

EL ENDEBLE COMPROMISO DE LA PRIMERA SALA CON LA PRUEBA ILÍCITA

Raymundo Gama Leyva*

El pasado 6 de noviembre se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* la tesis aislada número 1a. CCCVXI/2015 (10a.), con el rubro "PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN". En ella, la Primera Sala deja de lado la doctrina de la eficacia refleja de la prueba ilícita (conocida también como la teoría de los frutos del árbol envenenado)¹ para dar entrada, por la puerta grande, a

* Es profesor e investigador de tiempo completo del departamento de Derecho del ITAM.

¹ El precedente de la Primera Sala que tradicionalmente suele mencionarse es el Amparo Directo en Revisión 1621/2010, del 15 de junio de 2011, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar. De esta ejecutoria surgió la tesis aislada núm. 1a. CLXII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, pág. 226. De este mismo asunto surgieron otras tesis adicionales sobre el tema de la prueba ilícita en las que se aborda, entre otros temas, el fundamento de la regla de exclusión en el derecho mexicano, su aplicación frente a particulares y fuera del ámbito penal. Hay una jurisprudencia previa de la Primera Sala surgida de cinco amparos directos resueltos en 2009, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío, en la que expresamente se reconoce el efecto reflejo de la prueba ilícita: "las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales". *Vid.* la tesis núm. 1a./J: 140/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, pág. 2058, de rubro "PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA".

tres excepciones que permiten romper la cadena de ilicitud: la excepción del vínculo atenuado, la excepción de la fuente independiente y la excepción del descubrimiento inevitable.

El criterio anterior supone un verdadero cambio de rumbo respecto de la línea jurisprudencial que había venido sosteniendo hasta el momento la Primera Sala, así como un grave retroceso para la protección del debido proceso en nuestro país.

No es la primera vez que se produce un intento para restringir la eficacia de la prueba ilícita. En el legislativo, el Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en la gaceta parlamentaria el 22 de septiembre de 2011, comprendía expresamente estas tres excepciones en el artículo 292.² Por fortuna esta iniciativa no prosperó. La redacción actual del artículo 262 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece la exclusión y nulidad de "cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales" sin limitar su aplicación a condición o excepción alguna.

En el seno del Poder Judicial de la Federación, las limitaciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita habían provenido hasta este momento del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que desde el año 2013

² Artículo 292. Nulidad de prueba ilícita

Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de derechos humanos será nulo

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

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

II. Exista un vínculo atenuado, o

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

ha venido estableciendo criterios jurisprudenciales que introducen la teoría del vínculo atenuado en relación con algunos supuestos.³

Lo que llama la atención de este nuevo intento por limitar la eficacia de la prueba ilícita es que proviene de la Primera Sala, cuyos Ministros se han distinguido por su compromiso con los derechos fundamentales, el debido proceso y la presunción de inocencia en destacados asuntos por todos conocidos.

Por diversas razones, la tesis aislada de la Primera Sala y la ejecutoria⁴ de la que emana resultan problemáticas. Puesto que es esta última de donde se extrae la tesis, los puntos que siguen estarán referidos a ella.

En primer lugar, en la ejecutoria se incurre en una contradicción al reconocer la eficacia refleja de la prueba ilícita (esto es, sostener que la exclusión de la prueba ilícita comprende la prueba directamente obtenida en violación de derechos fundamentales, como aquellas indirectamente derivadas de dicha violación) y, por el otro, sostener que puede limitarse la cadena de ilicitud de las pruebas "de manera enunciativa y no limitativa: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba, y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente". Reconocer la existencia de excepciones a la prueba ilícita supone privarla de la eficacia que aparentemente le atribuyen. En la sentencia no parece advertirse esta tensión, ni se hace un esfuerzo para justificar cómo se pueden hacer compatibles estas dos afirmaciones.

³ Véase la tesis I.9o.P. J/12 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, pág. 2065, de rubro PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INCUPLADO.

⁴ Se trata del Amparo en Revisión 338/2012 resuelto por la Primera Sala, en ejercicio de la solicitud de facultad de atracción número 259/2011, el día 28 de enero de 2015, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

En segundo lugar, el establecimiento de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita se traduce en la limitación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución y en tratados internacionales. En la sentencia no se aborda este aspecto desde la perspectiva de los derechos humanos. Limitándonos al texto constitucional, en la sentencia no se analiza, ni se menciona siquiera, el derecho a la exclusión de la prueba ilícita establecido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución, el cual establece claramente que "Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula". Al introducir las tres excepciones antes mencionadas, la Primera Sala está restringiendo el derecho a la exclusión de la prueba ilícita. Ciertamente, el derecho a la exclusión de la prueba ilícita, como el resto de derechos fundamentales, puede colisionar eventualmente con otros derechos, pero éste es precisamente el tipo de análisis que se echa en falta en la sentencia. De hacerse dicho análisis, habría que tener en cuenta que se trata de un derecho especialmente fuerte que no sucumbe –y no debería sucumbir– ante supuestos genéricos y potencialmente imprecisos como los establecidos en las excepciones que se introducen en la ejecutoria. En otros términos, el estándar para limitar la prueba ilícita tiene un carácter sumamente exigente.

También resulta cuestionable la manera en que se establecen excepciones a la prueba ilícita. En la sentencia no se ofrece una justificación para el establecimiento de limitaciones a la prueba ilícita; simplemente se afirma, como cuestión de hecho, que "existen limitaciones" a la regla de exclusión. La única razón que puede encontrarse es la referencia en una nota a pie de página a un manual de derecho procesal penal estadounidense y a cuatro decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos.

La apelación al derecho estadounidense se lleva a cabo sin tener en cuenta las diferencias culturales, sociales y jurídico-institucionales entre México y Estados Unidos en el tratamiento de este tema. No se tiene en cuenta, por ejemplo, 1) que la regla de exclusión de la prueba ilícita en Estados Unidos tiene origen jurisprudencial, mientras que en México se trata de una norma de rango constitucional;

2) que el efecto disuasorio es el principal fundamento de la regla de exclusión en el país vecino, mientras que el nuestro tiene su fundamento en la posición privilegiada que tienen los derechos fundamentales, y 3) que el efecto disuasorio tiene sentido respecto de violaciones cometidas por las autoridades, mientras que en México la exclusión se aplica tanto a las violaciones cometidas por autoridades como en aquellas cometidas por particulares.

Éstas y otras diferencias impiden hacer un trasplante sin que previamente se haya examinado la compatibilidad entre dos sistemas respecto de este tema concreto. Pero hay más, la doctrina jurisprudencial que se cita no tiene en cuenta los desarrollos jurisprudenciales de las últimas tres décadas. No tiene en cuenta sentencias recientes como *Hudson v. Michigan* (547 U. S. 586 2006) o la todavía más reciente *Herring v. United States* (555 U. S. 135 2009) en las que la Suprema Corte estadounidense priva prácticamente de sus efectos a la regla de exclusión (tanto de los efectos directos como de los indirectos), pasando por alto además que se trata de decisiones muy criticadas por la propia doctrina de ese país. Lo que allí se asume como problemático aquí se asume como pacífico.

Pero hay una cuarta y quizá más importante razón para cuestionar el establecimiento de este criterio por parte de la Primera Sala: la necesidad de garantizar de manera plena y contundente una regla de exclusión que permita paliar las violaciones de derechos fundamentales que se cometen en nuestro país. Como sostiene Marina Gascón, "si se negara el efecto reflejo, la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirectamente obtenida se estaría dando cobertura (e incluso incitando) a la lesión de derechos".⁵ Dadas las violaciones que ocurren en este país no conviene que sigamos por ese camino.

⁵ Marina Gascón, "Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en Jordi Ferrer, Marina Gascón, Daniel González Lagier y Michele Taruffo, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, 2011, p. 60. Disponible en línea en el siguiente enlace: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/5.pdf>