

---

---

# PRUEBAS ILICITAS

*Por la Dra. Ada Pellegrini Grinover*

*Profesora Titular de Proceso Penal de la Facultad de  
Derecho de la Universidad de San Pablo (Brasil).*

## SUMARIO

1 - Límites al derecho a la prueba; 2- Método probatorio y legalidad en el régimen de la prueba; 3 - El error de «verdad material» como libertad absoluta del juez penal ; 4 - Pruebas ilícitas: ubicación del tema; 5 - Las pruebas ilícitas: límites del tema. 6 - La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos; 7 - teoría de la proporcionalidad y prueba ilícita «pro reo»; 8 - La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas en el derecho brasileño; 9 - Las balizas de exclusión de la Constitución brasileña; 10 - Las consecuencias de la admisión de la prueba ilícita; su ineficacia; 11 - Conclusiones.

### 1 - Límites al derecho a la prueba.

**E**l derecho a la prueba, aún cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa y el contradictorio, no es absoluto, reconociendo límites.

Son ejemplos de esos límites los impedimentos para deponer de personas que, en razón de función, ministerio, oficio o profesión; deben guardar secreto (art. 207 CPP); o la negativa a deponer consentida a los parientes y afines del acusado (art. 206 CPP); o las restricciones a la prueba establecidas en la ley civil, cuando se trata del estado civil de las personas (art. 155 CPP).

Es que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto, a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscriptos en la sociedad. De tal modo que no es más en

relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de derecho, tanto los derechos como sus limitaciones.

Otro orden de consideraciones también lleva a la necesidad de colocar límites al derecho a la prueba: el proceso solo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes.

Por eso es que el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal Militar, en reglas consideradas superlativas y aplicables a todo y cualquier proceso, consideradas superlativas y aplicables a todo y cualquier proceso, consideran inadmisibles los medios de prueba moralmente ilegítimos (art. 132 CPC), o que atenten contra la moral y la seguridad individual o colectiva (art. 293 CPPM).

Y es precisamente en el proceso penal, donde resalta la libertad individual, que se torna más nítida la necesidad de poner límites a la actividad instructoria. La dicotomía «*defensa social - derechos individuales*» asume frecuentemente connotaciones dramáticas en el juicio penal y la obligación del Estado de sacrificar en la menor

medida posible los derechos de la personalidad del acusado se transforma en la piedra de toque de un sistema de libertades públicas.

## **2 - Método probatorio y legalidad en el régimen de la prueba.**

Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, en la observancia de reglas preestablecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable. El método a través del cual se indaga debe constituir, por sí solo, un valor, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes.

Así entendido, el rito probatorio no configura formalismo inútil, transformándose por sí mismo en una finalidad legal, en una exigencia ética a ser respetada, en un instrumento de garantía para el individuo.

La legalidad en el régimen de la prueba no indica un retorno al sistema de la prueba legal, sino que señala la defensa de las formas procesales en nombre de la tutela de los derechos del acusado: las viejas reglas de la prueba legal se presentaban como reglas para la mejor investigación de la verdad; su valor era un valor de verdad. Hoy, bien por el contrario, las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía.

De dos maneras puede ser regulado el sistema de legalidad de las pruebas: podemos establecer, positivamente, determinadas modalidades para la admisibilidad de las pruebas; o el material probatorio puede ser seleccionado, negativamente, a través de una serie de reglas de exclusión.

Corresponde destacar que una cosa son las reglas legales sobre valoración judicial, hoy superadas; y otra, bien distinta, son las reglas de admisibilidad o de exclusión de determinados medios de prueba. Es-

tas últimas deben ser aceptadas y establecidas aunque en el plano de investigación de los hechos puedan representar algún sacrificio.

## **3 - El error de la «verdad material» como libertad absoluta del juez penal.**

El concepto de verdad material como principio atinente a la investigación probatoria, fue objeto de polémicas ya clásicas por parte de los estudiosos del proceso civil y del proceso penal.

La prueba penal es una reconstrucción histórica: es irrelevante que los hechos sean incontrovertidos a pesar de la conformidad de las partes el juez penal debe investigar siempre, con la finalidad de recoger la prueba que pueda hacerle conocer los hechos reales y verdaderos. Por eso se dice que en el proceso penal no rige la verdad formal sino la verdad material. Mas, en todos los sectores de conocimiento la noción de verdad está constantemente condicionada a aquella serie de valores que se traducen por el método a través del cual se desenvuelve su búsqueda.

La dicotomía «verdad material - verdad formal» que podría resultar simplemente imprecisa, pero no provocadora de serias consecuencias negativas, se transforma en algo más grave, terminando por perjudicar la teoría y la práctica penal.

Es que, según una posición o postulado básico sobre el cual se cimenta todo el sistema procesal penal éste es presentado bajo el criterio de preeminencia de la pretensión punitiva, como expresión de autoridad estatal y por el principio de búsqueda de la verdad material.

La libertad del juez penal fue vista como instrumento esencial para la realización de la pretensión punitiva del Estado; el juez penal, a diferencia del juez civil, debería estar dotado de poderes ilimitados, a los efectos del ajuste de los hechos, porque el descubrimiento de la verdad, obtenida de cualquier forma, es la premisa indispensable para

alcanzar el fin de la «defensa social». Y es así que la búsqueda de la verdad se transforma en un valor más precioso que la protección de la libertad individual.

A esta posición se responde demostrando que, tomado ese camino, se perderá fatalmente el sentido de cualquier límite y la verdad absoluta se tornaría un mito que corresponde al ilimitado poder del juez.

Es suficiente un instante de reflexión para percibir que el modo de proceder no puede valer más que el resultado. Dos procesos pueden ser imaginados: uno, en que la dignidad del hombre es envilecida; otro, en el que es respetada. Este último hace tolerables hasta los mismos errores inevitables.

Por eso es que el término «verdad material» debe ser tomado en su sentido correcto: por un lado, en el sentido de la verdad sustraída a la influencia que las partes, por su comportamiento procesal, quieren ejercer sobre ella; por otro lado, en el sentido de una verdad que, no siendo «absoluta» u «ontológica» ha de ser antes que nada una verdad judicial, práctica, y sobre todo, no una verdad obtenida a cualquier precio, sino una verdad procesalmente válida.

#### **4 - Pruebas ilícitas. Ubicación del tema.**

La cuestión de la denominada «prueba ilícita» se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.

La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida.

La prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal, o a un principio de derecho positivo.

Mas la prohibición puede ser establecida ya sea por la ley procesal, ya sea por la norma sustancial (por ejemplo constitucional o penal); puede, también, ser expresa o puede ser implícitamente deducida de los principios generales.

En el campo de las prohibiciones de la prueba, la tónica está dada por la naturaleza procesal o sustancial de la prohibición: ésta tiene naturaleza exclusivamente procesal cuando fue puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso; tiene, por el contrario, naturaleza sustancial, cuando, aún sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso.

La distinción es relevante: la violación del impedimento configura, en ambos casos, una ilegalidad; mas, en tanto en el primero habrá un «acto ilegítimo», en el segundo habrá un «acto ilícito» o inexistente.

Acompañando esa terminología, se dice que la prueba es ilegal toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba puede ser ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba ser ilícitamente obtenida.

Para la violación del impedimento meramente procesal basta la sanción erigida a través de la nulidad del acto cumplido y la ineficacia de la decisión que se funde sobre los resultados de la introducción. Mas el punto que da origen a mayores discusiones es aquel atinente a la relevancia de las pruebas cuya obtención constituya acto materialmente ilícito.

Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad.

Constituyen, también, pruebas ilícitas las obtenidas con violación del domicilio (art. 5to, XI, CF), o de las comunicaciones (art. 5to, XII, CF); las conseguidas mediante tortura o malos tratos (art. 5to, II, CF); las recogidas infringiendo la intimidad (art. 5to, X, CF), etc.

La tutela constitucional de la intimidad, de la honra o de la imagen personal parece justificar, ahora más que nunca, la negativa del sospechoso o del acusado a someterse a exámenes de partes íntimas, así como a pruebas degradantes como el «bafómetro», toda vez que nadie puede ser obligado a producir prueba contra sí mismo.

### **5 - Las pruebas ilícitas: límites del tema.**

El tema, así ubicado, está limitado en su contenido en cuanto a la oportunidad a lo dicho respecto del acto ilegal.

La oportunidad es aquel momento de la operación a través de la cual la prueba es obtenida para ser producida en el proceso: momento normalmente anterior y de cualquier modo externo con relación a aquellos en que se descompone el propio procedimiento probatorio.

Las actividades procesales concernientes a la prueba se desdoblán en cuatro momentos. Las pruebas son: a) Propuestas (indicadas o requeridas); b) Admitidas (cuando el juez se pronuncia sobre su admisibilidad); c) Producidas (introducidas en el pro-

ceso; d) Apreciadas (valoradas por el juez).

El problema de las pruebas ilícitas, así delimitado, está circunscripto a la ilegalidad propia de un acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio; por otro lado, no concierne al problema del contenido y de la veracidad de la prueba, el cual se proyecta al ámbito de su valoración.

El tema ofrece dos aspectos distintos, uno de derecho sustancial y otro de derecho procesal. El primero concierne a la constatación del acto ilícito; el segundo relativo a la admisibilidad y, en la hipótesis de su introducción en el proceso, a la utilización de la prueba ilícita.

### **6 - La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos.**

La doctrina y la jurisprudencia de diversos países oscilaron durante algún tiempo en cuanto a la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. De la posición inicial, que admitía la prueba relevante y pertinente, preconizando apenas la sanción del responsable por el acto ilícito (penal, civil o administrativo) practicado en la recolección ilegal de la prueba, llegóse a la convicción de que la prueba obtenida por medios ilícitos debe ser borrada del proceso, por más relevantes que sean los hechos por ella aportados, una vez subsumida en el concepto de inconstitucionalidad, por vulnerar normas o principios constitucionales -como por ejemplo la intimidad, o el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la propia integridad y dignidad de la persona.

La teoría, hoy dominante, de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, aprehendidas en infracción a principios o normas constitucionales, viene, no obstante, atenuada por otra tendencia, que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de

gravedad excepcional. Trátese del denominado «Verhältnismässigkeitsprinzip», o sea, de un criterio de proporcionalidad, en cuyo caso los tribunales de Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita, buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos.

Es importante observar que el principio alemán de proporcionalidad recuerda la construcción jurisprudencial de razonabilidad, tan importante y significativa en los pronunciamientos de la Suprema Corte Americana.

Excusado es decir que, reconociendo en buena hora que el subjetivismo ínsito en el principio de la proporcionalidad puede acarrear serios riesgos, algunos autores tienen admitido que su utilización podría transformarse en un instrumento necesario para la salvaguarda y mantenimiento de valores conflictivos, desde que aplicado única y exclusivamente en situaciones tan extraordinarias llevaría a resultados desproporcionados, inusitados y repugnantes si no se admitiera la prueba ilícitamente obtenida.

### **7 - Teoría de la proporcionalidad y prueba ilícita «pro reo».**

Además, no deja de ser, en último análisis, manifestación del principio de proporcionalidad la posición prácticamente unánime que reconoce la posibilidad de utilización, en el proceso penal, de la prueba favorable al acusado, aunque haya sido obtenida en infracción a derechos fundamentales suyos o de terceros.

Trátese de la aplicación del principio de la proporcionalidad, en la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente asegurado, y de modo prioritario en el proceso penal, basado íntegramente en el principio «pro reo».

Más allá de lo dicho, cuando la prueba, aparentemente ilícita, es obtenida por el propio acusado, se tiene entendido que la ilici-

tud es eliminada por causas legales, como la legítima defensa, que excluye la anti-juricidad.

Así, en la jurisprudencia y en la doctrina extranjera, se ha reconocido la conducta de la persona que graba subrepticamente su conversación con tercero para demostrar su propia inocencia.

### **8 - La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas en el derecho brasileño.**

Durante algún tiempo, estuvo dividida la doctrina brasileña respecto de la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. Además, en lo tocante a la prueba civil aplicable al derecho de familia, se puede afirmar asimismo que hasta la Constitución de 1988, preponderaba la teoría de la admisibilidad.

Igualmente en otros campos (civil y penal) todavía hay quienes preconizan la admisibilidad procesal de las pruebas obtenidas en infracción a normas del derecho material, preconizando apenas la sanción del infractor por el delito cometido en el momento de la obtención de la prueba.

Con todo, la doctrina dominante ya se colocaba en una posición contraria a la admisión procesal de las pruebas ilícitas atemperada, por muchos autores, por el principio de la proporcionalidad.

Igualmente preponderante es la posición que, en tanto contraria a la admisibilidad procesal de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, abre la excepción, en el proceso penal, a la prueba ilícita cuando es utilizada en favor del reo (ver retro N° 7).

Las Mesas de Proceso Penal, actividad ligada al Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, tomaron posición sobre la materia en las siguientes conclusiones :

Conclusión N° 48 - Denomínanse ilícitas las pruebas obtenidas en infracción a normas y principios de derecho material.

Conclusión N° 49 - Son procesalmente inadmisibles las pruebas ilícitas que infringen normas y principios constitucionales, aún cuando fueran relevantes y pertinentes y aunque no exista conminación procesal expresa.

Conclusión N° 50 - Pueden ser utilizadas en el proceso penal las pruebas ilícitamente obtenidas que benefician a la defensa.

También en la jurisprudencia brasileña ya se advertía la misma tendencia evolutiva, desde la admisibilidad hacia la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas. Así, de los fallos más antiguos, que admitían como prueba hasta la confesión extorsiva, pasando por decisiones que aceptaban la prueba de grabaciones telefónicas clandestinas, llegó a consolidar la tendencia contraria, que ya se había delineado con referencia a los registros domiciliarios y aprehensiones hechas al margen de la ley.

En la jurisprudencia más antigua, era común la admisión de la confesión policial, aún viciada, si aparecía confirmada por otras pruebas, especialmente el efectivo secuestro del producto del delito, por indicación del acusado, aún constreñido: RT 441/413, 426/439, 429/379, 440/114, 402/337, 425/372, 440/411. En cuanto a la admisibilidad de las grabaciones telefónicas clandestinas: RF 257/277; re Pro 4/403; TJSC. Bol. Jurisp. ADCOAS 21/330, 10, 26.5.1970. Para decisiones que ya repudiaban el resultado de registros y aprehensiones ilegales ver JTA Ciim. 44/168, 49/200, 53/213, 73/28, RT 441/344, 442/386.

Pero lo que había de más significativo en la materia, antes de la nueva Constitución, eran, incuestionablemente, tres fallos del Supremo Tribunal Federal prohibiendo las interceptaciones telefónicas clandestinas, sea en materia civil, sea en materia penal, para caracterizar la sólida posición ya tomada por el más alto tribunal del país.

El primer fallo es el del 11 de noviembre de 1977, ocasión en que se dispuso

desechar cintas grabadas, correspondientes a conversación telefónica de la mujer, hecha por el marido, para promover proceso por separación judicial (RTJ 84/609). Sigue a ese, en otro proceso civil, el decisorio del 28 de junio de 1984, también en caso de captación clandestina de conversación telefónica, igualmente disponiendo la exclusión de los autos de la grabación respectiva (RTJ 110/798). Finalmente, y ahora para el proceso penal, el Supremo Tribunal Federal, en fallo del 18 de diciembre de 1986 dispuso la paralización de la investigación policial basada en interceptaciones telefónicas hechas por particulares, confesadamente ilícitas (RTJ 122/47).

Y ahora, la Constitución de 1988 vino a consolidar la posición del STF, apartando del proceso brasileño, de cualquier naturaleza, la admisibilidad de las pruebas ilícitas; Art. 5to L.VI: «Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos».

Los Tribunales vienen aplicando la disposición constitucional, no permitiendo el ingreso de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso: Enmienda Parcial N° 92/90, TRF de la 3a. Región denegando enmienda parcial impetrada por el MP contra el acto del juez de la 12a. Jurisdicción Federal, excluyendo la transcripción y agregación a los autos del resultado de grabaciones clandestinas. La 5a. Cámara Civil del TJRS, en expte. N° 590.019.089 (caso Lio César Schmitt) concedió la orden para eliminar el proceso el resultado de grabaciones hechas sin el consentimiento de las personas participantes de la conversación (L.I.II.90).

## **9 - Los límites de la regla de exclusión de la Constitución brasileña.**

En primer lugar, se debe observar que la Constitución, al establecer la inadmisibilidad de las «pruebas obtenidas por medios ilícitos» trata incuestionablemente de las pruebas ilícitas, tal como han sido consideradas más arriba (ver supra N° 4), limi-

tando el tema a los parámetros ya expuestos (ver supra N° 5).

En segundo lugar, al prescribir expresamente la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, la Constitución brasileña considera la prueba materialmente ilícita también procesalmente ilegítima, estableciendo desde luego una sanción procesal (la inadmisibilidad) para la ilicitud material.

La misma técnica ya había sido utilizada en otros ordenamientos: Portugal en el art.32 de la Constitución de 1976, prohibió expresamente todas las pruebas obtenidas mediante tortura, ofensa a la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones. El Código Procesal Penal Italiano de 1988, en el art.191, I. afirma que las pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones legales no pueden ser utilizadas.

Pero algunas cuestiones todavía pueden colocarse por delante del texto constitucional, cuestiones, además, que continúan dividiendo a la doctrina y jurisprudencia en todo el mundo.

La primera es la relativa a las denominadas «pruebas ilícitas por derivación», o sea, aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida.

Es el caso de confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica donde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual la policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado.

En una posición más sensible a las garantías personales, y consecuentemente más intransigente con los principios y normas constitucionales, la ilicitud de la obtención de la prueba se transmite a las pruebas derivadas, que son igualmente excluidas del proceso.

Es la conocida teoría de los «frutos

del árbol envenenado», acuñada por la Suprema Corte Americana, según la cual el vicio de la planta se transmite a todos sus frutos. No obstante, en resonante y reciente fallo, difundido por los diarios, el Alto Tribunal Americano ha admitido, por 5 votos a 4, la prueba resultante de la confesión extorsiva.

Sin duda, esa cuestión, delicada y grave, quedará abierta a la jurisprudencia brasileña, felizmente mayoritaria, que comparte el importante precedente sentado por el STF de prevalencia de la posición que impide el ingreso al proceso de las pruebas ilícitas por derivación.

Trátase del último fallo del STF, anterior a la Constitución, en asunto relativo a la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas (ver supra N° 8) cuando, contra el voto del Relator, resolvió no solo el apartamiento de las grabaciones clandestinas, sino también la paralización del propio sumario policial, por inexistencia en los autos de otros elementos no viciados que justificasen proseguir la investigación del hecho.

Otra cuestión es la de saber si la fórmula constitucional también posibilitaría la aceptación del criterio de la proporcionalidad de la jurisprudencia alemana (ver supra N° 7).

Nótese, además, que el principio de la proporcionalidad viene siendo adoptado por parte de la doctrina brasileña y fue acogido, en vía jurisprudencial, por la 5a. Cámara del TJ de Río de Janeiro (A.I. 7.I.I.I., juzg. en 28.11.83, Rel. Barbosa Moreira, en Derecho Aplicado, del mismo autor, Río, 1987, p.164 y ss.). El fallo admitió la prueba obtenida mediante interceptación clandestina de las conversaciones telefónicas del cónyuge sospechado de adulterio por el otro, en base al principio de la proporcionalidad, valorándose de un lado el derecho a la intimidad y del otro el derecho a la prueba. Obsérvese, con todo, que el derecho a la prueba está siempre limitado por las reglas de exclusión y que si fueran esos los intereses en juego, no se podría excluir ninguna prueba ilícita que fuese la única posible en las circunstancias

concretas.

Como ya se ha dicho, no deja de configurar aplicación del principio de proporcionalidad la admisibilidad, en el proceso penal, de la prueba ilícita pro-reo.

Pensamos que, en esos casos (admisibilidad de la prueba ilícita que beneficia a la defensa, eventual aplicación del principio de proporcionalidad y vicios de la prueba regular derivada de la ilícitamente obtenida) la Constitución brasileña no rechaza radicalmente ninguna tendencia; y esto es así, porque como ya se ha dicho (supra N° 1), los derechos y garantías fundamentales no pueden ser entendidos en sentido absoluto y como enfrentados a la restricción natural resultante del principio de convivencia, que exige la interpretación armónica y global de las libertades constitucionales.

#### **10 - Consecuencia de la admisión de la prueba ilícita: su ineficacia.**

La Constitución brasileña, como hemos visto, considera expresamente inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos. Pero no establece de manera explícita la consecuencia derivada de que, a pesar de la prohibición, la prueba haya sido admitida, ingresando en el proceso.

De modo diverso lo hace el ordenamiento italiano, en el art. 191 del nuevo CPP, prescribiendo el impedimento de utilizar las pruebas que contraríen las prohibiciones legales. Recuérdesse, una vez más, la distinción entre los «momentos» del procedimiento probatorio y entre las pruebas requeridas, admitidas, introducidas y valoradas.

Mientras tanto, los principios generales del sistema constitucional orientan al intérprete en la solución de ese problema.

Afirmase así que el ordenamiento constitucional, con relación a las normas de garantía, acarrea regularmente y como consecuencia, la sanción de nulidad absoluta.

Lo menos que se podría decir, por tanto, es que el ingreso de la prueba ilícita en el proceso, «contra constitutionem», importa

la nulidad absoluta de esas pruebas, que no pueden ser tomadas como fundamento de ninguna sentencia judicial.

Mas aquí el fenómeno toma otra dimensión: las pruebas ilícitas, siendo consideradas inadmisibles por la Constitución, no se las tiene como pruebas. Trátase de un acto de negación de la prueba, que se reduce a la categoría de inexistencia jurídica. Ellas simplemente no existen como pruebas: no tienen aptitud para aparecer como pruebas. De ahí su total ineficacia.

Por eso, en grado de recurso, el tribunal deberá descalificar las pruebas ilícitas que hubieren sido irregularmente admitidas y valoradas en la sentencia. Como lo determinó STF, deben ser apartadas del proceso (ver supra N° 8). Y el tribunal juzgará la causa como si ellas no existiesen.

En fallo del 3.12.90 la 4a. Cámara del Tribunal de Justicia de San Pablo (Relator Dante Busana) descalificó la prueba ilícita, resultante de la búsqueda e incautación efectuada sin mandato judicial, con violación de domicilio, absolviendo al reo por inexistencia de prueba del hecho (Ap. Crim. 83.624/3).

Cumple advertir que no ocurre, en la hipótesis, supresión de un grado de jurisdicción, porque la cuestión controvertida fue apreciada en su integridad en primera instancia, devolviendo el recurso el conocimiento integral de la causa al tribunal, en los límites de la materia impugnada.

Después del pase al juzgado de sentencia, si estuviere apoyado en prueba ilícita, será posible, igualmente, llegar a la absolución en revisión penal. Mas, si se tratara de habeas corpus, el Tribunal deberá anular la sentencia, indicando las pruebas viciadas y determinando su apartamiento. Siendo posible también que otras pruebas resulten viciadas por derivar de la prueba ilícita, contaminando actos procesales sucesivos y ocasionando su ineficacia.

Alguna peculiaridad ofrece la cuestión de la prueba ilícita en el Jurado. Si la instancia estuviera sostenida, podrá ser reformada por la vía recursiva o anulada

mediante habeas corpus. Mas, si se consumare la preclusión o el habeas corpus no fue instado, no compete al Juez Presidente providencia alguna: el veredicto de los jurados, con todo, será irremediabilmente nulo, hasta porque la ausencia de motivación impide el conocimiento de las razones para sentenciar. Si las pruebas ilícitas hubieran ingresado al proceso, pero no hubieran sido valoradas, el Presidente mandará sacralas, antes que los jurados tomen conocimiento de ellas. Pero si a ellas se hace referencia en el plenario, contra lo dispuesto en el art. 475 CPP, el juez deberá disolver el Concejo de Sentencia.

Los tribunales norteamericanos han procedido sistemáticamente a la disolución del cuerpo de jurados en casos como el indicado en último término.

## 11 - Conclusiones.

Concluyendo, se puede afirmar que:

- a) El derecho a la prueba que se inserta en la garantía del «debido proceso», no es absoluto, encontrando límites puestos por la observancia de otros derechos de naturaleza constitucional.
- b) La legalidad en el régimen de la prueba distingue a la defensa de las formas procesales, en su enfoque de garantías.
- c) El principio de la verdad real no autoriza al juez ni a las partes a ultrapasarse los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana.
- d) Se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de la naturaleza material y principalmente contraria a principios constitucionales.
- e) La cuestión de las pruebas ilícitas se

ubica en el modo de su incorporación, se relaciona a su admisibilidad en el proceso. Otras son las cuestiones relativas a la valoración de la prueba.

f) La prueba ilícita es inadmisibile en el proceso, aunque se trate de pruebas relevantes y pertinentes. Por eso no puede ser valorada judicialmente.

g) La teoría de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas puede ser atenuada por el principio de proporcionalidad, confrontándola con otros valores constitucionalmente relevantes.

h) En el proceso penal, por lo menos, se da un caso en que encuentra aplicación el principio de proporcionalidad: es el de la prueba ilícita que favorezca a la defensa, la cual debe ser admitida con vistas a la prevalencia del valor libertad y del principio de inocencia, en contraposición con otros valores (intimidad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc).

i) Punto delicado, sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia extranjeras todavía discrepan es el atinente a la admisibilidad procesal de las «pruebas ilícitas por derivación» (las pruebas colectadas por medios lícitos pero a los que se llega por intermedio de fuentes de ilícitamente obtenidas).

j) La consecuencia del ingreso en el proceso de pruebas obtenidas por medios ilícitos es su ineficacia, debiendo ser excluidas. Será nula la sentencia fundadas en ellas.

*\* Traducido del portugués por el Dr. Elpidio Ramón Monzón.*