “procedimiento” el que justifica el actuar de cualquiera autoridad pública y, al mismo tiempo, el que hace democrático a un sistema. Sin procedimiento no existe cabida a considerar algo como correcto o como incorrecto ni mucho menos como

¹⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, 689 páginas.

justo o injusto. La aportación de los siglos XIX y XX al derecho es el respeto a las reglas del procedimiento. Éstas en conjunto son el único gran impartidor de “justicia”, si es que así puede llamarse (ya que siempre será justicia lo que la ley, sujeta a control constitucional, así tenga por justo).

Precisamente por esta situación, no es de extrañarse que, tanto los libros de teoría del proceso¹⁹ como los mismos códigos sustantivos y procesales en distintas materias del derecho, planteen que una sentencia debe revestir de los siguientes elementos: a) fundamentación, b) motivación, c) sujetarse a la litis planteada, d) no ser contradictoria, e) clara y precisa y, f) completa (resolver sobre todos los puntos que le fueron planteados). Dichas características no son ajenas, sino que, en efecto, constituyen el cauce mismo de la realización de un proceso conforme a derecho. La sentencia, entendida como el resultado final de un proceso, debe arrojar que éste se desarrolló conforme a las reglas establecidas. Y esto no es sólo para las sentencias, sino para cualquiera acto de autoridad con injerencia sobre los individuos. Ahí recae la importancia de una correcta fundamentación y motivación. Al final de cuentas, pues, una sentencia es la manera de corroborar si se respetaron o no las reglas del procedimiento.

Pero, una vez más, quiero ir más allá de estos argumentos que casi siempre cruzan la mente de un abogado para decir que, al mismo tiempo, la impartición de justicia no sólo es producto de la aplicación textual de artículos de ley sobre conductas desplegadas en el mundo fáctico y que producen consecuencias de derecho, sino que su desempeño mismo deviene también del conocimiento, la dogmática, la teorización, el debate y la evolución

¹⁹ Davis Echandía y Ovalle Fabela para el caso latinoamericano, por ejemplo. O, bien, Piero Calamandrei y Carnelutti para el caso europeo.

misma del pensamiento. Los jueces deben allegarse de los mejores conocimientos jurídicos que le permitan emitir una mejor decisión, ya que su legitimidad como Poder Judicial sólo proviene de lo plasmado en sus sentencias, de manera tal que más legitimidad obtendrán mientras mejor emitidos y fundados sean sus fallos. Ahí recae la importancia de las discusiones jurídicas y de la constante evaluación *ad intra* del sistema jurídico.

Pienso que la piedra fundamental de todo sistema es la legalidad (que, no obstante, lo será así siempre en términos de no contravenir lo constitucional);²⁰ incluso, páginas más adelante yo defiendo que, más allá de la “teoría de los derechos”²¹ o de la teoría de “la ponderación de los intereses jurídicos”, el verdadero sustento y fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria es el principio de legalidad. No obstante ello, me parece que el conocimiento jurídico está llamado a ser más de lo que la misma ley así define por tal. El derecho, tal vez por eso, cambia y se ajusta a las necesidades de los hombres en las distintas épocas de la historia, pero el elemento inmutable es el siguiente: la necesidad de fundamentar a partir del “razonamiento”. Sin argumentación, la ciencia de derecho (o el “arte” del derecho) deja de existir y se convierte en una receta de cocina que cualquiera puede preparar.

Todo lo hasta ahora esbozado respecto de los fines perseguidos por el derecho penal, el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el respeto al procedimiento es el punto de partida inicial con el cual se debe observar la discusión que a continuación este trabajo estudiará, misma que se circunscribirá en el tratamiento dogmático-legal de una de

²⁰ Esto lo preciso porque, desde mi punto de vista, la “legalidad” sólo lo puede ser en términos de “constitucionalidad”. Una disposición es “legal” no sólo porque así esté escrito en una ley secundaria o porque se ajuste con base a un decreto o reglamento emitido, sino que, al mismo tiempo, será legal en tanto respete la “constitucionalidad” fijada en términos de la misma Constitución.

²¹ Teoría de creación alemana.

las verdades procesales bajo las cuales se debe construir la impartición de justicia en el proceso penal: las prohibiciones de valoración probatoria. Pero, antes, esgrimiré tres precisiones iniciales del tema.

I.III Precisiones previas

I.III.I Discusión sobre la nomenclatura del tema

El tema del presente trabajo de investigación será denominado, preferentemente, como “prohibiciones de valoración probatoria”. Este campo de estudio tiene tantos nombres como países que lo regulan y doctrinarios que lo tratan. Entre las acepciones sinónimas, podemos encontrar “reglas de exclusión probatoria”, “prueba ilícita”, “prueba contraria a derecho”, “prueba irregular”, “prueba prohibida”, entre otras.

Se ha elegido “prohibiciones de valoración probatoria” (término originado en la doctrina penal alemana) porque es la precisión de derecho continental que me parece más atinada. Sin embargo, en ocasiones este trabajo usará sinónimamente el término estadounidense “reglas de exclusión” (*exclusionary rules*), en vista de no hacer tedioso el uso de una sola acepción todo el tiempo y por no perjudicar esto a las premisas y razonamientos que basan el texto.

En palabras de Fabricio Guariglia, bien podría pensarse que hay diferencias entre “exclusión” y “prohibición”. Definida positivamente, esta categoría impone deberes de exclusión, mientras que, vista en términos negativos, se entiende como prohibiciones de incorporación o de valoración. No obstante, ambas llevan (tanto en Estados Unidos como en Alemania donde respectivamente son usados esos conceptos) al mismo resultado: la no

valoración de la prueba (o medio de prueba) por el juzgador.²² Por ende, en adelante, utilizaré ambos términos sin distinción.

No se preferirán otros términos como “prueba prohibida”, “prueba ilícita”, “prueba contraria a derecho” u otros análogos, porque considero que estos dejan amplios márgenes de ambigüedad. En estas tres acepciones, por ejemplo, ¿acaso no es lo mismo “*lo prohibido*”, “*lo ilícito*” y “*lo contrario a derecho*”? Si es que existieren diferencias, ¿cuáles serían estas?

Miniville, por ejemplo, consideraría que “prueba ilícita” es una de las que integran el género de prueba prohibida, dentro de la que se encuentran otras subdivisiones como “prueba irritual”, “prohibida expresa” y “deducida del sistema”.²³ Por otro lado, en contraste, para autores como Armijo (en Costa Rica) y Arozamena Laso (en España) la definición de prueba ilícita sí sería suficiente para que dentro de ella queden incluidas las demás categorías que pudieren crearse.

Este trabajo no entrará en esta problemática que, desde un punto de vista personal, sostengo que es un debate meramente nominal, no así de contenidos. Usaré en su mayoría el término “prohibiciones de valoración probatoria” por considerarlo como el más adecuado, pero al mismo tiempo en el siguiente capítulo describiré detalladamente qué entiendo por él, su naturaleza y sus alcances para que no haya lugar a vacíos que confundan al lector.

²² Éste párrafo es la paráfrasis de uno de los contenidos en el libro de *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, cuyo autor es Fabricio Guariglia, Colección de Tesis Doctoral, Buenos Aires, 2005, pp. 20. Es él quien dedica buena parte de su capítulo II al contraste entre los términos “exclusión” y “prohibición”. Puede acudir a esta obra de Guariglia para más información sobre el tema en su ámbito nominal.

²³ Miniville, Bernardette, *La prueba ilícita en el derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1987, p. 12.

I.III.II Diferenciación entre medios de prueba y prueba

Existe una diferencia crucial entre “medios probatorios” y “pruebas”. Mientras los primeros son las formas procesales a partir de las cuales se pueden conocer los hechos materia de un proceso penal, las segundas consisten en que los hechos a que se refieren dichos medios son ciertos para el juzgador.

Entonces, si nos ubicáramos en alguna de las fases del proceso, podríamos decir que los medios probatorios son la manera en la que ingresan ciertos hechos al procedimiento (por confesión, testimonio, documental, pericial, entre otros legalmente establecidos), mientras que las pruebas son los medios a los cuales el juez concede valor en sentencia, ya sea para condenar o para liberar.

Por esta razón, los medios de prueba se convierten en prueba cuando un juzgador los usa en sentencia. *A contrario sensu*, aquellos medios que no se usen para resolver nunca alcanzarán el grado de prueba.²⁴

El presente trabajo de investigación hace un buen esfuerzo en no usar mal los términos en el desarrollo del texto. No obstante, si en algún momento se llegan a utilizar indiscriminadamente, el lector debe tener presente esta diferenciación que, aunque no trasciende al fondo del tema tratado en esta investigación, sí es necesario para una mayor claridad conceptual.

Asimismo, a pesar de que nuestra jurisprudencia no ha sido del todo adecuada, existen diferencias entre validez, eficacia e idoneidad. La validez es a los medios probatorios lo que la eficacia es a las pruebas. *Ambos características significan el*

²⁴ Estas afirmaciones, a su vez, nos permiten distinguir que mientras los “medios de prueba” no generan ipso facto ninguna certeza, *la categoría de “pruebas” es sólo para aquellos hechos que ya se tienen por ciertos.*

cumplimiento de los requisitos legales, pero la primera para la admisión de un medio probatorio y la segunda para la utilización formal de éste como prueba en una sentencia. Muy diferente a estas cuestiones es la idoneidad, que sólo atañe a que el medio probatorio ofrecido sea adecuado para probar el hecho que pretende.

Así, el tema de la presente tesina, cuando haga mención a ese referido cumplimiento de los requisitos legales, los razonamientos vertidos podrán aplicar sin necesidad de diferenciación tanto a los “medios de prueba” como a las “pruebas”, dado que sus respectivos conceptos relacionados de “validez” y “efectividad” (respectivamente) llevan esa esencia similar. Sin embargo, cuando hubiere momentos en que esas alusiones al cumplimiento de los requisitos legales no puedan establecerse por igual para “medios de prueba” que para “pruebas”, este trabajo lo especificará al momento mismo de su alusión.

I.III.III Régimen constitucional vigente

La reforma constitucional de 18 de junio de 2008 trajo consigo cambios en la configuración del sistema penal de nuestro país. Sin embargo, el artículo segundo transitorio de dicha reforma dispone un plazo de ocho años para que las legislaturas estatales ajusten su legislación secundaria a favor de respetar los principios incluidos en el nuevo texto, así como de destinar los recursos económicos e institucionales necesarios para la implantación del nuevo sistema. Pues bien, sólo para aquellos estados o ciudades que ya hayan emprendido los ajustes legales e institucionales correspondientes estará vigente el nuevo texto constitucional, en tanto que el viejo texto seguirá rigiendo a aquellos lugares en los cuales no se cumpla aún con lo dispuesto en los transitorios.

Al día de hoy, a pesar de que más de quince entidades ya cuentan con nuevos códigos penales procesales, aún ellas no logran adaptar adecuadamente un modelo acusatorio. Por ende, en la mayoría del país sigue vigente el texto fundamental anterior a la reforma.

El presente trabajo precisará cuándo está refiriéndose al texto constitucional vigente (que, por lo aludido, consiste en el anterior a la reforma) y cuándo está refiriéndose al texto de la reforma. Muy especialmente el capítulo tres hará uso de esta diferenciación para arribar a razonamientos y conclusiones propios del presente trabajo.

CAPÍTULO II. Naturaleza de las prohibiciones de valoración probatoria

II.I Contexto histórico de las prohibiciones de valoración probatoria

¿En qué situaciones un “medio de prueba” no puede tener validez? O bien, ¿en qué situaciones una “prueba” no puede ser eficaz? Los antecedentes se remontan hacia 150 años o más.²⁵

Los primeros asuntos de exclusión de prueba en diversos sistemas jurídicos alrededor del mundo comenzaron a razón del uso de violencia en contra de los acusados.²⁶ En estos casos, las pruebas recabadas se consideraban violatorias de derechos fundamentales (integridad corporal y vida) y eran arrojadas del proceso.

Por esta situación, los primeros países en hacer doctrina sobre la exclusión probatoria siempre la referían sólo para aquellos casos de violaciones a derechos individuales reconocidos constitucionalmente. No obstante, en las primeras décadas del siglo XX surgió una pregunta a la que, como adelante afirmaré, parece ya existir una respuesta unánime y que será punto de partida indispensable para esta tesis: ¿la exclusión de prueba sólo procede ante violaciones constitucionales o también ante violaciones a legalidad ordinaria?

A continuación, la lógica que usaré para responder a esta pregunta será analizar cuál ha sido la tendencia internacional de la doctrina, la jurisprudencia y la ley en relación con el

²⁵ A pesar de que este capítulo situa a “Boyd v. US” como el primer precedente más firme en cuanto a prohibiciones de valoración, no puedo pasar por alto que dicho fallo ya citaba como su antecesor el caso “Entick v. Carrington” de 1765, resuelto por la Cortes Británicas. Es decir, pueden ser casi 200 años de tradición, sin omitir mencionar que Mirjam Damaska remontaría los orígenes en el siglo XVI en la concilia de Próspero Ferinacci.

²⁶ Un análisis detallado de las referencias históricas se encuentra en Damaska, Mirjam, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London, 1997.

tema. Primero, tendré como referencia el desenvolvimiento de las prohibiciones de valoración probatoria en distintos sistemas jurídicos del mundo para, en segundo lugar, observar cuál ha sido la situación de dichos tópicos en México. Un estudio del tema para nuestro país sin observar previamente el punto de vista de la dogmática y la jurisprudencia internacionales sería erróneo, debido a que la aparición de este tema para nuestro sistema es reciente. Mientras en países como Alemania y Estados Unidos es un tema que suscita publicaciones e investigaciones constantes, en México escasas son las referencias escritas (sin mencionar, también, los escasos fallos judiciales).

Estudiaré, pues, cuáles han sido los cambios que las prohibiciones de valoración han sufrido en los distintos sistemas jurídicos, hasta obtener conclusiones que, aunque no tendré aplicables directamente para nuestro sistema legal, sí usaré como premisas en esta investigación. Ello, porque considero que la lógica de las prohibiciones de valoración es la misma para nuestro país y para todos los demás sistemas jurídicos en donde 1) la piedra angular de su sistema jurídico es la Constitución, 2) su derecho penal se estructura en legislación secundaria (leyes, códigos y otros ordenamientos) y 3) su derecho puede verse modificado con la creación de precedentes judiciales emitidos por una Corte Suprema. La única salvedad será Estados Unidos, cuyo análisis lo tomaré con ciertas reservas, pero no lo soslayaré por ser esta nación una de las principales estudiosas de la materia. Procederé, pues, a responder la pregunta formulada bajo esa lógica planteada.

El primer precedente internacional se sitúa en el caso “Boyd v. US” de 1886,²⁷ dentro del cual se cuestionó un medio probatorio consistente en una factura que el acusado fue obligado a presentar en contra de su voluntad. La Corte de los Estados Unidos excluyó

²⁷ 116 U.S. 616 -1886-.

dicho documento porque su admisión significaría la inobservancia de un precepto constitucional básico: la no autoincriminación involuntaria, consagrado en la Quinta Enmienda en su relación con la Cuarta (garantía contra los registros, requisas y secuestros irrazonables).

Coincido con Maximiliano Hairabedián²⁸ que del texto de “Boyd v. US” se desprende que la Corte Estadounidense en ese momento no estaba dispuesta a aceptar la extensión de la regla de exclusión a otros supuestos constitucionales en los cuales no estuviera de por medio la infracción a la Quinta Enmienda; mucho menos, entonces, podía pensarse sobre su extensión a supuestos de infracciones a legalidad ordinaria.

No obstante ello, con el paso del tiempo se fueron internalizando y extendiendo éstas reglas en la nación. Con la llegada de “Week v. US”²⁹, la Corte aceptó la exclusión de prueba por la violación independiente de la Cuarta Enmienda (es decir, ya sin estar de por medio la Quinta Enmienda) y, luego, iría más lejos con “Silverthorne Lumber Co v. US”³⁰ y “Nardone”³¹, por medio de los cuales se reconocería judicial y formalmente la teoría “the fruits of the poisson tree”,³² misma que plantea no sólo considerar inválidos los medios probatorios obtenidos irregularmente, sino también toda la evidencia consecuente a la que ellos hayan dado lugar.

²⁸ Harabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad- Hoc Villela Editor, Buenos Aires, 2002, p.38.

²⁹ 232 U.S. 383 -1914-.

³⁰ 251 U.S. 385 -1920-.

³¹ 302 U.S. 379 -1939-.

³² Usada por primera vez en la Suprema Corte Estadounidense en 1939 en el caso “Nardone”, pero creada y desarrollada por Ernest Beling en su obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (1903).

Es importante precisar que los asuntos de *common law* no guardan total paridad con los asuntos de derecho continental. En los primeros, tal es el caso de Estados Unidos, no opera con tanta fuerza el tema de legalidad ordinaria como sí en los sistemas de *civil law*. Entonces, si bien, por la lógica del *common law* no podemos decir que en Estados Unidos son bienvenidas las violaciones a legalidad ordinaria,³³ lo que sí podemos afirmar es que dentro de ese sistema jurídico se ha intentado ampliar en lo más posible su campo de acción y efectividad. Tan es así que, posterior a “The fruits of the poisson tree” de Ernest Beling, los asuntos de “Rochin v. California” (1952), “Elkins v. US” (1960) y “Gilbert v. California” (1967) fueron quienes reconocieron la obligatoriedad nacional del respeto a las reglas de exclusión, hasta llegar a “Miranda v. Arizona”³⁴, en donde no se puede negar que el fallo de la Corte Estadounidense tuvo por efecto crear reglas secundarias que no habían sido explícitamente planteadas por el legislador y que consistían en la obligación de la autoridad de dar lectura inmediata de los derechos constitucionales de todo individuo al momento de su detención (quién lo acusa, por cuáles hechos, con qué facultades, etc.)

Ahora bien, al poner de lado esos precedentes estadounidenses que subyacen sobre la lógica del *common law*, pero sin dejar de volver a reafirmar que en su doctrina sí han intentado en lo más posible extender la aplicabilidad de las prohibiciones de valoración probatoria, pasemos al análisis de lo que sucede en algunos países de derecho continental.

³³ Cuando digo la “lógica del *common law*” me refiero a que: 1) Prescinde en su mayoría de legislación secundaria tan detallada como la nuestra, 2) Las reglas de proceso se crean mayormente por precedentes judiciales tanto federales como estatales, 3) Son dichos precedentes judiciales los que moldean la justicia procesal, no la ley secundaria *per sé* a como ocurre en el derecho continental o *civil law*.

³⁴ 384 U.S. 430 -1966-.

El Tribunal Constitucional Español aplicó por primera vez la exclusión de prueba con violación a derechos fundamentales en 1982³⁵. Los razonamientos utilizados en aquél fallo se reiterarían con mayor fuerza por la misma Corte en los dos años inmediatos posteriores (dentro de la sentencia 114/1984). Esto, de la siguiente manera:

*“Deriva 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”.*³⁶

En España, las prohibiciones de valoración se trasladaron al texto legal en 1985³⁷, pero sólo en lo tocante a la protección de derechos fundamentales; no fue sino hasta el fallo de 16 de diciembre de 1991³⁸ en donde la Corte reconoció explícitamente la exclusión por violación a legalidad ordinaria. Al respecto, también, a partir de aquella fecha se introdujeron cambios a la Carta Política Española (artículo 24-2º) y a diversas secciones de la Legislación Orgánica del Poder Judicial.

Argentina fijó el año de 1891 como el comienzo de su historia respecto de las prohibiciones de valoración. Fue en esta fecha cuando la Corte Suprema se pronunció respecto del caso “Charles Hnos.”;³⁹ no obstante, el tema se abandonó por mucho tiempo y se recuperaría después con los fallos “Monticelli di Prozillo” (1984) y “Florentino” (1985). Las diversas provincias poseen regulaciones distintas, algunas más abiertas y otras lo

³⁵ Sentencia 55 del 26 de julio, citada por Arozamena Lazon: “Consideraciones generales sobre la prueba ilícita” en *Actualidad Penal*, número 4, 1999-I, p. 96.

³⁶ Sentencia del Tribunal Español 114/ 1984.

³⁷ Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España emitida en ese año.

³⁸ Sentencia 16/12/1991, Sala II.

³⁹ Sentencia 46:36 del año 1891.

menos. Pero lo que sí podemos afirmar es que en su mayoría reconocen la exclusión de medios de prueba ante las violaciones a legalidad ordinaria⁴⁰.

Italia, desde su código Penal de 1924, sólo permitía la anulación de la prueba ante vicios de la voluntad perpetrados en contra del acusado, pero no así en contra de los testigos, sobre quienes podía ejercerse violencia sin perjuicio de nulidad a fin de que siempre se condujeran con la verdad. En contra de estas prácticas, la abrogación de tal ordenamiento fortaleció la teoría de la posibilidad de hacer nugatorio todo acto en contravención de las normas procesales secundarias, al mismo tiempo que el efecto de nulidad hizo su aparición formal y se vio fortalecido a través de fallos que declararon la total ilicitud de medios probatorios contrarios a la ley (entiéndase por ella normas secundarias).⁴¹

Para el caso de Puerto Rico, por ejemplo, estudiosos del tema como Ernesto Chiesa Aponte afirman que la eliminación de prueba ilícita puede ocurrir en los términos más amplios de legalidad y de respeto a los derechos fundamentales.⁴² A su vez, para el caso Colombiano, Álvaro Arenas Echeverrú y otros⁴³ afirman que la exclusión de prueba ilícita siempre se puede extender a violaciones de la legislación secundaria en tanto se decida equilibrando los intereses y derechos en presencia (lo que ellos llama un “justo medio”

⁴⁰ No está de más decir que lo han hecho a partir de la consideración de que, con dichas cuestiones, indirectamente sí se viola la Constitución. Es lo que podríamos llamar “violaciones indirectas al texto constitucional”.

⁴¹ Así se aprecia en el fallo SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional Italiana.

⁴² Chiesa Aponte, Ernesto., *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen I, Editorial Forum, 1995.

⁴³ Arenas Echeverrú, Nicolás Álvaro, et. Al., *La prueba ilícita y la Regla de exclusión*, Editorial Leyer, 1ª edición, Colombia, p. 57.

según los griegos), razonamiento que los colombianos a su vez recuperaron de los libros de Chiesa Aponte, como ya se dijo, aplicables para Puerto Rico.⁴⁴

En vista de no ampliar demasiado este recuento internacional, puedo terminar refiriendo la inclusión textual y formal de la regla de exclusión en los textos constitucionales modernos de Portugal (artículo 32) y Brasil (artículo 5) o, por qué no, para la Constitución del ya referido estado de Colombia dentro del artículo 29 del texto magno y el 23 de su Código de Procedimientos Penales.

¿Cuál es la ubicación de nuestro país en el tema? En México, su desarrollo no es tan antiguo como en los países mencionados. La elaboración jurisprudencial es relativamente reciente y corresponde a la década de 1970 por los Tribunales Colegiados de Circuito.

De las distintas tesis existentes⁴⁵ podemos observar que:

- a) El desarrollo de las prohibiciones de valoración probatoria comenzó en la materia administrativa (preferentemente asuntos fiscales) y poco a poco se fue trasladando en los mismos términos a la materia penal. En un inicio, se hablaba de “actos

⁴⁴ Menciono a ambos países en tanto contemplan la posibilidad de alegar violaciones a legislación ordinaria. No obstante, no estoy de acuerdo en la supuesta “teoría de ponderación de los intereses en presencia” o “teoría del *equilibrio* o del *justo medio*” recuperada por los autores citados, ya que los temas procesales no pueden estar sujetos a ponderación caso por caso. Para eso existen normas secundarias con la característica de ser generales, impersonales y abstractas. Más adelante se reforzará esta opinión cuando se citen las características de las normas procesales según Hart.

⁴⁵ Las rubros de las tesis utilizadas son: 1) *ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE.*, 7ª Época, TCC., Apéndice de 1995, Tomo IV, Tesis 565, Página 376, Tesis Aislada; 2) *VISITAS INCONSTITUCIONALES. SUS FRUTOS NO PUEDEN SER UTILIZADOS LEGALMENTE, NI MEDIANTE UNA SEGUNDA VISITA.*, 7ª Época, TCC., S. J. F., Tomo 121-126 Sexta Parte, Página 280, Tesis Aislada; 3) *CATEO SIN ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE O SIN LOS REQUISITOS LEGALES. NULIFICA EL RESULTADO DEL MISMO Y DE LAS ACTUACIONES QUE DE ÉL EMANEN.*, 9ª Época, TCC., S. J. F. y su Gaceta, XVI, Agosto de 2001, Página 1210, Tesis aislada, No. Registro. 189178; 4) *CONSTITUCIÓN, VIOLACIONES A LA. NO SON CONVALIDABLES BAJO NINGÚN SUPUESTO.*, 7ª Época, TCC., S. J. F., Tomo 175-180, Sexta Parte, Página 55, 1983, Tesis Aislada; 5) *DILIGENCIAS DE CATEO Y PRUEBAS QUE FUERON OBTENIDAS EN LA MISMA. CARECEN DE VALOR PROBATORIO, CUANDO LA AUTORIDAD QUE LA PRACTICA DESIGNA COMO TESTIGOS A LOS POLICÍAS QUE INTERVINIERON MATERIALMENTE EN LA EJECUCIÓN DE LA MISMA.*, 9ª Época, 1ª Sala, S. J. F. y su Gaceta, XXVIII, Diciembre de 2008, Jurisprudencia, No. Registro: 168333.

viciados” para referirse a aquellos que se realizaban en contra de preceptos constitucionales.

- b) Los casos se limitaban a tres supuestos específicos: a) órdenes de cateo realizadas bajo incumplimiento de los requisitos procesales para su ejecución, b) visitas domiciliarias realizadas con inobservancia de sus reglas y c) incompetencia de las autoridades para emitir órdenes de visita y de cateo.
- c) Las tesis sólo admitían la nulidad de la prueba por violar un precepto constitucional. Nunca parecieron aceptar explícitamente violaciones a la legislación ordinaria, sino que siempre tenían que situar ésta dentro de algún precepto fundamental para así elevar siempre la violación a rango constitucional.
- d) La regla de exclusión por violación a derechos fundamentales se amplía con la llegada del amparo directo 9/2008, cuya sentencia fue emitida con fecha 12 de Agosto de 2009.
- e) No se ha tenido en México una aceptación explícita de la teoría de los frutos del árbol envenenado. Sin embargo, en algún momento hubo un pronunciamiento tangencial al respecto por parte del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Distrito Federal en el sentido de que “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”⁴⁶. No obstante, esta regla nunca volvió a ser usada ni tratada hasta el fallo referido de agosto de 2009.

Pienso que en México la materia se encontraba poco estudiada y utilizada, hasta el que en su momento definiré como revolucionario fallo de la Suprema Corte de Justicia Mexicana de 2009, del cual posteriormente también marcaré sus deficiencias y falta de precisión.

De todo el recuento histórico elaborado respecto de nuestro sistema jurídico y del prevaleciente en otras naciones, se pueden desprender las siguientes cuestiones:

- a) La jurisprudencia y, a su vez, la doctrina, empezaron a identificar las prohibiciones de valoración sólo para el caso en que se contravinieran derechos fundamentales.
- b) **Con el paso del tiempo, el concepto se fue ampliando para aquellas violaciones a la legislación ordinaria y ya no sólo abarcaba a las estrictamente constitucionales.**
- c) Existe una tendencia por admitir como válido el razonamiento planteado por la teoría de los frutos del árbol envenenado.
- d) Las reglas de exclusión han pasado de la jurisprudencia al texto legal en las distintas naciones ya mencionadas: Italia, España, Alemania, Argentina, Colombia, Brasil, Portugal y recientemente México (con la entrada de la reforma constitucional de 2008).
- e) Parece sí existir un amplio consenso en la aceptación de las consecuencias de las prohibiciones de valoración, tanto con motivo de las violaciones al texto

⁴⁶ *ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE.*, 7ª Época, TCC., Apéndice de 1995, Tomo IV, Tesis 565, Página 376, Tesis Aislada.

fundamental como a la legislación secundaria. Incluso, podría hablarse de una progresividad de aceptación de dicha materia, la cual no es privativa de los Estados Unidos, sino que también se ha hecho presente en distintos sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos (como arriba se estudió). No obstante, dicha progresividad a veces puede verse como limitada en razón de la existencia de las llamadas “excepciones a las prohibiciones de valoración probatoria”. Ello no debería ser así, porque como en el tercer capítulo diré, las excepciones han sido entendidas incorrectamente y, por ende, no deberían plantearse como *limitaciones* conceptuales al desarrollo y aplicabilidad del tópico de las prohibiciones tratadas en este trabajo. Las prohibiciones o exclusiones de prueba, antes bien, *deberían* entenderse como un campo en expansión en lugar de “en restricción constante”.

De estas cinco afirmaciones vertidas, me interesa fijar la atención en la segunda (inciso “b”), mientras que de la última (inciso “e”) me haré cargo sólo en su debido momento, ya que, aunque no es materia vital de la presente investigación, es necesario precisar algunos puntos consecuencia de la visión que asumo en esta tesis.

Pues bien, en lo tocante a que “*con el paso del tiempo, el concepto se fue ampliando para aquellas violaciones a la legislación ordinaria y ya no sólo abarcaba a las estrictamente constitucionales*”, quiero hacer especialmente énfasis ahí porque sí considero que ambos supuestos de prohibiciones de valoración son necesarios. No basta con reconocer la nulidad sólo por la violación a un derecho fundamental, sino también por la violación a disposiciones procesales no directamente vinculadas al texto magno de la nación.

¿Cuáles son las razones que soportan a cada uno de esos supuestos o tipos de prohibiciones de valoración probatoria (las debidas a violaciones constitucionales y a legalidad ordinaria)? Pues bien, cada una tiene argumentos específicos, que no necesariamente son los que ha vertido la jurisprudencia tanto mexicana como extranjera. A continuación, pasaré al estudio de cuáles son esos argumentos, al mismo tiempo que descartaré muchos otros que no guardan una lógica jurídica válida y contundente, y que, no obstante, en ocasiones muchos Tribunales y buena parte de la doctrina se ostentan en aducir.

II.II Fundamentos y supuestos de aplicabilidad de las prohibiciones de valoración probatoria

Entenderé por “prohibiciones de valoración probatoria” a los supuestos bajo los cuales una prueba no puede usarse en el procedimiento penal para imputar o condenar a alguien. Dichos supuestos se surten, como vimos en el recuento histórico anterior, por: a) la violación de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y b) la violación de preceptos legales. A continuación, se estudiará por separado cada uno de ellos a partir de ejemplos, así como haciendo referencia a su origen, fundamento, razón de ser y consecuencias.

II.II.I Primer supuesto: la violación a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución

¿Cómo influyen los derechos fundamentales en el derecho procesal penal? Emitiré una respuesta a esta pregunta sólo desde el estudio de las tres características esenciales de los sistemas constitucionales modernos:

- a) La Constitución como *base fundamental* del sistema.⁴⁷ La Constitución es, directamente, fuente del sistema, porque permite o autoriza la existencia de todos los ordenamientos inferiores. Sin ella no existe sistema, al menos no en el entendido de las democracias constitucionales modernas.
- b) La Constitución como *norma*, en el entendido de que no es un texto que consigne ideales, discursos ni buenas intenciones, sino derechos y obligaciones exigibles por los individuos en cualquiera procedimientos (especialmente, para el caso mexicano, en el juicio de amparo directo e indirecto).⁴⁸
- c) El efecto de irradiación constitucional.⁴⁹ Implica que todo acto dentro del sistema, para ser válido, debe ajustarse al plano constitucional. Cualquier norma secundaria, reglamento, decreto, norma oficial, sentencia e, incluso, los contratos celebrados entre particulares no están exentos de que sobre ellos pueda realizarse un escrutinio constitucional. Todo acto jurídico de nuestro sistema está supeditado al texto fundamental y no puede contravenirlo en ningún caso.

Las tres características enunciadas nos revelan cuál es el alcance del texto constitucional. Toda norma del sistema, para tener validez, debe limitarse a los parámetros constitucionales instituidos. De no ser así, el sistema funciona de manera arbitraria frente a los individuos.

Cada una de las tres características arriba citadas conlleva una serie de consecuencias que se deben reconocer para el correcto funcionamiento del aparato de

⁴⁷ Artículo 1 constitucional en relación con el artículo 133 del mismo texto (este último que contiene el principio de supremacía constitucional).

⁴⁸ Este razonamiento así fue establecido por mayoría del Pleno de la SCJN en la discusión del asunto del amparo en revisión 315/2010, sesionado con fechas 15 y 17 de marzo de 2011.

⁴⁹ Tal es una de las ideas defendidas por Alexy, Robert, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, 601 páginas.

impartición de justicia, pero, más aún, para el sistema procesal penal. La primera de ellas, por ejemplo, en tanto reconoce a la *Constitución como base fundamental del sistema jurídico*, trae consigo ineludiblemente que en ningún caso se puedan anteponer sobre los derechos fundamentales consagrados en el texto otros tópicos que no lo están: la política criminal, el combate a la impunidad, la legitimidad de un tribunal u otros factores políticos y sociales.

Pensemos el caso de un juez que no excluye una prueba donde una persona se autoincriminó y decide condenarla bajo las razones de no dejar impune un crimen, la presión de los medios de comunicación, la gravedad del delito o el no poner en tela de juicio su credibilidad como juzgador o la de su tribunal.

Pues bien, como respuesta a esto, digo que la opinión social, los medios de comunicación, la lucha contra la impunidad, la correcta investigación y persecución de los delitos por parte del ministerio público, el rumbo de la política pública y las opiniones subjetivas de los miembros de cualquier órgano de impartición de justicia son factores que nunca pueden estar por encima de un derecho individual, en razón de que éste último sí es texto fundamental y los primeros no. Todos los aspectos enunciados son siempre inferiores al texto magno, tan es así que éste permite su existencia limitándolos y definiéndolos. Dictar la condena de un individuo a partir de tener esas condiciones enunciadas como superiores a los derechos fundamentales es romper con la supremacía constitucional. La justicia procesal consecuentemente se convierte en una justicia tribal para el caso de que “se condene a alguien porque el pueblo (o la opinión pública) dice que él fue”. Si esa es la razón, entonces mejor eliminemos los procedimientos penales y sus formalidades para abrir paso a consultas públicas donde la mayoría determine si *x* individuo es o no culpable.

Por lo que toca a la segunda característica de los sistemas constitucionales y que refiere a la *Constitución como norma*, tenemos que dicho texto debe tenerse por tal en todas sus partes indiscriminadamente y debe ser extensivo para todo el sistema. A ejemplo, siempre se ha dicho que el “derecho penal constitucional” mexicano se fija a partir de los artículos 14 (principio de estricta legalidad, irretroactividad de la ley, formalidades esenciales del procedimiento), 16 (fundamentación y motivación de los actos de autoridad, orden de aprehensión, arraigo, órdenes de cateo, intervención de comunicaciones, inviolabilidad del domicilio), 18 (prisión preventiva, sistema penitenciario), 19 (detención ante autoridad judicial), 20 (principios del proceso, derechos del imputado y de la víctima), 21 (acción penal e imposición de penas), 22 (prohibición de penas de cierto tipo, confiscación y extinción de dominio), 23 (*ne bis in idem*) e, incluso, 102 (participación del ministerio público).

No obstante, vale la pena preguntarse si también el derecho a la intimidad personal contenido en el artículo 4 constitucional puede hacerse exigible y justiciable en proceso penal o, por qué no, la libertad de expresión situada en el artículo 6. La respuesta inmediata es ¡sí!, pues ambos artículos son parte de la “norma” fundamental y no un ideal ni un deseo a como ya se había expresado. Para el caso del artículo 4, como un ejemplo sencillo, piénsese en una mujer acusada por el delito de aborto a quien el Ministerio Público le fija responsabilidad o juicio de reproche a partir de una indagación sobre sus preferencias sexuales, hábitos personales, historia de sus relaciones amorosas y fidelidad a su marido. Dicha cadena de evidencia debe excluirse siempre y cuando haya una trasgresión a lo que nuestros precedentes judiciales definan como ese “derecho a la intimidad personal”.

Tenemos así que todo derecho contemplado en la Carta Magna debe ser respetado en el proceso penal, y es aquí en donde se complementa esta cuestión con la tercera característica aludida arriba referente al efecto de irradiación constitucional. Para esta característica, lo deseable normativamente sería que todas las normas respetaran, desde su creación o desde su aplicación en los tribunales de fuero común, los derechos plasmados en el texto fundamental, en lugar de tener siempre que recurrir a hacerlos valer en los llamados “juicios constitucionales” (acción de inconstitucionalidad, controversia y amparo).

Por ello, sin importar que las decisiones sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes o actos se tomen por la Suprema Corte de Justicia (para el caso de acciones de inconstitucionalidad y controversias) o por los Tribunales Federales (para el caso de amparo), es necesario que los jueces naturales en materia penal siempre opten por desechar del proceso cualquier acto que sea violatorio de derechos sin necesidad de llegar hasta el amparo para hacer valer dichas arbitrariedades. Sólo así se puede asegurar que, efectivamente, la Constitución irradia a todo el sistema, en lugar de observarla como separada en razón de que, cuando se le quiera hacer valer y respetar, forzosamente se tenga que acudir a alguno de los tres medios de control constitucional previstos.⁵⁰

II.II.II Segundo supuesto: la violación a los preceptos legales

Tradicionalmente, la resistencia a aceptar las prohibiciones de valoración probatoria consistía en *privilegiar la “averiguación de la verdad” sobre el cumplimiento de las reglas procesales* (discusión que los alemanes llamarían “ponderación entre los intereses estatales

⁵⁰ En tal sentido fue, por ejemplo, uno de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Rosendo Radilla Pachecho vs. México”, al referirse a los deberes y responsabilidades de los jueces naturales. Asimismo, véase el cumplimiento que al respecto de dicha sentencia realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

y las garantías individuales” con la que, por cierto, no estoy de acuerdo a como lo señalo líneas abajo).

No obstante, a como ya afirmé en el subtítulo referente al contexto histórico, esta visión poco garantista ha sido superada con el tiempo, a grado tal que en muchos países Europeos y Latinoamericanos ya es aceptada, incluso, la teoría de los frutos del árbol envenenado del alemán Ernest Beling, misma que representa una aceptación congruente de las consecuencia de aplicar las reglas de exclusión.

Me quedo, entonces, con el pronunciamiento del Tribunal Español de 16 de diciembre de 1991 cuando afirmó en sentencia que:

*“Por prueba legítimamente obtenida no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales... sino también aquella que cumple las concretas garantías que su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”*⁵¹.

Ahora bien, ¿cuáles deberían ser los fundamentos precisos para aceptar la aplicabilidad de la exclusión de prueba para los casos de violación a la legalidad ordinaria? Al respecto, tanto la doctrina como los Tribunales han esgrimido los siguientes:⁵²

⁵¹ Sentencia del 16/12/1991, Sala II, citada por Arozamena Laso: “Consideraciones generales sobre la prueba ilícita” en *Actualidad Penal*, número 4, 1999-I, pp. 85 y 93.

⁵² Parece existir un acuerdo al respecto de que ellos son los argumentos esgrimidos con más frecuencia. Así lo determinan, Maximiliano Hairabedián en *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*, Nicolás Álvaro Arenas Echeverri (et. Al) en *La prueba Ilícita y la Regla de Exclusión*, Manuel Miranda Estrampes en *La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Arozamena Laso en *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita* (publicado en “Actualidad Penal”) y Fabricio Guariglia en *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*.

- a) La no producción de resultados. Parte de la doctrina estadounidense sostiene que la razón de las exclusiones de este tipo consiste en la *inseguridad conviccional* que apareja una prueba que no ha sido recibida con los recaudos legales.
- b) Función preventiva. Tiene dos vertientes: a) disuadir a los elementos policiales de cometer conductas fuera de los parámetros de ley y b) educar para la internalización de los valores positivos que conlleva la correcta realización de un proceso.
- c) Ponderación de la gravedad de la violación. La exclusión de prueba tiene fundamento en que se debe remediar a la persona por un acto indebido en contra de su persona, pero esa determinación se hará “caso por caso” y dependiendo de qué tan grave fue la irregularidad cometida.

Los tres anteriores son los argumentos más comunes planteados en la doctrina. Existen algunos otros como “reparación al perjudicado”, “ética policiaca” e “integridad judicial”. No obstante, a estos últimos no me permitiré darles un tratamiento por separado, debido a que adecuadamente caen dentro de alguno de los tres rubros o incisos señalados.

Algunos autores como Rogall⁵³ y Amelung⁵⁴ plantean que el argumento para excluir medios probatorios siempre termina por desembocar en una violación a garantías o a derechos individuales. No obstante, no estoy de acuerdo en ello y por eso quise dividir las violaciones a derechos fundamentales de aquellas que sólo competen a violaciones de legalidad secundaria, tal y como lo hizo el Alto Tribunal Español en el pronunciamiento ya citado. Ello, debido a que no considero correcto que pueda argumentarse desde nuestra Constitución, por ejemplo, la exclusión de un peritaje para el cual quien lo realice no cuente

⁵³ Rogall, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91 (1979).

⁵⁴ Amelung, Knut, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, Dunker & Humblot, Berlin, 1990.

con título oficial a como lo dispone el artículo 171 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal⁵⁵. Dicha irregularidad es propia de la legislación ordinaria y no relacionable directamente con el texto fundamental. Las violaciones a legalidad ordinaria, pues, no son al mismo tiempo violaciones del texto magno, al menos no siempre.

Pues bien, una vez dicho esto, también planteo que, de los tres argumentos arriba esbozados en los incisos, ninguno logra concretar adecuadamente un argumento válido para este segundo tipo de reglas de exclusión (las referidas a violaciones de legalidad ordinaria).

A decir de Fabricio Guariglia,⁵⁶ la explicación planteada por el inciso “a)” anterior (*la no producción de resultados por falta de confiabilidad*) ignora que una exclusión de ese tipo consistiría en un ente extraño ante un sistema regido por el principio de libre valoración de la prueba (que sí es aceptado por el sistema mexicano en la medida en que tenemos un sistema mixto de valoración) y que, además, una tesis así planteada conduce necesariamente a rechazar cualquier prueba sólo con el argumento de su “baja confiabilidad”. Esto reduciría absurdamente la naturaleza de las pruebas a meros instrumentos de “confiabilidad”, en lugar de consistir en “reglas” observables y exigibles.

En lo tocante a la opción del inciso “b)” (*función preventiva*), Guariglia critica⁵⁷ que tiene por base especulaciones utilitaristas que no necesariamente ocurren, sino que funcionan como un mero *plus*. Ningún argumento jurídico tiene su razón de ser en las

⁵⁵ “Artículo 171.- Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deben dictaminar, si la profesión o arte están legalmente reglamentados; en caso contrario, el juez nombrará a personas prácticas. Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo étnico indígena”.

⁵⁶ Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Colección Tesis Doctoral, Capítulo III, Buenos Aires, 2005, pp. 37-99.

⁵⁷ *Ídem*.

consecuencias prácticas (fomentar la disciplina de las policías o disminuir la impunidad), sino que debe fundamentarse en razones hacia sí mismas que las hagan razonables en términos jurídicos y no prácticos ni de política pública.

La tercera opción (inciso “c”) referente a *la gravedad de la violación* se viene abajo ante la imposibilidad de fijar un “*mínimo ético estatal*”,⁵⁸ que en realidad debería ser más estricto que el aplicable para las acciones de los ciudadanos comunes. Esto crea un espectro indebido de actuación judicial en la que queda a arbitrio del juez la apreciación de la violación a la legislación ordinaria, cuestión que no parece deseable conforme al principio de estricta legalidad en materia penal, dado que ese juzgador podrá arbitrariamente sopesar qué violación del Estado es grave y cuál no, sin atender lo que realmente importa: que el Estado ha violado y trasgredido a un particular (da lo mismo si ello fue en mayor o menor medida). La ponderación, para este caso, no parece brindar una correcta seguridad jurídica conforme a los términos y razones del derecho penal.

Precisamente por esas críticas enunciadas, me permitiré seguir en la misma línea que Fabricio Guariglia para afirmar cuáles son los argumentos verdaderos⁵⁹ por los cuales un medio de prueba debe ser excluido por el simple hecho de violar requisitos o reglas legales ordinarias.

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ Entiéndase por “verdad” lo que así define la lógica deóntica proposicional y no en términos de una verdad valorativa.

En primer lugar, dice Guariglia que ley sin sanción no es ley;⁶⁰ con esto, tenemos que la sanción natural de cualquier acto que viole los preceptos del procedimiento es la nulidad de dicho acto;

“Así, un código de procedimientos que prescribiera ciertas formas sin decretar la nulidad de los hechos con que a ellas se contraviene sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege; ello es burlarse del pueblo.”⁶¹

Continúa diciendo:

“Las reglas de adquisición de prueba, al igual que las normas de procedimiento, en general, constituyen un grupo de específico de normas que tienen por objeto conceder a un círculo delimitado de personas determinadas facultades o poderes... Su tarea... es definir el ámbito de las potestades jurídicas, tanto las privadas como las públicas. De allí su denominación como normas facultativas o, en la terminología de Hart, normas que confieren potestades”.⁶²

Y correcto en el tema es parafrasear a Hart:

“Las reglas que subyacen a la actuación judicial, confiriendo facultades y definiendo la jurisdicción, no se ocupan, por lo tanto, de disuadir con la

⁶⁰ Razonamiento que, a su vez, tiene precedentes mucho más fuertes en Kelsen y en la teoría positiva.

⁶¹ Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II., versión española de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Ed. Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1977, págs. 813-816. Citado por Guariglia en “Concepto, fin y alcance...” op. Cit. p. 109.

⁶² Maier, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 114 y siguientes, citado por Guariglia en “Concepto, fin y alcance...” op. Cit. p. 110.

amenaza de la coacción a los jueces de cometer actos indebidos, *sino de definir las condiciones y límites bajo los cuales la decisión de un tribunal es válida*⁶³

Eso último es, pues, lo que se privilegia con la sanción de nulidad para aquellos casos de violación a legalidad ordinaria: la validez de las decisiones de un juez o de un tribunal. Sin ello no puede conducirse un sistema jurídico protector de derechos, ya que “el desarrollo de dichas reglas (las de prueba) constituye uno de los signos característicos de un sistema jurídico “completo”, a diferencia del vigente en las sociedades primitivas que se compone, fundamentalmente, de reglas de deber, cuyo mandamiento depende exclusivamente de la presión social difusa”⁶⁴.

Planteo, pues, que los argumentos adecuados para prohibir que se valoren pruebas con violación a preceptos legales ordinarios son los siguientes:

- a) Las reglas que confieren potestades o competencia a las autoridades ya contienen implícita una prohibición.
- b) El juez, de tener por válidas ciertas pruebas que no cumplen con los requisitos legales necesarios, se convierte en creador de ley procesal, lo cual contraviene el principio de división de poderes al invadir la esfera de competencia del legislador.
- c) Ponderar una exclusión a partir de la confrontación de valores, principios e incluso fines estatales superponiéndolos todos sobre la violación a prohibiciones expresamente establecidas para la autoridad no hace más que *subvertir el proceso*

⁶³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, citado por Guariglia en “Concepto, fin y alcance...” op. Cit. p. 110.

⁶⁴ Guariglia, Fabricio, “Concepto, fin y alcance...” op. Cit. p. 111. Dicho razonamiento lo vierte apoyándose a su vez en las ideas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

democrático de creación de normas,⁶⁵ siendo que los jueces terminan ocupando el lugar que correspondería a la voluntad popular.

- d) En conclusión: la única salida que le debe quedar a los juzgadores es decretar la nulidad para los casos de violaciones a lo que como tal disponga el legislador como anverso de las facultades o potestades conferidas al poder público. Es cierto que los jueces tienen la posibilidad de interpretar, llenar vacíos de ley y armonizar las disposiciones. No obstante, no cabe discrecionalidad en aquellos casos en los que no le es otorgada, y las prohibiciones de valoración nacidas de contravenir reglas procedimentales es uno de estos casos. No así lo sería para las cuestiones de violación a derechos fundamentales, en donde a los Tribunales Constitucionales les está permitido definir e, incluso, expulsar normas del sistema para aquellos casos que éstas no sean conforme al texto fundamental. Ello, sin dejar de atender lo que a control de convencionalidad se refiere en nuestro sistema (Caso Radilla-Pacheco vs Estado Mexicano).

En lo que va de la presente investigación, se ha afirmado que existen dos supuestos o causas de las prohibiciones de valoración probatoria. Ellas aplican para el caso en que 1) se surta una violación a los derechos fundamentales y 2) se surta una violación a la legalidad ordinaria.

Asimismo, he sostenido cuáles son, conforme a la lógica de nuestro sistema jurídico (muy semejante a la lógica de otros sistemas constitucionales de derecho continental como Alemania, Italia y España, tal y como ha sido manifestado), los argumentos verdaderos

⁶⁵ Con estas palabras define Fabricio Guariglia este fenómeno específico en el que el juez se transforma en legislador, mimesis que uso por su simpleza y concreción.

bajo los cuales se debe sostener la aplicación de ambos tipos o supuestos de reglas de exclusión.

Pues bien, con estos fundamentos y proposiciones en mente, en el siguiente capítulo, entraré al análisis de fondo de la presente tesis, para lo cual es indispensable no perder de vista una cuestión que es la conclusión básica de este capítulo que termina: las reglas de exclusión sólo tienen su fundamento en: a) los derechos fundamentales enunciados en la Constitución y b) la legalidad ordinaria.

CAPÍTULO III. El sistema penal acusatorio y las prohibiciones de valoración probatoria

Una vez que ha sido planteado en el capítulo anterior el fundamento de las reglas de exclusión probatoria, pasaré a resolver la interrogante planteada en este trabajo de investigación ¿La reforma constitucional de 2008 modifica las reglas de exclusión en nuestro sistema penal?

Para esta labor, primero es necesario hacer un posicionamiento sobre cuáles son los cambios introducidos por la reforma mencionada y, segundo, relacionarlos específicamente con la materia de prueba a través de un análisis de contraste con el texto constitucional previo a ella.

III.I La reforma constitucional de 2008

De la lectura de la reforma constitucional aprobada, se puede hacer énfasis en su artículo 20 constitucional que, aunque no fue el único reformado, es el que introduce directamente el juicio de corte acusatorio. Al respecto de dicho numeral, es necesario decir que trae consigo cinco principios esenciales en los cuales se sostiene el nuevo sistema de justicia penal:

1. **Publicidad.** Las audiencias en las cuales se desahoga la pretensión del ministerio público y la defensa del inculpado podrán ser presenciadas por cualquiera persona con reserva de aquellos casos determinados por la ley.
2. **Contradicción.** Los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público no tienen valor pleno y pueden ser combatidos por la defensa en cualquiera momento del

procedimiento a partir del uso de argumentos de refutación o de otros medios probatorios.

3. Concentración. La confrontación entre parte acusadora y parte defensora se realizará en una sola audiencia.
4. Continuidad. El desarrollo de la audiencia no puede culminar, sino hasta que hayan sido planteados y estudiados todos los puntos en contradicción por ambas partes, aunque pueden declararse pequeños recesos en casos de suma prolongación.
5. Inmediación. El juez penal debe estar presente en la audiencia de ley y sólo a él corresponderá el desahogo probatorio y la posterior valoración de los medios ofrecidos.

Si bien éstos pueden ostentarse como los aspectos principales de la reforma, no obstante considero que sólo son complementarios al verdadero punto de cambio: la separación institucional del órgano que juzga y del que acusa.

El sistema inquisitorio se sostiene sobre la base de que el Ministerio Público es quien investiga, pero, al mismo tiempo, quien juzga⁶⁶ sobre los elementos obtenidos en averiguación (sin omitir que hasta agosto de 2009 lo realizado por dicha autoridad en averiguación previa tenía valor probatorio pleno dentro de proceso). La reforma, en contraposición a esto, prevé la existencia de un Juez de Control (llamado también de Garantías en la doctrina), quien supervisará y delineará el actuar del Ministerio Público en la etapa de investigación, con lo cual le quita a dicha institución administrativa el carácter de juzgadora y sólo se le deja a salvo la investigación y persecución de los delitos.

⁶⁶ Vale la pena, desde este momento, precisar que nuestro sistema no es totalmente inquisitorio, sino que guarda elementos de ambos, por lo cual se le clasifica de Mixto.

Los cinco principios arriba mencionados, por ende, no son más que los instrumentos complementarios a ese cambio sustancial de la función ministerial, que ahora estará monitoreada por un Juez de Control que cuidará la integridad de las normas penales sustantivas y procesales, privilegiando la posición del acusado frente al Estado y para lo cual se incluyen ideas básicas dentro del texto fundamental como “protección del inocente”, “presunción de inocencia” y “defensa adecuada”⁶⁷.

Ante esto, si el eje rector del nuevo sistema es la separación de las funciones de justicia en lo tocante al ministerio público y al monitoreo de sus actividades por una autoridad judicial, ¿cómo influyen estos aspectos para la cuestión de las prohibiciones de valoración probatoria? ¿Modifican las reglas de exclusión existentes bajo el sistema anterior o las dejan intactas?

Si, como se afirmó en el capítulo II, las prohibiciones de valoración o reglas de exclusión probatoria se actualizan en el momento en que existe una violación en a) derechos fundamentales y b) legalidad ordinaria, entonces, la mejor manera de resolver la interrogante de esta tesis consistirá en analizar si la reforma adversarial introdujo más (o menos) derechos fundamentales y si su legalidad ordinaria cambió (o permaneció). Esto porque, al ser a) y b) las variables determinantes de las prohibiciones de valoración, el cambio o alteración de las primeras produciría de inmediato una modificación de las segundas.

El análisis, entonces, se enfocará en determinar si con la entrada de la reforma constitucional existe una alteración de las variables a) derechos fundamentales y b)

⁶⁷ Basta decir que esta última ya se encontraba en el texto anterior a la reforma dentro del artículo 20, apartado A, fracción IX.

legalidad ordinaria que traiga consigo un consecuente reajuste de las prohibiciones de valoración. Sin embargo, de permanecer constantes las variables aludidas, la respuesta inmediata será que la reforma no introdujo cambios en materia de exclusión de prueba.

No será necesario detenerse en cuestiones complementarias como, por ejemplo, los cinco principios arriba descritos (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación), ya que éstos nunca se refieren directamente ni a derechos fundamentales ni a legalidad ordinaria en materia de prueba.

III.II Los derechos fundamentales antes y después de la reforma

A manera de aproximación, veamos en el siguiente cuadro algunas comparaciones entre el texto constitucional aún vigente y el texto de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008.

Texto vigente	Texto de la reforma
<p><i>“Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.”</i></p> <p>(Artículo 16, párrafo X)</p>	<p><i>“Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.”</i></p> <p>(Artículo 16, párrafo XIV)</p>
<p><i>“La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias... sujetándose, en estos casos, a las leyes</i></p>	<p><i>“La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias... sujetándose, en estos casos, a las leyes</i></p>

<p><i>respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”</i></p> <p>(Artículo 16, párrafo XI)</p>	<p><i>respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”</i></p> <p>(Artículo 16, párrafo XV)</p>
<p><i>“A. Sobre el inculpado... II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado A, fracción II)</p>	<p><i>“El imputado tiene derecho a declarar o a guardar silencio... 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.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado B, fracción II)</p>
<p><i>“Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado A, fracción III)</p>	<p><i>“El imputado tiene derecho a que 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.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado B, fracción III)</p>
<p><i>“Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado A, fracción V)</p>	<p><i>“Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado B, fracción IV)</p>

<p><i>“Será juzgado en audiencia pública por un juez...”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado A, fracción VI)</p>	<p><i>“Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado B, fracción V)</p>
<p><i>“Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado A, fracción VII)</p>	<p><i>“Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado B, fracción VI)</p>
<p><i>“... Tendrá derecho a una defensa adecuada...”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado A, fracción IX)</p>	<p><i>“El imputado tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado...”</i></p> <p>(Artículo 20, Apartado B, fracción VIII)</p>

* El cuando anterior fue elaborado por quien sustenta la presente investigación. Se tiene conocimiento de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y algunas otras instituciones han realizado algunos parecidos o semejantes.

Pues bien, con base en el cuadro presentado, podemos observar que dentro de la reforma constitucional existen cuestiones de derechos fundamentales que permanecieron intactas porque ya estaban inscritas en el texto anterior: derecho de guardar silencio, acceso al expediente, ofrecer pruebas, defensa adecuada, entre otros observables en el cuadro.

Antes bien, pienso, la reforma viene a ser más explicativa y enfática en cuestiones que, de todas formas, ya se encontraban reconocidas. Pensemos, por ejemplo, ya no en el apartado B de su artículo 20, sino en el apartado A de la misma disposición constitucional.

Dice la fracción II, apartado A, del artículo: “Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de

las pruebas...” Mi pregunta es ¿Acaso en el sistema anterior no existía dicha disposición? El que en la práctica tradicional el juez no quiera presenciar las audiencias, no significa necesariamente que el sistema no lo prevea así. Tan estaba previsto, que podía desprenderse del artículo 20, apartado A, fracción VI del texto anterior: “Será juzgado en audiencia pública por un juez”; no por sus secretarios ni personal del juzgado o de su tribunal.

Por su parte, dice la fracción IV del mismo apartado A introducida en 2008: “... La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”. ¿No eran públicas ya las audiencias en el sistema anterior? ¿Acaso las pruebas no podían controvertirse? El artículo 59 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal (aún sin la influencia de la reforma constitucional) plantea que “Todas las audiencias serán públicas, pudiendo entrar libremente a ellas todos los que parezcan mayores de catorce años”. Al mismo tiempo, puede decirse: ¿De qué sirve un procedimiento sin la posibilidad de controvertir la prueba? Estaríamos en presencia de un acto unilateral del Estado, cosa que no podía estrictamente ocurrir en razón de la fracción V del artículo 20 apartado A del texto anterior a la reforma, porque esta disposición prevé que se le reciban al inculcado todos los testigos y todas las demás pruebas que ofrezca, así como allegarse de todo lo contenido en el expediente y de una defensa adecuada. Estos tres derechos enunciados no tendrían sentido si la prueba no pudiera controvertirse, precisamente, porque allegarse de la información del proceso, ofrecer pruebas y contar con una buena defensa no son más que cuestiones materializables bajo la posibilidad de controvertir las pruebas de cargo. Al respecto y a mayor abundamiento, tenemos tesis

jurisprudenciales que sí reconocían el derecho a la contradicción de la prueba base de la imputación como se cita a pie de página⁶⁸.

Un ejemplo más. La fracción V del artículo 20 apartado A del texto constitucional reformado dice: “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...” Al mismo tiempo, ella se concatena con la fracción VIII de la misma disposición: “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”. Pues bien, ¿no lo mismo de ambas fracciones podía desprenderse del texto constitucional anterior en sus artículos 16 y 17 en relación con el 102 del mismo ordenamiento? Ellos imponen al Ministerio Público la obligación de fundar y motivar su acusación a partir de la presentación de todos los elementos probatorios necesarios; de lo contrario, la deficiencia de la misma es sancionada por el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal cuando versa: “En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa”. Dicha función es exclusiva del Ministerio Público y por él debe agotarse a cabalidad.

Una vez dicho todo lo anterior y sin la necesidad de seguir repitiendo toda la gama de derechos que ya existían hasta antes de la reforma y que ella sólo vino a plasmar en términos más explícitos, es necesario concluir que los derechos fundamentales

⁶⁸ FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO, 9ª Época, Pleno, S. J. F. y su Gaceta, II, Diciembre de 1995, Jurisprudencia, Número de registro: 200234; GARANTÍA DE AUDIENCIA, VIOLACIÓN A LA, CUANDO NO SE RESPETAN LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO POR DICTARSE UNA SENTENCIA INCONGRUENTE, TCC. 9ª Época, S. J. F. y su Gaceta, XII, Julio de 2000, Tesis Aislada, Número de registro: 191597; ORDEN DE APREHENSIÓN, PRUEBAS ADMISIBLES EN EL AMPARO, CUANDO EL INCULPADO NO TUVO OPORTUNIDAD DE UNA ADECUADA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, 9ª Época, TCC, S. J. F. y su Gaceta, XVII, Mayo de 2003, Tesis Aislada, Número de registro: 184303.

permanecieron intactos. Las novedades se presentaron en lo tocante al desarrollo y formas del proceso, pero no en lo relativo estrictamente a derechos fundamentales. Piénsese en cuestiones como oralidad, posibilidad de mediación, terminación anticipada del proceso, concentración e imposibilidad de que el Ministerio Público a) investigue y persiga y b) juzgue al mismo tiempo. Todas ellas, en realidad, no son derechos fundamentales, sino implementación y configuración de modelos de enjuiciamiento, compuestos por elementos como: 1) la forma de las actuaciones (escrita u oral), 2) agilidad, 3) intervención directa o indirecta de las partes, 4) la existencia o no de formas alternativas de solución de conflictos y 5) el otorgamiento o no de beneficios a quienes confiesen bajo determinados supuestos, entre muchos otros.

Por esta razón, si como se dijo en el capítulo anterior, uno de los supuestos sobre los cuales operan las prohibiciones de valoración probatoria es la violación a derechos fundamentales, en realidad la reforma no introdujo más de ellos, sino hizo más entendibles aquellos que ya estaban insertos en el texto fundamental. Las novedades, por otra parte, se suscitaron en cuanto a la forma de llevar el proceso (que, cabe decir, no nos encontrábamos totalmente en un proceso inquisitorio, sino en uno mixto) y no así en lo que respecta a los derechos que deben garantizarse al imputado y a las víctimas u ofendidos dentro del mismo.

Respetando la lógica de las reglas de exclusión en tanto surgen (como primer supuesto) de la violación a derechos fundamentales (más adelante analizaremos qué sucede con la violación a legalidad ordinaria), podríamos decir que la entrada de la reforma de 2008 no modifica este tipo de prohibiciones de valoración, ya que ellas bien podrían hacerse valer por igual en ambos sistemas (mixto o acusatorio, incluso en uno totalmente

inquisitorio como el caso de algunas jurisdicciones de Europa del Este⁶⁹) en tanto ellos reconocen simultáneamente los mismos derechos fundamentales y en los mismos términos.

Una vez dicho esto y antes de pasar al siguiente subtítulo, quiero detenerme en una cuestión que también atañe al respeto de los derechos fundamentales en el derecho procesal penal. La reforma trajo consigo una disposición situada en la fracción IX del artículo 20 apartado A:

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

¿Qué tan afortunada o desafortunada es dicha disposición introducida a nuestro texto fundamental? A como se ha argumentado desde páginas atrás, la respuesta inmediata es que no existe una necesidad fundada de introducir este fraseo. Si bien, a como se desprendió de Hart en el capítulo pasado, procesalmente la sanción de nulidad es intrínseca a las potestades conferidas a la autoridad,⁷⁰ entonces no existe una razón más allá que justifique la inclusión de dicha norma; menos aún, si nos hacemos cargo adecuadamente del efecto de irradiación constitucional desarrollado por Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, a la luz del cual ningún acto puede desarrollarse y existir válidamente cuando desatiende los parámetros de constitucionalidad debidos, aspecto que debe cuidarse en todo momento por el Estado sin necesidad de que toda cuestión tenga que hacerse valer en los medios de control constitucional⁷¹.

⁶⁹ El ejemplo más claro es Holanda que, a pesar de la transición que sufrieron países como España, Francia y Portugal (con quienes tiene una estrecha relación en lo tocante a la doctrina penal desde la edad media) nunca implementó las reformas de finales del siglo XIX que sí siguieron éstos.

⁷⁰ Es decir, se confieren potestades para sancionar con nulidad todo aquél uso de poder que no sea conferido.

⁷¹ Artículos 103, 105 y 107 constitucionales.

El juez natural tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales al momento de admitir la entrada a proceso de un medio probatorio o, más aún, al momento de efectuar la valoración para sentencia. Ello, al mismo tiempo, puede ser alegado por la defensa que, de no oírsele en primera instancia o en apelación, tiene derecho a recurrir en amparo.

Asimismo, la disposición de la fracción IX del texto constitucional reformado antes transcrita queda totalmente rebasada por el fallo emitido en 12 de agosto de 2009 por la Suprema Corte de Justicia Mexicana. En mayoría de cuatro votos, los ministros de la Primera Sala sostuvieron que *“la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional (anterior a la reforma⁷²), lo cual deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”*.⁷³

Incluso, el posicionamiento del Alto Tribunal de la Nación fue más allá en su explicación,⁷⁴ y lo hizo afirmando que el fundamento de la nulidad de la prueba ilícita tiene cuatro ejes: 1) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, 2) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional, 3) el derecho de una defensa adecuada y 4) el principio de presunción de inocencia. Incluso, este fallo reconoce la existencia de igualdad procesal (principio que no está inscrito

⁷² Los paréntesis son míos.

⁷³ 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, 9ª Época, Primera Sala, Juicio de Amparo Directo 9/2008, 12 de agosto de 2009, Mayoría de cuatro votos, Jurisprudencia, CLXXXVI/2009.

⁷⁴ Razonamiento realizado en la jurisprudencia anterior que lleva por rubro: PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

textualmente en la Constitución anterior a la reforma de 2008) al plantear que, de no declarar nulo el medio probatorio obtenido ilícitamente, el inculpado estaría en condición de desventaja (aquí podemos observar cómo el nuevo texto constitucional de 2008, al establecer textualmente la igualdad de las partes en proceso,⁷⁵ no está plasmando un derecho que no existía, sino, antes bien, termina por reconocer lo que la jurisprudencia ya había afirmado reiteradamente).

A pesar de que son bienvenidos estos pronunciamientos de la Suprema Corte, aún sostengo que los argumentos esenciales para esta cuestión subyacen en la lógica de los sistemas constitucionales explicados con anterioridad: entender que la Constitución es 1) *base fundamental del sistema* (supremacía), 2) *norma obligatoria* y 3) norma propiciadora de un *efecto de irradiación* que implica el respeto a sus disposiciones desde todos los niveles de normatividad inferiores.

Es importante enfatizar que las tesis de jurisprudencia anteriores a la emisión de la sentencia referida no habían sido del todo completas y garantistas. El fallo de agosto de 2009 admitió no sólo la nulidad por contravención a derechos fundamentales (falta de intérprete para los procesados, ausencia de abogado en ciertas actuaciones del proceso y prohibición de confesiones arrancadas por tortura), sino también refrendó la posibilidad de existencia prohibiciones por violación a la legislación secundaria. Expresó cuáles son los motivos que impulsan el respeto de las prohibiciones e, incluso, aceptó formalmente en nuestro sistema jurídico la teoría de los frutos del árbol envenenado⁷⁶ con las siguientes palabras: “Las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando

⁷⁵ Artículo 20, Apartado A, fracción V, del texto constitucional reformado.

⁷⁶ Que hasta ese momento en nuestro país sólo había sido aceptada aisladamente en una tesis de la Séptima Época defendida por Tribunales Colegiados de Circuito.

aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales”⁷⁷, misma teoría que parecía no aceptarse de las tesis aisladas existentes hasta ese momento.

Por dichas razones doy ahora el calificativo de revolucionario a dicha sentencia de nuestro Máximo Tribunal. En este sentido, sin necesidad de que ya estuviese totalmente vigente la reforma de 18 de Junio de 2008 en razón del plazo de ocho años para su adaptación, este pronunciamiento ya reconoce que el texto anterior a la reforma sí tiene implícitas cuestiones de presunción de inocencia, igualdad procesal, contradicción de la prueba, derecho a guardar silencio, entre muchos otros derechos que la reforma viene, entonces, sólo a repetir.

Asimismo, el fallo vino a reafirmar una posición que hasta ese momento ya no podía seguir siendo aceptable en el sistema de justicia mixto mexicano: el otorgamiento de valor probatorio pleno que los jueces otorgaban en proceso a las actuaciones realizadas por el Ministerio Público en la fase de averiguación previa que, aunque las autoridades judiciales no tenían fundamento para hacerlo en razón de que el texto constitucional no lo disponía, así había sido interpretado por los Tribunales Colegiados en repetidas ocasiones y con grado de jurisprudencia.

La Suprema Corte, así, en agosto de 2009 derrotó un sinfín de cadena jurisprudencial inquisitiva no necesariamente respetuosa del texto magno “anterior” que preveía un sistema mixto. Ello lo hizo a manera de aceptar que nuestra estructura o configuración constitucional, sin necesidad de ser de tipo totalmente acusatorio, sí alcanza

⁷⁷ PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA, 9ª Época, Primera Sala, Amparo Directo 9/2008, 12 de agosto de 2009, Mayoría de cuatro votos, CLXXXVII/2009.

para admitir cuestiones procesales tan básicas como la “contradicción de prueba” y la “presunción de inocencia” no inscritas de manera textual hasta ese momento.

Las características de nuestro sistema constitucional sí permiten excluir las pruebas en violación de derechos fundamentales; no obstante, los argumentos vertidos en aquella sentencia, no son necesariamente ciertos para las cuestiones de aplicación de reglas de exclusión por violación a legalidad ordinaria. En eso, desde mi punto de vista, fue poco definitoria la posición de la Primera Sala. Precisamente por esta cuestión, en el capítulo segundo quise detenerme a definir cuáles son los argumentos válidos para ambos y diferentes supuestos o tipos de reglas de exclusión (no es válido argumentar de la misma manera la aplicación de las reglas de exclusión por violación a derechos fundamentales que por violación a legalidad ordinaria; al menos no en un sentido lógico).

Las violaciones a normatividad secundaria se excluyen ya no por un cotejo constitucional, sino por simple característica normativa que, explicada a manera de Hart: las normas que confieren potestades al poder público traen como sanción su inmediata inaplicabilidad cuando son transgredidas por quienes las debían observar. De lo contrario, no cobraría sentido la existencia de dichas normas. ¿Para qué observar modalidades en la emisión y desahogo de un peritaje o, bien, en el ofrecimiento e interrogatorio de los testigos si de todas maneras ellos pueden violarse sin sanción para los Ministerios Públicos y para los Jueces y Tribunales que lo validen (ya sea para vincular al imputado a proceso o para condenarlo)?

Pues bien, en seguida pasaremos al supuesto de prohibiciones de valoración por violación a legalidad secundaria para observar si éste se modifica o no con la entrada en

vigor de la reforma penal constitucional, misma que trajo consigo la adaptación de los códigos de procedimientos penales para algunos estados de la República. Ello, no sin antes finalizar afirmando que queda demostrada 1) la no inclusión de “nuevos” derechos fundamentales en la reforma al texto fundamental y, 2) por ende, las prohibiciones de valoración probatoria del primer tipo (por violaciones a derechos fundamentales) funcionarían perfectamente de la misma manera con el sistema mixto anterior, mucho más en razón del ya descrito fallo de la Suprema Corte de agosto de 2009 en donde abiertamente se reconoció el alcance de nuestro sistema constitucional penal anterior a la reforma. Ambas cuestiones impactan para aseverar que, si los derechos constitucionales son igualmente amplios con o sin la reforma y al determinar ellos las mismas las reglas de exclusión, entonces estas últimas no varían en su aplicación cuando dentro de un proceso penal mixto se violen dichos derechos.

Antes bien, como ya se observó, las novedades de la reforma vienen más en el sentido de modificación del modelo de enjuiciamiento (por ejemplo, en su organización, distribución, celeridad y formas alternativas de diluir conflictos), mas no en la creación sustantiva de derechos individuales.

III.III La legalidad ordinaria antes y después de la reforma

En lo que toca a las violaciones de legalidad ordinaria, utilizaré la clasificación del Dr. Friedrich Denker planteada en su obra *Verwertungsverbote im Strafprozeß* (1977) y que posteriormente acuñaría Rogall en términos semejantes para sus análisis en torno a la “ponderación de los intereses en presencia” para la exclusión de prueba.

Dado que a continuación usaré la lógica de Friedrich Denker,⁷⁸ es importante precisar que él no hace una diferenciación estricta entre violaciones a derechos fundamentales y a legalidad ordinaria, porque esa nunca fue su intención analítica. Antes bien, lo que sí puedo percibir es que su clasificación creada hace más de 30 años (y que es necesario enunciar para este trabajo de investigación) es una aproximación adecuada a lo que este estudio ha definido como violaciones a legalidad ordinaria.

En 1977, Friedrich Denker dividió las prohibiciones de valoración inscritas en ley bajo dos categorías: 1) las prohibiciones que resultan de lesionar alguno de los requisitos legales para la adquisición de prueba y 2) prohibiciones se surten de manera absoluta por así contemplarse expresamente en el texto legal sin importar que hayan sido adquiridas con regularidad.

Rogall,⁷⁹ en un análisis más riguroso pero consistente con Denker, definiría a las primeras como prohibiciones de valoración probatorias “dependientes” en razón de que dependen de la violación de una norma de recolección de prueba, mientras que a las segundas las distinguiría como “independientes”, debido a que, aunque su adquisición haya sido obtenida de modo regular, existe una prohibición legal expresa de utilizarlas en proceso. Veamos algunos ejemplos:

- a) Prohibiciones de valoración dependientes.

⁷⁸ La obra más importante de Friedrich Denker al respecto es: *Verwertungsverbote im Strafprozeß* (1977). Asimismo, puede leerse lo que sobre dicha obra opina el Dr. Fabricio Guariglia, en “Concepto, fin y alcance...” Op. Cit. Capítulo IV.

⁷⁹ Guariglia, “Concepto, fin y alcance...” Op Cit. Capítulo III. Klaus Rogall: *Situación actual y tendencias de la teoría de admisión de prueba en el proceso penal*, 1979.

- Los requisitos procesales para la práctica de un cateo según el código de procedimientos penales para el distrito federal vigente consisten en: orden escrita, expedida por autoridad judicial, que exprese el lugar a inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse, los objetos que se buscan, el levantamiento de un acta al concluirlo 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. Pero, ellos no son todos, Para que la autoridad judicial la autorice en fase de averiguación previa, es indispensable que el Ministerio Público funde y motive su petición expresando el objeto de ella y datos que la justifiquen, mientras que al concluir la realización debe dar cuentas de ello al juez.

Ahora bien, supóngase que Juan Pérez es acusado por el delito de robo calificado. El Ministerio Público irrumpe con una orden de cateo al domicilio de Juan, y los objetos a localizar consisten en cuatro automóviles. En el acto encuentran una provisión de diez kilos de cocaína dentro del domicilio, de la cual sólo queda constancia dentro del acta, ya que no podrían ejercer acción de extinción de dominio sino a partir de un procedimiento separado. Sin embargo, resulta que la defensa de Juan alega que el juez emisor de la orden de cateo era incompetente por razón de territorio, ya que el delito de fuero común se cometió en el Estado de México y su realización fue instantánea, por lo cual quedó consumado en dicho territorio, sin importar aquí que el juez se haya considerado competente en razón de que la compra de los vehículos fuese en el Distrito Federal. Máxime, el domicilio cateado se encontraba también en el Estado de

México, en la zona de la Herradura, misma que, aunque limita con el Distrito Federal, no forma parte de esta entidad. Tanto el cateo como las pruebas en torno al tráfico de drogas obtenidas para abrir un nuevo proceso en contra de Juan Pérez carecen de nulidad. A su vez, con base en lo anterior, tanto su delito de robo como de tráfico de cocaína tendrán que ser soportados por todos los demás medios probatorios, excepto el cateo que no cumplió con el requisito emitirse por autoridad competente (de conformidad con las reglas de aplicación espacial de la ley penal de Distrito Federal)⁸⁰.

- José Ramírez es perito. Rinde un dictamen dentro de proceso penal para decir que, en efecto, una mujer fue víctima de violación por uno de sus familiares debido a los daños psicológico-emocionales que presenta. Las sentencias de primera instancia y de apelación se fundaron específicamente en dicha pericial para condenar. Sin embargo, la defensa del acusado hace valer en amparo que, conforme al texto de penal adjetivo vigente para el estado de Oaxaca, el medio probatorio es nulo porque el especialista José Ramírez no posee título oficial en la materia que está dictaminando. Siendo que su profesión es la sexología, su dictamen versa más bien sobre puntos psicológicos (para los que no está capacitados en razón de que su rama de estudio es estrictamente física o somática). En realidad, el perito adecuado consistía en un licenciado en psicología o en un psiquiatra, pero no en un conocedor de la sexología. La defensa tiene toda la razón. El artículo 349 del código adjetivo para el Estado de Oaxaca dicta: “Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al

⁸⁰ Artículos 7 y 8 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el 10 y 11 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

punto sobre el cuál dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional... En caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativo a la actividad sobre la que verse la pericia". La situación se agravaría y sería más evidente si, por ejemplo, estuviéramos frente al caso de que el sexólogo fuera llamado para observar los daños físicos en las áreas genitales y, al no encontrarlos, tuvo que sostener su dictamen en cuestiones "psicológico-emocionales" de la víctima.

- Regresemos nuevamente al Distrito Federal. Fernanda Mujía es llamada a confesar ante Ministerio Público. Una vez en proceso, la defensa observa que la joven, cuando fue llamada ante dicha autoridad ministerial, tenía 17 años con 10 meses de edad. La declaración obtenida, entonces, es nula, por no cumplir con el requisito del artículo 249 fracción II del Código de Procedimiento Penales para el DF que exige que la confesión "Sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral".

En todos los ejemplo anteriores, a como puede observarse, nos topamos con prohibiciones dependientes, porque su aplicación devino de la inobservancia de uno o más requisitos legales al momento de la recolección o práctica de la prueba.

- b) Prohibiciones de valoración independientes.

- Juan Pérez es tutor de su sobrino Pedro, quien quedó huérfano desde los dos años de edad. Juan es citado ante Ministerio Público en razón de un delito de homicidio cometido por su pupilo. Declara aportando indicios que fortalecen la acusación. Su declaración fue emitida en cumplimiento correcto de todos los requisitos procesales definidos por el artículo 255. No obstante, a Juan no se le informó de la existencia de la disposición en la cual, dado su carácter de tutor, no estaba obligado a declarar en contra de su pupilo. Finalmente, pues, a pesar de que la testimonial haya sido obtenida con toda regularidad, existe una prohibición absoluta inscrita en el artículo 192 del Código de Procedimientos que dicta: “No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado...” La omisión del Ministerio Público o del Juez en informarle de tal derecho, entonces, hace nula su testimonial.
- Pensemos nuevamente en el código procesal penal del Estado de Oaxaca, mismo que es adecuado utilizar por la explicitud de sus disposiciones. Contiene reglas absolutas en las cuales José Luis, si es farmacéutico de Joaquín, no puede declarar en contra del último en razón de su deber de guardar secreto con motivo de su profesión (artículo 339). O bien, no estarán sujetas a secuestro según el artículo 247 “las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto profesional”.

Tenemos, entonces, que las disposiciones de legalidad ordinaria pueden ser dependientes o independientes. Dependientes para el caso en que no se cumpla con un

requisito legal en la adquisición, ofrecimiento o desahogo de la prueba (en una diligencia de reconstrucción de hechos, por ejemplo, no esté presente el inculpado y su defensor a como lo pide el artículo 148 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Independientes, para el caso de aquellas normas que simplemente no permiten valorar un medio probatorio aunque el mismo fuese extraído con la regularidad debida (la declaración del médico del inculpado o de su sacerdote, por ejemplo).

Para el trabajo de investigación en cuestión, entonces, ¿esas prohibiciones de valoración en legalidad ordinaria cambiaron con la entrada en vigor de la reforma penal de 2008?

Al respecto, creo que esta pregunta así formulada estaría, en principio, mal diseñada, ya que su respuesta no puede ser tan directa y adecuada como en lo relativo al supuesto de derechos fundamentales, en donde ya se observó que la reforma no introdujo nuevas reglas. Antes bien, para lo que respecta a legalidad ordinaria, debería primero diferenciarse entre las prohibiciones dependientes e independientes como ya se consiguió.

Pues bien, en casi todos los códigos adjetivos estatales reformados conforme a las disposiciones constitucionales acusatorias de 2008 no se observan cambios en lo tocante a las independientes. Es decir, se siguieron manteniendo prohibiciones como la emisión de testimonios entre parientes cercanos o la molestia de sus comunicaciones escritas, entre otras.

Esto ha sido semejante no sólo en México, sino en distintos sistemas jurídicos contemporáneos, en donde dichas prohibiciones resguardan, a manera de Denker, un bien jurídico tutelado que no puede ser transgredido (como podría ser, el vínculo profesional,

familiar o de respeto a la dignidad). Estas reglas de exclusión operan, a mi forma de ver, para impedir que determinados hechos sean probados de tal o cual forma. No significa que un hecho no pueda probarse (dado que todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva del Estado, por naturaleza, deben ser susceptibles de prueba), sino que determinados medios probatorios no pueden usarse para la identificación del mismo. Es el medio de prueba lo que se prohíbe instar, no así la prueba del hecho.

Sucede lo mismo para comunicaciones entre el imputado y sus parientes, o para las confesiones arrancadas por violencia o tortura e, incluso, en otros rubros como careos con menores y con víctimas por delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, estos últimos en los cuales existe una prohibición absoluta de confrontación directa también por un bien jurídico protegido: “el respeto al sano desarrollo y a la salud emocional de las personas víctimas u ofendidas”.

Si bien parece existir una permanencia de las reglas independientes en los códigos reformados, en lo tocante a las dependientes considero que la pregunta de si se modifican con la entrada de la reforma de 2008 no tiene sentido, dado que estas últimas reglas siempre pueden estar sujetas a variación sin la presencia necesaria de una reforma constitucional penal.

Cuando las legislaturas estatales o la federal crean normas para la actuación del Ministerio Público, de los peritos, de los testigos, entre otros sujetos que intervienen en proceso o, bien, cuando crean normas para la estructura y régimen de los medios probatorios, desde ahí ya están modificando las prohibiciones dependientes sin necesidad de una reforma constitucional tal cual, ya que son requisitos legales los que configuran la

actualización de estas prohibiciones y no los modelos de impartición de justicia penal constitucional (inquisitorio, acusatorio o mixto).

En cualquier momento los requisitos legales pueden cambiar para aumentarse o disminuirse, para hacerse más rígidos o disminuir su estándar, para prever más cuidado de las policías o, contrariamente, permitir ámbitos amplios de discrecionalidad. Incluso, es menester decir que estas reglas no sólo se insertan en legislaciones sustantivas o adjetivas de materia penal, sino también en otros ordenamientos como: de salud, administrativos, fiscales y bancarios. Es más, puede existir la posibilidad que en los mismos reglamentos emitidos por los Ejecutivos Locales y Federal se prevean este tipo de disposiciones entorno a reglas de prohibición dependientes.

Piénsese el caso del comportamiento legal que deben observar los peritos en materia de salud para la extracción de sangre en pacientes o en la realización de la necropsia de ley en difuntos; o bien, considérense otros rubros muy distintos como la manera de conducirse de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ante las investigaciones de delitos fiscales específicos o para la prevención y ataque del delito de lavado de dinero, en donde a esta Secretaría compete la estructuración de investigaciones en colaboración con el Ministerio Público Federal.

Resultaría, entonces, carente de sentido preguntarse si la reforma constitucional penal trae consigo cambios a las prohibiciones dependientes, porque, en realidad, cualquier reforma no necesariamente constitucional, incluso a los reglamentos mismos del ejecutivo como ya se dijo, altera constantemente los requisitos legales para la práctica, obtención, realización, desahogo y valoración de medios probatorios en materia penal.

No obstante lo anterior, sí me detendré en un punto del que considero importante hacerme cargo. La reforma constitucional penal trajo consigo la obligación para las entidades federativas de ajustar su legislación secundaria criminal⁸¹. Esta adaptación progresiva de algunos códigos adjetivos incluye un nuevo aspecto que, aunque no necesariamente determina la existencia de nuevas prohibiciones de valoración probatoria, sí ayuda a un mejor entendimiento y respeto de la naturaleza de las mismas, con el cual será para los juzgadores mucho más sencillo aplicarlas.

Aclaro, entonces, que el siguiente rubro en el que a continuación me detendré no impone más prohibiciones, sino que hace su aplicación más clara y entendible. No significa que en los sistemas adjetivos estatales anteriores no se reconociera, sino que se entendía de manera inapropiada e ilógica, pero bien podía haberse alegado ante los Tribunales de Alzada o ante los mismos jueces constitucionales, tal y como lo hizo la parte quejosa del amparo directo 9/2008 por el cual se produjo el fallo de la Suprema Corte de agosto de 2009 en materia de prueba ilícita. Es en dicho fallo en donde se reconoció la correcta aplicación de las reglas de exclusión en contraposición con los malos tratamientos que se tenían aisladamente dentro de los códigos adjetivos. Veamos a lo que me refiero.

III.IV Aceptación expresa de las prohibiciones y las consecuencias de nulidad en los nuevos códigos penales

⁸¹ Así lo ha dispuesto el artículo segundo transitorio de la reforma de 18 de junio de 2008.

Algunos⁸² de los Códigos de Procedimientos Penales para las Entidades Federativas reformados guardan las siguientes características:

- a) Consagran una regla general bajo la cual “los medios de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito, o si no fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones correspondientes. Asimismo, como consecuencia, tampoco tendrán valor las pruebas que sean productos directos de aquellas (teoría de los frutos del árbol envenenado)”. Los códigos adjetivos anteriores no tenían una regla parecida a ésta que había sido pensada por Ernest Beling desde 1903.
- b) Dicha regla general de exclusión probatoria aludida, se ve reforzada a su vez por una regla general de nulidad de los actos procesales bajo la cual “no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que impliquen violación de derechos y garantías previstos en las Constituciones Federal y Local, los tratados internacionales y las leyes...”
- c) Ambas reglas, traen un resultado tajante: las pruebas obtenidas con inobservancia de los requisitos de ley no pueden ser usadas para condenar a una persona o, incluso, vincularla a proceso. Pero, ¿existen vicios que se pueden sanear? Los nuevos códigos plantean que el saneamiento sí puede operar siempre y cuando los errores sean meramente formales, pero fijan un plazo de ciertos días para que eso pueda operar (comúnmente marcan tres días). De lo contrario, aplicaría la regla general. Nulidad inmediata y total. Asimismo, puede operar una figura de

⁸² Las excepciones son los Códigos de Procedimientos Penales reformados para los Estados de México y Baja California. Todos los demás hasta ahora adaptados al sistema acusatorio sí contienen son semejantes en este aspecto.

saneamiento específico para el Ministerio Público y la Víctima, dentro de la cual los errores en las actuaciones procesales quedan firmes si no se solicita oportunamente su corrección (24 horas).

- d) No concuerdo con la existencia de las figuras de saneamiento general ni de saneamiento específico, ya que eso implicaría diferenciar unas formalidades de otras. Los códigos al prever el saneamiento general están planteando que, por ejemplo, las firmas son menos formales que otros requisitos. Sin embargo, ¿bajo qué términos diferenciamos unas formalidades de otras? ¿Cuál es el estándar para considerar que hay formas menos formales que otras? Al menos, esto no es admisible bajo la teoría de Hart enunciada anteriormente, por lo cual no concuerdo con las citadas ideas de saneamiento. Siempre, pues, debería aplicar indiscriminadamente la regla general de nulidad ya planteada en los ordenamientos adjetivos.
- e) A la luz del reconocimiento de esas reglas generales, es inadmisibles, también, seguir operando bajo la lógica planteada por los códigos tanto reformados como no reformados en lo que se refiere a la posibilidad de reponer el procedimiento. Pensemos como ejemplo inmediato en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que en su artículo 431 contempla una reposición del procedimiento bajo ciertos supuestos. Sobre esta disposición, sostengo que no deben prevalecer en ella las hipótesis jurídicas que prevén subsanar un error con motivo de la inobservancia de alguno de los requisitos legales para la admisión, práctica y desahogo de una prueba. Pienso, por ejemplo, los casos de la fracción III Bis y IV Bis de dicho artículo en las cuáles el código admite la reposición para los casos de la “no designación de traductor” al inculpado en diligencias o de las “omisiones

graves en la defensa” respectivamente. Sostengo firmemente que ambas hipótesis e, incluso, todas las referentes a una reposición del procedimiento, no pueden ser materia de ningún reinicio de procedimiento ni de saneamiento alguno. Antes bien, deberían eliminarse totalmente de la legislación secundaria. En el capítulo siguiente se concretará firmemente con esta idea.

- f) Finalmente, es necesario decir que la regla general de exclusión probatoria aludida, así como la regla general de nulidad de los actos procesales, son dos disposiciones que vienen a reconocer formalmente la aplicabilidad de las prohibiciones de valoración que, no obstante, como se ha afirmado desde el capítulo anterior, ya podía operar bajo las reglas del sistema mixto. Su aparición explícita en los nuevos códigos sí contribuye a su correcto seguimiento, mientras que no se debe perder de vista que el saneamiento general y el saneamiento específico (es decir, el que se instituye para beneficio del Ministerio Público y las víctimas) no pueden ni deben contrariar a la regla general.

Capítulo IV. Alcances y retos de la tesis planteada

IV.I Sobre los alcances

A como fue concretado en el capítulo anterior, esta tesis defiende que las prohibiciones de valoración probatoria no varían ni se modifican con la entrada en vigor de la reforma constitucional. Ello, porque su naturaleza consistente en a) provenir de violaciones a derechos fundamentales y b) provenir de violaciones a legalidad ordinaria son cuestiones que nunca fueron trastocadas.

No obstante, ¿cuáles son los alcances de los que me tengo que hacer cargo al plantear aquella tesis con aquellas premisas? Primero, a como lo sostuve al final del capítulo anterior, no es admisible la existencia de figuras como el saneamiento general de formalidades, el saneamiento específico a favor de la parte acusadora y la reposición del procedimiento. Segundo, bajo la óptica de la naturaleza de las exclusiones que en este trabajo se ha expuesto, tampoco pueden ser admisibles en nuestro sistema excepciones a la regla general de exclusión probatoria. Ambos aspectos los trataré a continuación de forma detallada y por separado.

PRIMERO. La inadmisibilidad de las figuras de saneamiento y reposición de procedimiento

Pues bien, en lo tocante al primero de los puntos concerniente a los tipos de saneamiento y a la reposición del procedimiento, ya sostuve que no encuentro cuál es la base para diferenciar unas formalidades de otras que abra paso a aquellas figuras. Ello correspondería al legislador, pero de acuerdo con una lógica bien fundada y motivada, mas no arbitraria y

ambigua, que es a como la puedo percibir en los códigos tanto vigentes como ya reformados.

Esto lo afirmo, porque a la lectura de los códigos reformados advierto lo siguiente:

1. En lo tocante a los saneamientos:

- a) *Figura de saneamiento general*⁸³: no resuelve la duda de para cuáles “errores formales” opera: ¿para los cometidos por el Juez o Tribunal? ¿Por el procesado? ¿Por el Ministerio Público? ¿Por la víctima? ¿Por el Juez de Garantías? ¿Por cualquiera de los anteriores? En efecto, creo que sí es indispensable saber los errores de cuál de las partes pueden corregirse con el saneamiento general. En Alemania y Argentina, por ejemplo, sólo sería admisible una corrección de los errores que beneficien al imputado, pero no de aquéllos que lo perjudiquen. Esto bajo una lógica de que la ley penal debe aplicársele lo más favorablemente hacia su persona y, hasta donde entiendo a la reforma acusatoria en México,⁸⁴ ésta tiene por base un principio semejante de beneficio al procesado.
- b) *Figura de saneamiento específico*⁸⁵: sucede lo mismo que en la anterior, dado que no especifica qué debemos entender por “errores formales”. Pero, no sólo

⁸³ Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, artículo 78; Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículos 76 y 24; Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, artículo 71; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, artículo 283; Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, artículo 23; Código Procesal Penal para el Estado de Durango, artículo 85; Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 77; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, artículo 73.

⁸⁴ Exposición de motivos de la reforma de junio de 2008.

⁸⁵ Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, artículo 79; Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 78; Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, artículo 72; Código Procesal Penal para el Estado de Durango, artículo 87; Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 78; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, artículo 74.

eso, sino que parece ir en contra de la lógica de un sistema de beneficio al imputado al plantear que dicha figura operará cuando “esos errores afecten al Ministerio Público o a la víctima”, es decir “sanear todos los errores que perjudique la acusación” o, en palabras mucho más destiladas “sanear a favor de la acusación y en perjuicio del procesado” ¿A eso se refiere tal saneamiento específico? ¿A que puede operar siempre en contra del imputado y a favor de la parte acusadora? Esto me parece, sin más, contradictorio a lo que la reforma *per se* quiere lograr: la protección del acusado en contra del poder punitivo del Estado. Insisto que, en otros sistemas penales, esta figura no sería admisible. Esto no es todo, sino que, además de lo ya expresado, la figura de saneamiento específico sigue dejando el mismo espacio vacío que el saneamiento general: ¿Servirá para enmendará los errores de quién? ¿Del Tribunal? ¿De la víctima? ¿Del Ministerio Público? Si bien dicha figura opera cuando “los errores formales afecten al Ministerio Público o a la víctima”, ello no necesariamente significa que dicho error haya sido propiciado por ellos, ya que podría tener su origen en alguna falla de los integrantes del juzgado o tribunal, por ejemplo.

- c) Una cuestión más sobre ambas figuras de saneamiento. A mí me nace un planteamiento: ¿Qué tan válido es que el derecho penal proteja los “errores” de las partes? Considero, si se me permite decir, que las disposiciones del saneamiento y de convalidación protegen a los “despistados”, llámese Juez, Tribunal, abogado defensor o Ministerio Público. Es decir, si alguno de ellos no hizo bien su trabajo, entonces la ley puede enmendarles la plana en determinados plazos: tres días (para el saneamiento general) o al momento del

acto,⁸⁶ a las veinticuatro horas siguientes a su realización o a las siguientes a haberlo advertirlo (todos estos últimos supuestos para el caso de saneamiento específico)⁸⁷.

Las tres anteriores son las críticas por las cuales, desde mi punto de vista, considero inadecuadas las figuras de saneamiento, sin omitir mencionar que no me queda clara la lógica de los códigos para diferenciar ambos saneamientos que aquí he identificado como general y específico. A como manifiesto, es ambigua la parte de los errores formales de quién se pretenden subsanar. Mientras menos estricto sea el derecho penal en sus reglas procesales, más amplios pueden resultar los márgenes de arbitrariedad.

Si bien aquí he encontrado irregularidades en las figuras de saneamiento, es complicado encontrar la mejor solución al problema. Posiblemente, la respuesta consiste en determinar qué tan válido es corregir los errores de las partes que intervienen en juicio.

No obstante, la salida que yo propongo para esta cuestión es la siguiente: seguir la tendencia de los países respetuosos de un derecho penal favorable al procesado, lo cual implica lisa y llanamente admitir el saneamiento sólo para el beneficio de éste. De no ser así, entonces que desaparezca tal figura en cualquiera de sus especies.

⁸⁶ Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, artículo 78; Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículos 76 y 24; Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, artículo 71; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, artículo 283; Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, artículo 23; Código Procesal Penal para el Estado de Durango, artículo 85; Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 77; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, artículo 73.

⁸⁷ Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, artículo 79; Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 78; Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, artículo 72; Código Procesal Penal para el Estado de Durango, artículo 87; Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 78; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, artículo 74.

Quienes estén en contra de este razonamiento, podrían argumentar que esto sería truncar el flujo del proceso penal por cuestiones del respeto a formas procesales intrascendentes o mínimas. Pero mi contestación sería: ¿cómo diferenciamos lo trascendente de lo no trascendente? ¿Cómo diferenciar lo importante de lo que no lo es? Me responderán, como alguna parte de la doctrina,⁸⁸ que mientras los actos o diligencias se hayan realizado cumpliendo con una esencia básica, los errores pueden ser perfectamente salvables. Pero, ¿en qué consiste tal esencia? ¿Cómo determinarla? En todo caso que esto se quisiera determinar, me parece que no debería quedar al arbitrio de los “juzgadores” una clasificación de qué formalidades son mayores y cuáles menores, sino del mismo Legislador. No obstante, aunque así sucediere, no estaría de acuerdo con ello.

Desde la teoría de las normas de Hart expuesta con antelación, toda formalidad, por mínima que a algunos les parezca, ha sido instituida para observarse a cabalidad y, por ello, no pueden consistir en meras sugerencias. Tan es así que su inobservancia acarrea nulidad total. Indudablemente, una posición contraria tendría la consecuencia de privilegiar la posición autoritaria del Estado sobre el individuo, idea que se ha intentado erradicar desde finales del siglo pasado. Defender tal situación representaría, sin más, un retroceso para la justicia.

Si a pesar de los argumentos ya esgrimidos alguien sigue convencido de que el respeto a todas y cada una de las formalidades por igual bloquea o atrofia el

⁸⁸ Uno de los posicionamientos más fuertes se encuentra en Strong, John, et. Al. *Evidence*, West Publishing, Minn., 1992. Para este autor resulta sí ser identificable “intuitivamente” cuándo estamos en presencia de una evidencia válida y cuándo no.

funcionamiento del sistema penal, la respuesta de *ultima ratio* la ofrece el Dr. Fabricio Guariglia: “no hay sustento empírico que al día de hoy demuestre tal afirmación”⁸⁹.

2. En lo tocante a la reposición del procedimiento

- a) Tanto los códigos procesales reformados⁹⁰ como los vigentes⁹¹ plantean la reposición del procedimiento para aquellos casos en los cuales dentro del proceso penal existieren irregularidades tanto en la defensa de los derechos del imputado, como en el acervo probatorio y en el cumplimiento de determinados requisitos procesales. Esa reposición puede dictarse del Juez de Amparo hacia al Tribunal de Apelación o, bien, de éste último hacia el Juez de Primera instancia en los procesos penales.
- b) La pregunta que planteo es, si el nuevo proceso penal trae consigo principios como concentración, inmediación y consiguiente celeridad de los procesos, ¿acaso no una reposición es contradictoria con esa agilidad pretendida? Más aún, si una de las motivaciones de la reforma es que los Jueces de Control observen la correcta práctica y recolección de pruebas, así como el respeto íntegro de los derechos fundamentales del procesado y su defensa adecuada, ¿no resultan, incluso, innecesarios los supuestos normativos que determinan y dictan una reposición del procedimiento? Yo pienso que sí. Reponer el procedimiento,

⁸⁹ Así lo sostiene Guariglia al criticar la posición de Rogall. Véase: Guariglia, Fabricio, “Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria...”, *Op. Cit.*, p. 123.

⁹⁰ Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, artículos 446 y 447; Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículos 77, 464 y 472; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos, artículo 434; Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, artículo 346, 346 Bis y 346 Ter; Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, artículos 421 a 423; Código Procesal Penal del Estado de Durango, artículo 472 párrafo II.

⁹¹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 430 y 431; Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, artículos 518, 541 y 543;

entonces, representa tanto una afrenta a los principios del proceso adversarial como una cadena de supuestos que ya no son necesarios proteger, porque el Juez de Control velará por el correcto desenvolvimiento de las cuestiones procesales, sobre todo en lo que toca al tema probatorio. Con esto, quiero aclarar, no descarto que el proceso adversarial pueda presentar fallas en la práctica. Éstas siempre pueden suscitarse en cualquiera sistema garantista y aún estando presente un juez de control y un juez de la causa. Antes bien, lo que afirmo consiste en que la opción de reponer el procedimiento es insostenible. Incluso, continuando con mi razonamiento expuesto, la reposición resulta inadmisibles no sólo por los principios del nuevo proceso, sino que considero que para el sistema anterior a la reforma también no puede ser justificable. ¿Bajo qué lógica, por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente considera procedente la reposición del proceso para aquellas personas que no fueron asistidas por un intérprete? ¿No esto es una violación flagrante tanto a las reglas procesales de la práctica procesal de una declaración, como a la fracción VIII del apartado A del artículo 2 constitucional? El Juez de Alzada o el Juez de amparo, en su caso, deberían tener por nulo el medio de prueba así desahogado o, incluso, dejar en libertad al imputado por dañar: a) su derecho a la correcta tutela jurisdiccional, b) su derecho a la defensa adecuada, c) su derecho a la estricta aplicación de la ley penal y d) su garantía de seguridad jurídica (así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo liso y llano a algunos de los amparistas del tan citado juicio 9/2008 resuelto el 8 de agosto de 2009).

- c) Desde mi punto de vista, la reposición del procedimiento, en el proceso anterior a la reforma, resulta contrario a la teoría de las normas de Hart, ya que en vez de dictar reposición por falta de requisitos procesales debe operar nulidad absoluta y directa. Lo mismo sucede en el proceso adversarial introducido por la reforma, la reposición en todas sus partes o supuestos resulta totalmente carente de sentido.

Ahora bien, ¿cuál debería ser la salida tanto para los Jueces de Alzada como para los Jueces de Amparo que conozcan de un asunto en materia penal con violación a trámites procesales o, bien, a violaciones de derecho a la defensa o trasgresión de derechos fundamentales? La respuesta, afirmo, es asumir jurisdicción y dictar una nueva sentencia, pero no para el efecto de reponer procedimiento, sino lisa y llanamente para absolver o para condenar.

Si al día de hoy la existencia de la figura de reposición del proceso puede interpretarse en ocasiones como una salida fácil en la que la Alzada o el Juez de Amparo pueden desentenderse de su responsabilidad en la condena o liberación de alguien, el efecto adecuado que vislumbro al proponer que todos los Tribunales siempre reasuman jurisdicción consiste en que cada instancia judicial se haga responsable de su función, máxime cuando existen fallas procesales probatorias o en la correcta observancia de los derechos fundamentales del imputado, en donde la consecuencia de ambas no debe ser más que una nulidad total.

Incluso, buena parte de la doctrina alrededor del mundo ha llevado más lejos la consecuencia de nulidad total para casos que en México resultarían en una reposición del

procedimiento. Así, Daniel R. Pastor se posiciona en su libro materia de Homenaje a Claus Roxin. Refiriéndose a las violaciones de ley en los procesos, sostiene que: “sirven para justificar la clausura del procedimiento”, en razón de que “se producen con la violación de garantías básicas del acusado (lesión del principio del Estado Constitucional de Derecho)” Y termina diciendo que, de suscitarse violaciones procesales: “definitivamente **el objetivo de realizar un proceso** con pleno respeto de los derechos individuales **no puede ser conseguido**” (las negritas son mías).⁹²

Esta situación debe fortalecerse en nuestro país. Incluso, me atrevo a decir que el primer paso ya fue realizado con el fallo de agosto de 2009 del caso Acteal. La Suprema Corte de Justicia siguió un razonamiento muy parecido al expresado por Pastor, ya que nuestro Alto Tribunal bien podía haber dictado una reposición del procedimiento por cumplirse los supuestos para ello. No obstante, ésta consideró que las violaciones eran de tal gravedad que la reposición resultaba carente de razón y fundamento. Así, con tal antecedente judicial y con las múltiples razones que he venido esgrimiendo, debe eliminarse la figura de reposición de procedimiento en nuestro sistema jurídico.

SEGUNDO. La inadmisibilidad excepciones propiamente dichas a las prohibiciones de valoración probatoria

El artículo 82 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Durango reformado contiene la siguiente disposición:

⁹² Véase Pastor, Daniel R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, U. N. C., Lerner, Córdoba, 2001, p. 821. Citado por Hairabedián, Maximiliano, en “Eficacia de la prueba ilícita y...”, *Op. Cit.*, p. 44-45, quien, incluso, defiende y complementa el razonamiento de Pastor a través de los fallos judiciales de “Charles Hnos” y “Monticelli de Prozillo” en Argentina.

“Cualquier dato o medio de prueba obtenido con violación de los derechos fundamentales será nulo. Salvo que se pueda demostrar la existencia de una fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la convalidación mediante una consideración hipotética, o la atenuación del vínculo”.

Ante esto, reacciono de la siguiente manera: ¿Con base en qué el Legislador Local decidió contrariar una regla constitucional que, como tal, sólo debería admitir excepciones constitucionales? La regla general de la fracción IX apartado A del artículo 20 constitucional reformado es absoluta. Así lo decidió nuestro Poder Reformador de la Constitución para la adecuada protección de los derechos fundamentales de todos los individuos en México, sin prever un margen normativo a favor de las legislaturas locales en dicho rubro, como sí lo prevé para otras áreas: salud, impuestos o libertad de comercio, por ejemplo.

Por tanto, es insostenible que una disposición secundaria imponga salvedades a una norma absoluta constitucional. Es más, afirmo tajantemente que el sistema jurídico mexicano no conoce ni en su jurisprudencia ni en su doctrina los significados de esas excepciones. “Fuente independiente”, “descubrimiento inevitable” y las demás insertas en el artículo 82 del código estatal enunciado son ideas que no tienen antecedente en nuestro derecho ¿Cómo podemos aplicar algo hasta hoy desconocido por nuestra jurisprudencia?

En sistemas jurídicos más avanzados en materia de prohibiciones de valoración probatoria, todas las excepciones a ellas se han creado por jueces constitucionales y no por el legislador, ya que éstas necesitan argumentos de alta argumentación técnico-jurídica para sostenerse. Su desarrollo ha tomado tiempo y esfuerzo.

El Legislador de Durango bien podría haber añadido otras como “la buena fe”, el “*balancing test*” o “los campos abiertos”, las cuales, cabe precisar, son mucho más fuertes teóricamente que las escogidas por el artículo 82 del código referido.

No obstante, ¿Por qué privilegiar, por ejemplo, una convalidación de actuaciones bajo consideraciones hipotéticas (tal y como lo permite el artículo 82 referido) en lugar de aplicar la teoría de las normas de Hart? Supongamos que elementos de seguridad pública realizan un cateo con la autorización de un juez incompetente para el domicilio que registran. No obstante, convalidamos su actuación suponiendo que un juez sí competente de todas maneras también los hubiera autorizado ¿No significa esto restarle validez y legitimidad al proceso?

De admitirse tales prácticas, entonces debemos omitir todas las reglas probatorias para condenar a alguien y, al final del día, digamos que, aunque hubiéramos seguido el proceso adecuadamente, de todas maneras lo hubiéramos sentenciado. Esto sería muy práctico, incluso desde el punto de vista económico. Estas prácticas judiciales y administrativas resultarían más eficientes que el sistema adversarial *per sé*. No obstante, para admitirlo así, deberíamos primero quitar de nuestra Constitución palabras como: derechos fundamentales, debido proceso, defensa adecuada y correcta tutela jurisdiccional, al mismo tiempo que eliminar de la jurisprudencia los significados de “formalidades esenciales del procedimiento” o “seguridad jurídica” o, por qué no, sacar de la doctrina el concepto de “estado de derecho”.

A este punto de la discusión, me permito decir que, más allá de la inconstitucionalidad que sostengo en lo respectivo al artículo 82 del código adjetivo de

Durango, la naturaleza de las prohibiciones de valoración que describí en el capítulo II de este trabajo de investigación me obliga a no admitir ninguna de las excepciones que distintos sistemas jurídicos han inventado para no hacer caso de la regla de nulidad general.

Desde un particular punto de vista, sostengo que ninguna de las múltiples excepciones inventadas por algunos sistemas puede tener validez suficiente para destruir todo lo que consigo encierra el término *verdad procesal*. Admitir excepciones implica pasar por alto la lógica de las reglas procesales. Pensemos ya no el caso de la excepción de la convalidación por consideraciones hipotéticas arriba criticado, sino, por ejemplo, en el descubrimiento inevitable, cuya lógica va en contra de la teoría original del acto jurídico, la cual dicta: “A es antecedente de B. Por ende, si A es nulo, entonces B también debe ser nulo”. Contrario a esta máxima de lógica jurídica, a la excepción de descubrimiento inevitable, en esencia, parece no importar el fundamento de las reglas procesales, ya que antepone a ésta una *verdad material* desapegada parámetros legislativos (normas secundarias insertas en los códigos), cuestión que no es admisible, como ya se dijo en el primer capítulo, al menos dentro de las democracias constitucionales modernas respetuosas del principio de estricta legalidad.

Lo mismo podría esgrimirse para el caso de que algún juez constitucional quisiera aplicar la excepción de buena fe ¿Acaso en nuestro sistema existe una disposición constitucional que superponga “la buena fe” al principio de legalidad? Si tal argumentación fuese aplicable al derecho criminal o, peor aún, si se trasladase a otras materias del derecho, estaríamos frente a un caos en la aplicación de la justicia legal. El Poder Judicial debería valorar en todos y cada uno de los casos cuál fue la intención del poder público para interferir en los derechos de los particulares. Esto, lógicamente, implica considerar que los

poderes del estado poseen “voluntades”, en lugar de “facultades”, idea que va en contra de la lógica de un Estado de Derecho compuesto por normas y no por abstracciones.

En la mal llamada excepción de “fuente independiente” no me detendré, porque considero que la misma no es tal cual una excepción a la regla general de exclusión probatoria. A como su nombre lo indica, es una prueba “independiente” cuyo antecedente no consiste en una premisa A tachada de nulidad, sino que es un medio obtenido bajo una base independiente de supuestos todos válidos.

Considero, a bien, que ninguna de las excepciones esgrimidas tanto por los códigos como por la jurisprudencia de otros sistemas jurídicos logra argumentar adecuadamente por qué la verdad procesal debe doblar los brazos ante otro tipo de valores o principios; mucho menos, ante aquéllos que ni siquiera se encuentran inscritos dentro de un texto fundamental (privilegiar la verdad fáctica de los hechos, condenar por política pública, disminuir la impunidad, entre otros).

La única excepción que no criticaré será el “balancing test”⁹³ alemán. Su elaborada argumentación requeriría de una investigación amplia y separada que a este trabajo ya no le incumbe tratar. Los cuatro elementos analíticos que acompañan dicha teoría (consistentes en la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión podría ocasionar) necesitan de un análisis minucioso. Sin embargo, haciéndome cargo de las consecuencias de este trabajo de investigación, no puedo omitir mencionar que para juristas como Fabricio Guariglia esa excepción de los tribunales

⁹³ Única excepción alemana a las prohibiciones de valoración (*Abwägungslehre*), así como de consecuente aceptación en otras jurisdicciones como Argentina, Estados Unidos, Puerto Rico y Colombia.

alemanes sí resulta arbitraria por abrir márgenes indebidos de subjetividad a favor de los juzgadores. No me detendré más en este punto.

El sistema jurídico que ha desarrollado con buena amplitud una cadena de diversas excepciones es el estadounidense. No obstante, ello tiene sentido después de leer la obra de William Twining. Él explica con detalle cómo, a diferencia de los sistemas continentales, el *common law* estadounidense parte no de una regla general de prohibiciones de valoración (como sería el caso de México y demás países latinoamericanos), sino de una regla de admisión de todos los medios probatorios sin limitación.⁹⁴ Es decir, Estados Unidos privilegia no la verdad procesal, sino el esclarecimiento de los hechos en el mundo fáctico.⁹⁵

Entonces, en primera instancia, parece insostenible que países con derecho penal estructurado a la manera de derecho continental-europeo (como Alemania, Argentina y México) intenten hacer valer excepciones a las reglas de exclusión en sus respectivos sistemas. El factor histórico-jurídico, diría Twining, hace entendible la aplicación de dichas excepciones en los Estados Unidos, no así en países de *civil law*, por sostenerse estos últimos bajo una lógica procesal de distinta naturaleza.

Asimismo, hago énfasis en un aspecto que he venido reafirmando capítulos atrás. Ningún valor de política pública, política criminal, combate a la impunidad, entre otros, pueden anteponerse a lógica de la aplicación de las prohibiciones de valoración probatoria. Ellas, en su carácter de reglas procesales derivadas tanto del texto fundamental como de la

⁹⁴ Twining, William, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfield & Nicolson, London, 1985.

⁹⁵ Así, fortaleciendo la opinión de Twining, se encuentra Mirfield, Peter, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1997. O, por qué no, citar el famoso pronunciamiento del Juez Crompton en el caso "R. v. Leatham": "No importa cómo haya sido obtenida una prueba, ni aún siquiera si hubiese sido robada".

legislación secundaria, no pueden ser rebasadas por principios o condiciones no plasmadas dentro del mismo texto magno, porque de ser así el sistema constitucional mexicano se disloca: a) queda sin sentido la idea de *Constitución como base del sistema* y b) se irrumpe el principio de *irradiación constitucional* de Robert Alexy.

Las figuras general y específica de saneamiento, así como la reposición del procedimiento y las excepciones del código penal adjetivo de Durango, son irrespetuosas e incongruentes en relación con la naturaleza de la regla general de nulidad que irradia a todo el sistema desde la Constitución. Si bien considero que, incluso, ellas no debieron prevalecer en el sistema mixto anterior a la reforma, con mucha menos razón deben mantenerse en el régimen acusatorio.

Tenemos, así, las siguientes conclusiones para esta primera parte. A. Deben desaparecer totalmente las figuras general y específica de saneamiento o, bien, que su aplicación sólo opere para beneficio del imputado. Aquí podría existir una tercera opción: que el legislador (y no los jueces) por seguridad jurídica haga una tasación puntual de qué formalidades son menos importantes que otras para que sólo ellas puedan sanearse. B. Debe eliminarse la figura de reposición del procedimiento, tanto para las instancias de apelación y de amparo en materia penal. En este sentido, para los juzgadores de tales instancias, la única salida debe consistir en asumir jurisdicción total y dictar una nueva sentencia para los casos que lleguen ante ellos. C. Son inadmisibles las excepciones a las prohibiciones de valoración probatoria. D. Sobre las reglas procesales no puede anteponerse valores y principios no reconocidos constitucionalmente.

IV.II Sobre los retos

Nuestro país aún no ha llegado a los niveles de debate que en relación con las prohibiciones de valoración probatoria se están produciendo alrededor del mundo. Los posicionamiento de naciones como Estados Unidos, Alemania, Italia y Argentina ya no discuten sobre la naturaleza y el reconocimiento legal o jurisprudencial de las mismas, que en México son temas que resultaron tardíos (reforma constitucional de 2008, en lo legal, y fallo de agosto de 2009 por la SCJN, en lo jurisprudencial). Los debates de aquellas jurisdicciones, antes bien, se sitúan en las limitantes y excepciones a dichas reglas procesales.

En Alemania, por ejemplo, la jurisprudencia se ha enfocado en reforzar el principio de proporcionalidad para dejar de aplicar las prohibiciones de valoración, al mismo tiempo que parte de su doctrina está intentando trasladar esa discusión al ámbito del derecho sustancial bajo la figura jurídica del “estado de necesidad”.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español tiene un debate parecido. Sobre la excepción de proporcionalidad, como ejemplo, esta nación ha reducido los cuatro elementos de análisis de la teoría alemana a sólo dos y con ello les basta para guiar su derecho penal probatorio. Sin embargo, el desarrollo de dicha doctrina tuvo inicio en 1988 y al día de hoy sigue siendo conflictiva. Lo mismo pasa con los tribunales argentinos desde el caso “Aguirre Domínguez” de 1997; su derecho penal acepta con ciertas reservas las excepciones a las prohibiciones de valoración.

Resulta, entonces, que mientras otros sistemas jurídicos ya han desarrollado elaboradas teorías como el *balancing test*, el *purged taint*, la teoría del riesgo, los campos

abiertos o la división del proceso para explicar cuál debe ser la aplicación adecuada de las prohibiciones de valoración en los sistemas contemporáneos, en México tenemos un terreno virgen que a la jurisprudencia le corresponderá llenar.

Al día de hoy, en nuestro país no existen excepciones ni legales ni jurisprudenciales a las prohibiciones de valoración, lo cual considero del todo benéfico y provechoso, porque serán los mismos tribunales quienes caso por caso irán delineando la aplicación de tales reglas. Si bien, como en su momento manifesté, en la práctica nos podríamos topar con que los juzgadores prefieran anteponer principios no constitucionales y de política pública sobre la teoría de las nulidades, ello aún no ha sido asentado en precedentes obligatorios y vinculantes.

Por ello, con excepción del ya estudiado artículo 82 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Durango reformado y que consideré inconstitucional, observo que nuestro sistema jurídico tiene frente a sí la posibilidad de comenzar a construir precedentes congruentes y bien informados que privilegien la teoría de las normas y la teoría de la Constitución referidas en el cuerpo de este trabajo.

Mucho ha sido escrito en los últimos cuarenta años por la doctrina en otros sistemas jurídicos, lo cual puede consistir en una herramienta para que nuestros jueces, ministerios públicos y litigantes trabajen de mejor manera por la construcción de una doctrina respetuosa de la legalidad, de respeto al procedimiento y de beneficio al imputado.

Si bien en este trabajo de investigación se observó que la reforma constitucional no trajo consigo nuevos derechos fundamentales, al mismo tiempo que no aumentó ni disminuyó los requisitos procesales para la recolección probatoria dentro de los

ordenamientos secundarios, sí se deduce que la observancia adecuada de las prohibiciones de valoración (aún con el texto constitucional anterior) por sí misma consagra un sistema respetuoso de las garantías individuales.

La naturaleza de las prohibiciones hace que su simple aplicación en cualquiera instancia proteja todos los derechos fundamentales y todas las normas procesales penales.

Aclaro que no estoy afirmando que la reforma constitucional no es benéfica, ya que, en principio, ella es mucho más amplia de lo que en este trabajo se refirió. Aquí sólo se tomó la arista probatoria, pero faltaron muchas más (la consagración constitucional del delito de delincuencia organizada, la figura del arraigo, la disminución de los requisitos para ejercitar la acción penal e, incluso, los ajustes en torno a la flagrancia).

Considero que tiene aspectos tanto atinados como otros contradictorios y fuera de lugar. No obstante, al final del día pienso que una reforma constitucional sí funge como un operador que modifica la lógica de todo un sistema penal que, para este caso, consiste en emitir una señal hacia todos los actores de que en este país se respeta la presunción de inocencia, la defensa adecuada, la correcta tutela jurisdiccional y las formas procesales. Y si ello era necesario para sacar adelante nuestro aparato de impartición de justicia penal de las indeseadas prácticas ministeriales y judiciales, entonces no me queda más que levantar la mano a favor y darle la bienvenida.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, 601 p.
- Amelung, Knut, en *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, Dunker & Humblot, Berlín, 1990.
- Anton Mittermaier, Karl Joseph, “De la prueba en materia criminal en general y de su diversa organización, según que la sentencia pertenezca a jueces propiamente dichos (jueces de derecho) o jurados” en *Tratado de la prueba en materia criminal*, Trad. Primitivo González del Alba, Parte primera, Fabián J. Di Plácido Editorial, Argentina, 1999, 648 p.
- Arenas Echeverrú, Nicolás Álvaro, et. Al., *La prueba ilícita y la Regla de exclusión*, Editorial Leyer, 1ª edición, Colombia.
- Arozamena Lazon: “Consideraciones generales sobre la prueba ilícita” en *Actualidad Penal*, número 4, 1999-I.
- Beccaria, Cesare, *On crimes and punishments, and other writings*, Cambridge University Press, Nueva York, 1995, 177 p.
- Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Colofón, 7ª edición, México, 2004, 115 p.
- Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II., versión española de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Ed. Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1977.
- Chiesa Aponte, Ernesto., *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen I, Editorial Forum, 1995.

- Coquillat Vicente, Ángela, et. Al., *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Volumen I, Víctor Moreno Catena (Director), Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2000.
- Damaska, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London, 1997.
- Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Colección Tesis Doctoral, Capítulo III, Buenos Aires, 2005, 265 p.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, 689 p.
- Hairabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad- Hoc Villela Editor, Buenos Aires, 2002.
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, 315 p.
- Maier, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Miniville, Bernardette, *La prueba ilícita en el derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1987.
- Mirfield, Peter, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Pastor, Daniel R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, U. N. C., Lerner, Córdoba, 2001.
- Strong, John, et. Al. *Evidence*, West Publishing, Minn., 1992.

- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2ª edición, Themis, México, 1998, 571 p.
- Twinining, William, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfield & Nicolson, London, 1985.