

La prueba ilícita^(*)

Luiz Guilherme Marinoni ^(**)

1. La separación entre los planos probatorio y fáctico

Es preciso enfatizar la separación entre los planos probatorio y fáctico. Esa distinción objetiva subraya la distinción entre el hecho y la prueba. Aunque esa distinción sea evidente, cabe dejar claro que un hecho puede ser objeto de dos (o varias) pruebas independientes.

Existiendo un hecho y dos pruebas, una puede ser ilícita y la otra lícita. A pesar de que ambas pruebas tengan el objetivo de dilucidar el mismo hecho, una es totalmente independiente de la otra, y así obviamente una de ellas puede ser considerada por el juez¹. Sin embargo, esa independencia también puede ocurrir cuando la prueba es posterior a la ilícita, pero con ella no tiene ningún vínculo.

El hecho también tiene su autonomía realizada cuando la segunda prueba, aunque proveniente de la ilícita, se desliga de ella jurídicamente, como sucede en el caso en que la validez de la última prueba es admitida con base en la teoría de que el hecho sería inevitablemente probado o descubierto, poco importando, así, que haya sido realizada a partir del resultado obtenido por medio de la prueba ilícita. Se trata de la aplicación de la teoría estadounidense de la "*inevitable discovery exception*", introducida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1984, en el juzgamiento del caso *Nix vs. Williams*².

Además, nada impide que el hecho constatado por medio de una prueba ilícita sea reconocido por el juez cuando fuera admitido o confesado en juicio, siempre que, como es obvio, esa confesión sea voluntaria.

Recuérdese, por último, para evidenciar definitivamente la separación de las esferas probatoria y fáctica, que, si la prueba ilícita no tiene eficacia en el proceso, su resultado puede ser utilizado en el plano extraprocésal para impedir la ocurrencia de un hecho que probablemente irá a ocurrir en frente de aquello que fue descubierto.

^(*) Traducción de Renzo I. Cavani Brain, con expresa autorización del autor.

^(**) Profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Postdoctorado en la *Università degli Studi di Milano*. *Visiting Scholar* en la *Columbia University Law of School*.

¹ Además de eso, el juez no puede valerse de la prueba ilícita para convencerse de lo contrario de lo que se pretendió demostrar por medio de ella.

² GÁLVEZ MUNÓZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 194.

2. La ilicitud de la prueba frente a la existencia o no del proceso, de la naturaleza del derecho violado y de la calidad del violador

Hay doctrina que distingue la prueba obtenida antes del proceso y después de su instauración. Se trata, sin embargo, de una distinción sin mucha razón de ser, pues es evidente que la ilicitud puede ocurrir antes del inicio del proceso –como acontece, por ejemplo, con la grabación clandestina de una conversación telefónica– o después de su instauración, en violación de derechos procesales o materiales. Nótese que no hay procedencia en vincular la violación del derecho material al momento preprocesal. Ahora, si un testigo es constreñido a declarar en determinado sentido, existe violación de un derecho fundamental material dentro del proceso.

Otros, percibiendo esta cuestión, prefieren distinguir la prueba obtenida con violación del derecho material de la prueba obtenida con violación del derecho procesal. Así, la prueba testimonial obtenida mediante coacción no sería confundida con una prueba obtenida con violación del contradictorio.

Sin embargo, es preciso percibir que una prueba puede violar simples reglas del procedimiento probatorio –cuya necesidad de observancia no es imprescindible para la protección de las garantías de la parte– y derechos fundamentales procesales. En esa última hipótesis, la prueba contiene un vicio tan grave por cuanto viola un derecho fundamental material, cuando la separación de la prueba según la naturaleza del derecho violado pierde sentido.

Por fin, no importa quién violó la norma que generó la ilicitud, si un funcionario público o un particular. Aunque esa cuestión importe para el proceso penal –en el que la prueba ilícita es generalmente obtenida antes del inicio del proceso, en violación a un derecho fundamental material y por un agente público–, es evidente que la prueba ilegalmente obtenida por un particular merece la misma reprobación.

3. Ilicitud en el plano del derecho material: i) en la obtención de la prueba pre-constituida, ii) en la obtención de las informaciones consustanciadoras de la declaración testimonial, iii) en la formación y en la producción de la prueba y iv) en la utilización de la prueba pre-constituida

En el plano del derecho material, es posible pensar, en primer lugar, en la obtención ilegal de la prueba pre-constituida o de los conocimientos necesarios para la declaración testimonial.

Si una prueba fue lícitamente constituida, pero fue posteriormente obtenida de modo ilícito –por ejemplo, por medio de invasión de domicilio–, el medio de prueba, en sí mismo, es lícito, aunque su obtención haya ocurrido mediante violación del derecho material.

Situación parecida acontece cuando la declaración testimonial es prestada a partir de conocimientos obtenidos de modo ilícito. Así, por ejemplo, cuando el testigo obtuvo las informaciones mediante el espionaje de las actividades de la parte. En ese caso, no se puede decir que la prueba fue obtenida de modo ilícito, pero sí que las informaciones reveladas a través de la prueba fueron obtenidas de forma ilícita.

Además de eso, no hay cómo olvidar separar las hipótesis en que la ilicitud está en la *formación* de la prueba de aquellas en que la ilicitud está en su *producción*. Ejemplos del primer caso acontecen cuando alguien es coaccionado a hacer una declaración por escrito, a posar para una fotografía o a prestar una declaración grabada. Pero cuando *el testigo* es coaccionado a declarar (en el proceso), la ilicitud está en la producción de la prueba.

Nótese, sin embargo, que cuando es hecha la grabación clandestina de una conversación telefónica el declarante *no es forzado* a hablar, aunque la prueba sea *obtenida* de forma ilícita, mediante invasión de la intimidad.

Además de los casos de formación, producción y obtención de pruebas de modo ilícito, hay situaciones en que la ilicitud proviene del *uso* de un documento como prueba, así como sucede con la utilización de un diario íntimo en el proceso. Se trata de una situación en que la ilicitud está en la exposición del contenido del documento³.

4. Ilícitud en el plano del derecho procesal: i) en la admisión de la prueba y ii) en la producción de la prueba

Hay reglas procesales que regulan la fase de admisión de la prueba. Así, por ejemplo, la admisión de la prueba debe considerar el momento de su requerimiento. Sin embargo, tampoco pueden ser *admitidas* las pruebas documentales obtenidas o formadas con violación del derecho material y los documentos que se vuelven ilícitos cuando son utilizados en el proceso.

En lo que respecta al testigo coaccionado y el testigo que se vale de conocimientos obtenidos de modo ilícito, la violación ocurre en el momento de la *producción* de la prueba. En el primer caso la coacción es *contemporánea a la producción* de la prueba y, en el segundo, aunque la violación de la intimidad para la obtención de las informaciones sea anterior, la ilicitud de la prueba se da en el exacto momento en que el testigo presta su declaración, esto es, cuando la prueba testimonial *es producida*. Eso evidencia claramente que la ilicitud en la producción de la prueba puede provenir de la violación del derecho material.

Sin embargo, la ilicitud de la *producción* (no de la *formación*) de la prueba deriva, en regla, de violación del derecho procesal. Así, por ejemplo, cuando se violó el contradictorio en la producción de la prueba testimonial o no se

³ Cfr. ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 25-27.

permitió a las partes acompañar el trabajo del perito, por no haber tenido conocimiento de la fecha y del lugar en que la prueba pericial tuvo inicio, conforme exige el artículo 431-A del CPC. En esos casos, no hay cómo negar que la producción de la prueba fue conducida de modo ilícito, o que hubo ilicitud en la producción de la prueba. Pero esa ilicitud está en el plano del derecho procesal.

Nótese, en resumen, que la admisibilidad y la producción de la prueba tienen relación con los planos de los derechos material y procesal. Una prueba puede ser indebidamente -ilícitamente- admitida en el proceso -en violación del derecho procesal-, y una prueba ilícita en el plano del derecho material puede ser indebidamente -y una vez más ilícitamente- admitida en el proceso. De otra parte, una prueba puede ser producida mediante violación del derecho material o en desacato al derecho procesal.

5. La gravedad de la violación

Frente a lo que se acaba de exponer, puede haber faltado la idea de que la violación de un derecho material (derecho a la intimidad) es más grave que la violación de una regla procesal.

En determinada perspectiva, la prueba ilícita puede ser vista como algo que no existiría si no fuese la violación del derecho material. Así, la prueba obtenida mediante invasión de domicilio, de violación de correspondencia o de grabación clandestina de conversación telefónica. Sin esos actos no habría cómo hablar de ilicitud.

Nótese que hay pruebas que son dependientes del ilícito y pruebas en cuyo procedimiento (procesal) hubo una ilicitud. En algunos casos la prueba existe porque el ilícito fue practicado y, en otros, la existencia de la prueba no es consecuencia de la ilicitud. O sea, la prueba obtenida mediante grabación clandestina o coacción, por ejemplo, resulta de un ilícito; pero, la prueba en cuyo procedimiento fue violada una regla procesal -o el contradictorio- no constituye el resultado de esa violación. En ese sentido, sería posible concluir que la prueba que resulta de la ilicitud es más grave que la prueba en cuyo procedimiento el ilícito fue practicado, pues en el primer caso la prueba es irremediabilmente ilícita⁴.

Sucede que no es solamente la relación de la prueba con la ilicitud la que importa -sea directa o no-. Aunque la prueba no constituya el resultado directo de la ilicitud, esta varía conforme a la calidad de la norma violada. La violación de una norma procesal puede ser graduada, partiéndose de una simple irregularidad para llegar a la lesión de un derecho fundamental procesal.

⁴ GÁLVEZ MUNÓZ, Luis. Op. cit., p. 93 y ss.

Si determinadas reglas procesales infraconstitucionales tienen la función de reglamentar un derecho fundamental y otras pueden simplemente reproducir los términos de normas constitucionales, hay reglas procesales infraconstitucionales que no son imprescindibles para la efectividad de cualquier derecho fundamental procesal.

Por tanto, cuando la prueba es el resultado de un *procedimiento* en que fue cometido un ilícito (y no el *resultado directo* de la ilicitud), es preciso atribuirle significado, una vez que la prueba y el ilícito, en el caso, se pueden separar. La repercusión del ilícito sobre la prueba podrá ser mayor o menor conforme a la indispensabilidad de la regla violada para la protección de los derechos fundamentales procesales.

En el caso en que la regla infraconstitucional violada repite los **dizeres** (las palabras) de la norma constitucional, no hay duda respecto de la violación del derecho fundamental procesal. *Fuera de ahí, para definirse la importancia de la norma infringida, es preciso indagar sobre su esencialidad para la efectividad del derecho fundamental procesal.*

Esa constatación revela que una prueba que resulta de un procedimiento en que fue cometido un ilícito no es necesariamente ineficaz. La valoración de su eficacia depende de la mayor o menor esencialidad de la norma procesal violada, no constituyendo una consecuencia automática del ilícito.

No es correcto pensar, sin embargo, que esto resulta de la ya referida idea de que las pruebas deben ser diferenciadas conforme tengan origen en la violación del derecho material o en la violación del derecho procesal. Una prueba que viola directamente un derecho fundamental procesal o regla que repite **sus dizeres** (palabras), obviamente no confiere al juez el poder de valorar su eficacia. Como es evidente, la prueba obtenida al final del procedimiento que violó el principio de publicidad no merece menor rigor de la prueba que es resultado de la violación del derecho a la intimidad.

El hecho de que la violación del derecho material implique la sanción en el plano del derecho material, y no únicamente en el proceso, no tiene ninguna relevancia en el presente caso. Ahora bien, el problema, en ese momento, no es el de determinar lo que acontece en el plano del derecho material –del derecho penal, etc.–, pero sí el de precisar la repercusión de la ilicitud en el proceso civil, importando poco si esa ilicitud proviene del derecho material o respecta a la violación de una norma de naturaleza procesal.

6. La prueba obtenida con violación de regla procesal que no implica lesión a derecho fundamental. Consecuencias.

En el caso de violación de derecho material, de derecho fundamental procesal o de regla procesal imprescindible a su observancia, la prueba es ineficaz en el proceso civil.

La prueba no puede ser sanada cuando la ilicitud es su causa. La prueba solamente puede ser sanada cuando constituye el punto final de un procedimiento *en que hubo una ilicitud*. En esa línea, es posible decir que la prueba que resulta de la violación de un derecho material no puede ser sanada, no sucediendo lo mismo con la prueba en cuyo procedimiento ocurrió un ilícito.

Sin embargo, eso no significa que todas las pruebas que *no* constituyen resultados de ilícitos sean sanables. La prueba producida *con violación* del derecho procesal –o mejor, que no constituye el *resultado del ilícito*, pero sí el *resultado del procedimiento en que ocurrió el ilícito*– puede ser sanada solamente en las hipótesis en que la regla violada no es *esencial* para la protección de un derecho fundamental procesal –así como los derechos al contradictorio y a la defensa–.

En estos casos, teniendo en cuenta de que la violación de la regla procesal puede permitir la salvación del resultado del procedimiento probatorio –esto es, de la prueba–, nada impide que este sea recuperado mediante la observancia del requisito legal ignorado.

Además, cuando se considera la prueba obtenida con violación de regla no esencial, no hay razón para negarse eficacia a su resultado. Al contrario, en la hipótesis de violación de derecho fundamental, sea material o procesal, la prueba no puede generar consecuencia alguna en el proceso.

O sea, el descubrimiento que se obtuvo con la prueba solamente puede tener influencia en el proceso cuando el ilícito no es su causa (hipótesis de violación del derecho material) y no cuando violó un derecho fundamental procesal en el procedimiento que en esta resultó. Si la prueba deriva del ilícito o su obtención implicó la violación de derecho fundamental procesal, su descubrimiento debe considerado una “nada”, sin ninguna posibilidad de influir sobre el convencimiento del juez.

En el caso en que no fue violada una regla procesal esencial, la prueba, aunque no sea sanada, puede tener repercusión en el proceso, a pesar que no pueda ser valorada como tal. En esta específica situación, el descubrimiento traído por la prueba puede ser considerado libremente por el juez, que puede conjugarlo con otras pruebas lícitas para analizar los hechos presentados a su juzgamiento. Para ello, el juez deberá exponer y explicar, en la motivación, porqué la violación de una regla procesal no desacreditó el descubrimiento en su totalidad. Después, tendrá que relacionar este descubrimiento, relativo a la prueba manchada, con aquello que fue evidenciado por medio de las pruebas lícitas, argumentando, de modo racional, la vinculación entre el descubrimiento obtenido por medio de la prueba ilícita y las pruebas lícitas.

7. La norma constitucional que prohíbe las pruebas “obtenidas por medios ilícitos”

El art. 5, LVI, de la CF afirma que “son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. Ese artículo se refiere a las pruebas obtenidas mediante la violación del derecho material, pues es obvio que las pruebas no deben violar los derechos procesales.

Tales pruebas, en regla, violan derechos fundamentales materiales, como los derechos a la inviolabilidad de la intimidad, de la imagen, del domicilio y de la correspondencia, etc. (art. 5, X, XI y XII, CF).

La prueba que resulta de la violación del derecho material no puede ser sanada ni producir ningún efecto en el proceso. En esos casos, como ya fue dicho, no se puede aprovechar nada de la prueba, una vez que el ilícito es su causa⁵.

No obstante, si, por ejemplo, la prueba fue obtenida mediante la violación de la comunicación telefónica⁶, nada impide que una *nueva prueba* venga a recaer sobre el hecho que la prueba ilícita intentó esclarecer, siempre que esa *nueva prueba* reciba la debida autorización judicial (art. 5, XII, CF). En esta hipótesis, como es obvio, no hay cómo pensar que la prueba fue sanada. Lo que ocurrió fue la realización de una *nueva prueba de forma ilícita*.

8. Fundamento y significado del art. 5, LVI de la CF

La razón de ser de la prohibición insertada en el art. 5, LVI de la CF está en la insuficiencia de sancionar la prueba ilícita solamente en el plano del derecho material. Para una mayor protección de los derechos es preciso negar eficacia a la prueba en el proceso.

Esta constatación es extremadamente importante para la comprensión del tema de las pruebas ilícitas. El art. 5, LVI, de la CF no vedó la violación del derecho material para la obtención de la prueba –pues esto está prohibido por otras normas–, pero prohibió que la prueba ilícita tenga eficacia en el proceso.

⁵ GÁLVEZ MUNÓZ, Luis. *Idem*, p. 148 y ss.

⁶ Recuérdese, sin embargo, que la grabación de la conversación telefónica por uno de los interlocutores no constituye ilícito. En este sentido ya decidió el Tribunal de Justicia de São Paulo: “Lo que la Constitución veda es la interferencia de tercero en el interior del diálogo, sin aceptación del comunicador o del receptor. Aquello que se domina de interceptación, dando causa a la grabación clandestina. Pero la conversación regular entre dos personas que se aceptan como comunicador y receptor, en libre expresión del pensamiento, admite grabación por una de las partes, así como sería posible grabar el tenor de conversaciones directas, sin el uso de aparato telefónico” (RT. 698/160). En el mismo sentido decidió el Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo: “Es posible como prueba la grabación en cinta magnética hecha unilateralmente por uno de los interlocutores aunque con el desconocimiento del otro, pues solamente ocurre el secreto de las comunicaciones cuando la interceptación es hecha por tercero, sin la autorización de ninguno de los interlocutores, conforme lo dispuesto en la Ley 9.296/96” (RT. 750/654). Ver, también, RT 699/71; RT 731/334; *Revista de Jurisprudência do TJRS* 190/282. Por el mismo motivo, no hay ilicitud en llevar a juicio la grabación de recado dejado en un contestador electrónico, siempre que, como es obvio, aquel que quiera la producción de la prueba tenga acceso al aparato.

Por otro lado, la prohibición de la prueba ilícita no deriva de la necesidad de garantizarse el descubrimiento de la verdad, ya que no se puede ignorar que alguien puede verse tentado a obtener una prueba de forma ilícita justamente para demostrar la verdad. En realidad, si tal prueba no implicase la violación de derechos, la búsqueda de la verdad debería imponer su utilización en el proceso.

El art. 5, LVI, de la CF limita la búsqueda de la verdad, que deja de ser posible por medio de pruebas obtenidas de forma ilícita. El interés de encontrar la verdad cede frente a las exigencias superiores de efectiva tutela de los derechos.

Frente a ello, es incuestionable que hubo una opción por el derecho que puede ser violado por la prueba en detrimento del derecho al descubrimiento de la verdad. Sin embargo, la cuestión es saber si esta opción excluye una posterior ponderación –ahora por el juez– entre el derecho que se pretende hacer por medio de la prueba ilícita y el derecho material violado.

Destáquese que la norma constitucional solo afirma que nadie puede buscar la verdad violando derechos. Pero no consideró el hecho de que la verdad es anhelada en procesos de diversas especies –penal, civil, laboral– y frente a diferentes derechos.

9. La opción del proceso penal y la ausencia de opción en el ámbito del proceso civil

La influencia del proceso penal sobre la idea de prohibición de prueba ilícita es muy grande⁷. Como en este sector la obtención de la prueba es concedida a la policía en una fase anterior al proceso, es visible la necesidad de colocarse frenos en la actividad policial para impedir la obtención de pruebas mediante la violación de derechos fundamentales. Para disuadir al agente público de obtener prueba sin respetar los derechos, es eficaz prohibir su utilización en el proceso.

En esta situación hay un proceso en que se enfrentan el Estado –titular de la pretensión punitiva– y el particular –titular del derecho de libertad–. Sin embargo, ahí hay nítida preferencia por el derecho de libertad, que se coloca, en una escala jerárquica, en posición de supremacía en relación a la pretensión punitiva estatal.

Recuérdese que *en el proceso penal el reo debe ser informado de su derecho de permanecer callado, mientras que, en el proceso civil, las partes tienen el deber de decir la verdad*. La Constitución Federal otorga al preso el derecho de ser informado de que puede quedar callado (art. 5, LXIII, CF). No se trata apenas de un

⁷ Tanto es verdad que la Constitución de la República Portuguesa trata las pruebas ilícitas en el n. 8 del art. 32, que se refiere expresamente a las garantías del proceso penal.

derecho de callar, sino de un *derecho de ser informado* de la posibilidad de callar. En caso esta información no ocurra, la prueba obtenida por medio de la declaración es ilícita. Además, no se puede olvidar que el proceso penal está marcado por la llamada presunción de inocencia, mientras que, en el proceso civil, el juez puede inclusive definir el mérito con base en verosimilitud, en los casos en que lo demandado asumió el riesgo de *no esclarecimiento* de la cuestión de hecho⁸.

Esa diferencia refleja la distinción entre los bienes propios a estos procesos. En el proceso penal, el derecho de permanecer callado y la presunción de inocencia reflejan la prominencia del derecho de libertad. En el proceso civil, el deber de ambas partes de decir la verdad y del Poder Judicial de prestar tutela al derecho con base en verosimilitud refleja la imposibilidad de definirse, *en abstracto*, un derecho o una posición procesal de mayor relevo.

De modo que las diferentes realidades situadas en cada uno de los procesos no pueden dejar de ser tenidas en consideración cuando se piensa en la prueba obtenida de modo ilícito. Al intentarse uniformizar la manera de comprender el proceso penal y el proceso civil es posible caer en el engaño de pensar la prueba ilícita como algo que no tiene ninguna relación con las diversas situaciones puestas en estos diferentes procesos.

Ahora, el proceso penal está marcado por el énfasis en el derecho de libertad, al paso que el proceso no tiene opción por ninguno de los derechos que pueden chocar, inclusive porque esta opción no puede ser tomada en abstracto. Esto quiere decir que la norma del art. 5, LVI, de la CF puede ser conjugada con la opción del proceso penal, pero, cuando es pensada para el proceso civil, solamente puede vincularse a una falta de opción, o mejor, a la necesidad de que la opción sea hecha por el juez en el caso concreto.

Es inevitable percibir, por tanto, que la norma constitucional prohibió la búsqueda de la verdad mediante la violación de derechos, pero no vedó la tutela de derecho en caso de indispensabilidad absoluta de la prueba ilícita, mediante el empleo del método del balance de derechos (el que se busca tutelar y el que fue violado) y de la consideración de las circunstancias del caso concreto.

10. La prohibición de la prueba ilícita en el proceso civil y la regla de la proporcionalidad

⁸ Como ya dijimos, partiéndose del presupuesto de que aquel que viola una norma de prevención o de protección acepta el riesgo de producir daño, la aceptación de ese riesgo implica, por lógica, asumir el riesgo relativo a la dificultad en la elucidación de la causalidad entre la violación y el daño, o mejor, en asumir la carga de la prueba capaz de esclarecerla. Vale decir que, cuando hay una situación de no esclarecimiento que puede ser imputada al demandado, la sentencia puede invertir la carga de la prueba, admitiéndose, en esencia, una sentencia fundada en verosimilitud. Ver MARINONI, Luiz Guilherme y ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*, v. 2, 7ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270 y ss.

Alguien podría decir que la norma que prohíbe la prueba ilícita, por instituir un derecho fundamental que no posee restricción expresamente autorizada, no podría sufrir ninguna limitación⁹. Sin embargo, un derecho fundamental no dotado de expresa previsión de restricción no indica una posición definitiva acerca de su limitabilidad¹⁰.

La dificultad de la cuestión de las restricciones no expresamente autorizadas a los derechos fundamentales se vincula al problema de resolución de las colisiones entre los derechos fundamentales y otros bienes dignos de protección. De ahí la importancia de la regla de proporcionalidad o de un método de balance de bienes en el caso concreto.

Cabe recordar que casi todos los países que acogieron la prohibición de la prueba ilícita fueron obligados a admitir excepciones a fin de preservar determinados bienes y valores dignos de protección¹¹. Con base en la regla de proporcionalidad, los tribunales americanos y alemanes admiten excepciones a la prohibición de las pruebas ilícitas cuando es necesaria la realización de exigencias superiores de naturaleza pública o privada, argumentando que la proporcionalidad es esencial para la “justicia en el caso concreto”¹².

La regla de proporcionalidad es admitida en el derecho brasileño, aunque muchas veces tenga su aplicación impugnada frente a la norma constitucional que prohíbe las pruebas ilícitas. El argumento es que la Constitución Federal ya hizo la ponderación entre la tutela del derecho material y el derecho al descubrimiento de la verdad. Afirma Luis Roberto Barroso, por ejemplo, que la “Constitución brasileña, por disposición expresa, retiró la

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 569.

¹⁰ “Tener un derecho fundamental no significa tener una posición jurídicamente sustentada en naturaleza absoluta, definitiva o cerrada, aunque, en el decurso de su efectivización, los derechos fundamentales se concreten en posiciones jurídicas que pueden reunir esas características. Tener un derecho fundamental de libertad significa, en su dimensión subjetiva, tener una posición *fuerte* de garantía de libertad y autonomía personal, que vincula directamente las entidades públicas y que estas, inclusive cuando actúan en las **vestes (sob a proteção)** del legislador democráticamente legitimado, no disponen libremente y donde solo pueden intervenir siempre que sean cumplidos los estrictos requisitos constitucionales. Sin embargo, dada la ineliminable necesidad de que esas posiciones –o, en su dimensión objetiva, los valores iusfundamentales– sean compatibilizadas con otros bienes, intereses o valores igualmente dignos de protección jurídica, las garantías jurídicas proporcionadas por los derechos fundamentales son, **à partida(desde o principio)**, concebidas como garantías inmanentemente condicionadas por una reserva general de compatibilización con otros bienes que el Estado debe proseguir y a cuya realización se encuentra igualmente vinculado” (NOVAIS, Jorge Reis. *Ibidem*, p. 570).

¹¹ Es en este sentido la advertencia de Luis Gálvez Muñoz: “Lo más importante, con todo, es tener en cuenta que la mayoría de los países que acogen la prohibición de admitir en el proceso las pruebas conseguidas de modo inconstitucional *se han visto necesariamente obligados a admitir excepciones*. De una u otra forma, y con un alcance mayor o menor, han tenido que *admitir la aplicación condicionada de la regla de exclusión, a fin de preservar determinados valores dignos de protección*. En unas ocasiones la regla ya nació revestida de matices y excepciones, como un compromiso entre la defensa de los derechos fundamentales y la obtención de la verdad procesal, *pero en otras ha sido el paso del tiempo y el contraste con la realidad lo que ha acabado flexibilizándola*” (MUNÓZ, Luis Gálvez. *Op. cit.*, p. 131).

¹² TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milán: Giuffrè, 1974, p. 618 y ss.

materia de la discrecionalidad del juzgador y vedó la posibilidad de ponderación de bienes y valores en juego. Eligió ella misma el valor más elevado: la seguridad de las relaciones sociales por la proscripción de la prueba ilícita”¹³.

No se pretende negar que el art. 5, LVI, de la CF realizó una ponderación entre la efectividad de la protección del derecho material y el derecho al descubrimiento de la verdad. Pero es preciso evidenciar que, tratándose del proceso civil, es incontestable la posibilidad de una segunda ponderación, a ser hecha en el caso concreto. Por medio de esta ponderación, el juez podrá admitir eficacia a la prueba ilícita.

Como se ve, es necesaria la percepción de que la elección de un valor, por la norma, no excluye la posibilidad de la realización de otra ponderación, a ser hecha por el juez frente al caso concreto. La respuesta a esta argumentación sería en el sentido de que la norma constitucional, al prohibir la prueba ilícita, no hizo restricción a ninguna especie de proceso y, así, también consideró al proceso civil. La objeción no impresiona, pues el hecho de que el art. 5, LVI, de la CF haya utilizado la expresión “proceso” –en sentido amplio– solamente demuestra que no hubo preocupación en vedar la ponderación entre los diversos derechos que pueden ser tutelado mediante el proceso en frente de los derechos que pueden ser violados por la prueba ilícita. Ahora, la prohibición de la prueba ilícita no excluye la radical diferencia entre los bienes que componen los diferentes procesos. Por esto, la norma que prohíbe la prueba ilícita, aunque haya hecho una ponderación, no se liberó de su reserva inmanente de ponderación con otros bienes y derechos.

Percíbese que la cuestión se vincula a la distinción entre principios y reglas, en el sentido de la doctrina de Alexy. La pregunta que interesa, así, es si la norma constitucional que prohíbe la prueba ilícita constituye una regla –que entonces debe ser aplicada según la lógica del “todo o nada”¹⁴– o un principio –que abre oportunidad para la ponderación de los derechos en el caso concreto¹⁵.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Río de Janeiro: Renovar, 1993, p. 346. En el mismo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1976.

¹⁴ Dworkin, en la obra *Taking rights seriously*, afirma que las reglas obedecen la lógica del “todo o nada”, mientras que los principios a la del “peso” o de la “importancia” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 70 y ss.).

¹⁵ Alexy, al desarrollar su teoría de los derechos fundamentales, advierte que la distinción cualitativa entre reglas y principios tiene un papel importante en ese sector. Afirma que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado *en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, al paso que las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no, una vez que, si una regla es válida, ha de ser realizado exactamente lo que ella exige, ni más ni menos*. Por eso, los principios, al contrario de las reglas, son llamados *mandatos de optimización*, que pueden ser realizados en diferentes grados, conforme a las *posibilidades jurídicas y fácticas*. Las reglas *contienen determinaciones* en un ámbito fáctico y jurídicamente posible. Mientras tanto, la realización de los principios *depende de las posibilidades jurídicas y fácticas*, las cuales son condicionadas por los principios opuestos, y así exigen la consideración *de los pesos* de los principios en colisión según las circunstancias del caso concreto. En el caso de *conflicto de reglas*, el problema es de *validez*, mientras que, en la hipótesis de *colisión de principios*, la cuestión es de *peso*. Cuando hay colisión de principios, uno debe ceder frente a otro, *conforme a las circunstancias del caso concreto*. Eso significa que, allí, no

La distinción propuesta por Alexy, a pesar de ser importante, trae una enorme dificultad frente a los casos como el de la prohibición de la prueba ilícita. Esto porque una norma como la relativa a la prueba ilícita no puede ser calificada solamente como regla o como principio –en el sentido excluyente–, sino como una norma que en ciertos casos puede comportarse como regla y en otros como principio.

De modo que, en el presente caso, no importa atinar con las consecuencias de tenerse una norma como regla o como principio, sino buscar un criterio capaz de identificar una y otro (regla y el principio). Es correcto afirmar que la norma que se aplica por subsunción es una regla y la norma que se aplica por ponderación es un principio. Sin embargo, la subsunción solamente es viable cuando el legislador ponderó todo lo que había que ponderar, pues si algo no fue ponderado, la aplicación de la norma queda en la dependencia de la ponderación judicial. O sea, cuando la norma ponderó todo lo que había para ser ponderado, hay regla; caso contrario, cuando algo aún debe ser ponderado, existe un principio. Nótese, sin embargo, que la mutación de la norma, de regla para principio, está indisolublemente ligada al caso concreto.

Por tanto, importa definir si la norma que prohibió la prueba ilícita ponderó todo lo que había de ser ponderado, cerrando las puertas para cualquier ponderación por parte del juez, o si aún está abierta para ciertos casos concretos, en donde debe ser aplicada mediante ponderación. La solución de la cuestión no es difícil. La conclusión de que la norma eliminó la necesidad de cualquier otra ponderación solamente podría ser aceptada si su incidencia se diese en casos *uniformes, que no guardasen ninguna diferencia de fondo, y por eso dispensasen al juez de cualquier otra ponderación.*

Pero la única ponderación hecha por la norma constitucional alcanzó el derecho al descubrimiento de la verdad y la protección del derecho material contra la prueba contra la prueba ilícita. Eso quiere decir, simplemente, que hay una regla, válida para el proceso penal y para el proceso civil, *que prohíbe el uso de la prueba ilícita para viabilizar el descubrimiento de la verdad.*

En el proceso penal, no hay cómo pretenderse dar tutela a la pretensión punitiva del Estado mediante el empleo de la prueba ilícita. En este caso, la Constitución, a través de otras normas, dejó evidente la prevalencia del derecho de libertad, y, de este modo, la imposibilidad de la ponderación judicial. Sin embargo, en el proceso civil, la realidad es totalmente diversa, pues se puede afirmar, en uno u otro polo del proceso, desde simples créditos pecuniarios, pasando por derechos no susceptibles de transformación en dinero y derechos

hay cómo declarar la *invalidéz* del principio de menor peso, una vez que este prosigue íntegro y válido en el ordenamiento, pudiendo merecer prevalencia, frente del mismo principio que lo precedió, en otro caso concreto (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 88-92).

no patrimoniales, hasta derechos absolutamente fundamentales para la dignidad humana. En el proceso civil, así, no hay una segunda ponderación normativa, demostrando la prevalencia de un derecho sobre el otro.

Aunque en el proceso civil el descubrimiento de la verdad no sea justificativa de la prueba ilícita –frente a la propia norma constitucional–, en este no se excluye la posibilidad de ponderación entre el *derecho que se pretende tutelar* y el derecho violado por la prueba ilícita. Destáquese que la ponderación no es entre el *descubrimiento de la verdad* y el derecho violado por la prueba, sino entre el *derecho material que se desea tutelar en la forma jurisdiccional* y el derecho material violado por la prueba ilícita¹⁶.

Para evidenciar que, en algunos casos, *es necesaria una segunda ponderación*, basta pensar en la situación en que un particular es obligado a obtener una prueba ilícita –frente a la inexistencia de cualquier otra prueba– para proteger un derecho fundamental. O en la hipótesis en que una asociación de protección al medio ambiente no tiene otra alternativa para proteger el derecho ambiental.

El Superior Tribunal de Justicia, al tratar el recurso ordinario en un mandato de seguridad, a través del cual se postuló el desentrañamiento de decodificación de una cinta magnética proveniente de una escucha telefónica de los autos del proceso penal en que la peticionante había sido denunciada por tóxico, así decidió: “Mandato de seguridad. Escucha telefónica. Grabación hecha por marido engañado. Desentrañamiento de la prueba requerido por la esposa: viabilidad, una vez que se trata de prueba ilegalmente obtenida, con violación de la intimidad individual. Recurso ordinario proveído. I – La peticionante/recurrente tenía marido, dos hijas menores y un amante médico. Cuando el esposo viajaba, para facilitar su relación espuria, ella ministraba ‘Lexotan’ a las niñas. El marido, ya sospechando, grabó la conversación telefónica entre su mujer y el amante. La esposa fue penalmente denunciada (tóxico). Inició, entonces, acción de

¹⁶ La Constitución Federal afirma que “la ley no perjudicará” la cosa juzgada (art. 5, XXXVI). Frente a ello, alguien podría indagar si el juez puede aplicar la regla de la proporcionalidad para balancear la cosa juzgada material con un derecho material que se pretende hacer valer en juicio por medio de la acción. Nótese, sin embargo, que la norma constitucional, en este caso, ponderó entre la seguridad jurídica y *el riesgo de eventuales injusticias, no dejando nada para ser ponderado por el juez*. Se percibe que esta situación es distinta de la relativa a la prueba ilícita. La norma que prohíbe la prueba ilícita solamente hace la ponderación entre la protección del derecho material por ella violado y *el descubrimiento de la verdad*. La admisibilidad del empleo de la regla de la proporcionalidad, en la hipótesis de la prueba ilícita, proviene de la premisa de que la norma no ponderó entre a tutela del derecho material violado por la prueba y *el riesgo de negación de todas las especies de derechos materiales*. Recuérdese que la prohibición de descubrir la verdad por medio de la prueba ilícita tiene el objetivo especial de colocar freno en la ansiedad de la actividad punitiva estatal. Es posible decir, por tanto, que la norma aceptó el riesgo que la justicia deje de condenar un criminal, pero no negó la posibilidad de tutela de un derecho fundamental dependiente de la prueba ilícita. O sea, tal *norma no ponderó todo lo que había por ser ponderado*, y por eso dejó al juez la posibilidad de ponderar entre el derecho fundamental violado por la prueba y *el derecho fundamental que se pretende tutelar a través de ella*. Al contrario, la norma constitucional que *prohíbe la desconsideración de la cosa juzgada* nada deja a ser ponderado por el juez, pues ponderó entre la seguridad jurídica, o entre la estabilidad de las relaciones jurídicas, y *el riesgo de eventuales injusticias, aceptando la posibilidad que el proceso civil conviva con una decisión injusta*.

mandato de seguridad, solicitando el desentrañamiento de la decodificación de la cinta magnética. II - Aunque esta Sala ya se haya manifestado por la relatividad del inciso XII (última parte) del artículo 5 de la CF (HC 3.982/RJ - rel. Min. Adhemar Maciel - DJU 26.02.1996), en el caso concreto el marido no podría haber grabado la conversación al **arrepio (sem o consentimento)** de su cónyuge. Aunque impulsado por motivo relevante, acabó por violar la intimidad individual de su esposa, derecho garantizado constitucionalmente (art. 5, X)¹⁷.

La relevancia de esta decisión está en permitir el análisis de diversas situaciones relacionadas con la prueba ilícita. En este caso, la prueba ilícita puede ser i) ligada a la pretensión punitiva del Estado puesta en la acción penal por uso de tóxicos, ii) vinculada al derecho del marido a la disolución del matrimonio, y, por fin, iii) analizada en relación a la protección de las menores que venían siendo intoxicadas por la propia madre a través del remedio "Lexotan".

Aceptándose la tesis de que la norma que prohíbe la prueba ilícita ya ponderó todo lo que había por ponderar, no habría cómo considerar dichas situaciones de manera distinta. Sin embargo, teniéndose en cuenta la particularidad del derecho de las menores y la necesidad de su pronta tutela jurisdiccional, no sería incorrecto admitir el empleo de la regla de proporcionalidad. Ahora, el Estado, además de tener que preocuparse por los derechos fundamentales que la prueba ilícita puede violar, no puede olvidar la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que no pueden ser tutelados sin el descubrimiento proporcionado por la prueba ilícita.

Específicamente en relación a la prueba ilícita en el proceso civil, como ya fue demostrado, el conflicto puede darse entre el derecho que se desea ver tutelado por medio del proceso y el derecho violado por la prueba ilícita. Debe haber colisión entre dos derechos igualmente dignos de tutela, que no fueron - ni podrían ser- objeto de previa ponderación normativa o de jerarquización. De modo que decir que el descubrimiento de la verdad no puede ocurrir por medio de la prueba ilícita no es lo mismo que afirmar que un derecho no puede depender de esta. El uso de la prueba ilícita podrá ser admitido, según la lógica de la regla de proporcionalidad y como acontece cuando hay colisión entre principios, conforme a las circunstancias del caso concreto.

Cuando se piensa en la regla de proporcionalidad, hay siempre que considerarse el valor del bien jurídico que se busca proteger por medio de la prueba ilícita y el valor del bien opuesto, por ella perjudicado. Después, verificar si hay otra prueba, además de la ilícita, capaz de demostrar las alegaciones. Este punto merece destaque. *En el proceso civil, la prueba ilícita solamente puede ser admitida cuando no hay ninguna otra prueba capaz de evidenciar*

¹⁷ STJ - 6.ª T. - RMS 5352-GO - rel. Min Luiz Vicente Cernichiaro - j. 27.05.1996 - DJU 25.11.1996; RSTJ, v. 90, p. 359 y ss.

la situación fáctica imprescindible para la tutela del derecho que, frente a las circunstancias del caso concreto, merece tutela frente al derecho alcanzado por la prueba ilícita.

11. La contaminación de las pruebas vinculadas fáctica y jurídicamente a la ilícita. La teoría de los frutos del árbol envenenado

Poca cosa dice la afirmación de la conocida teoría de los frutos del árbol envenenado –creada por la Suprema Corte Americana con el título *the fruit of the poisonous tree*¹⁸– cuando es entendida en el sentido de que las pruebas derivadas de la ilícita también deben ser reputadas ilícitas. Ahora, esto es obvio. El problema es saber cuándo una prueba está vinculada a otra de modo tal de contaminarse por su ilicitud.

Déjese claro, antes que nada, que la ilicitud de la prueba no contamina *el hecho* a ser esclarecido, pudiendo vincularse, como máximo, a *otras pruebas*. Sin embargo, una prueba ilícita no contamina, como es lógico, todo el material probatorio, *pues nada impide que un hecho sea probado por medio de pruebas lícitas que nada tengan que ver con la prueba ilícita.*

La prueba obtenida de modo ilícito puede *propiciar* otra prueba, que entonces *estará contaminada*, pero nada impide que *el hecho* que se deseó demostrar sea objeto de una prueba que no tenga ninguna vinculación con ella. Esta última prueba no puede ser señalada como derivada de la ilícita o pensada como contaminada. Tal prueba es absolutamente autónoma e independiente¹⁹.

Pero, es preciso volver a la cuestión inicial, o sea, es necesario establecer cuándo una prueba puede ser considerada contaminada por la prueba ilícita. Es posible intentar esclarecer esto apuntando que una prueba solamente puede ser señalada como contaminada cuando es *consecuencia* de la ilícita y, así, transfiriéndose el problema para otro lugar, en donde pasaría a originar el significado de *prueba que es consecuencia de la ilícita.*

En este caso, parece prudente seguir los pasos de la doctrina y de la jurisprudencia española, que supone que la solución de la problemática está en saber si la prueba cuestionada como derivada *habría sido producida aunque la prueba ilícita no hubiese sido obtenida*. Gálvez Muñoz, para demostrar esa cuestión, alude a la siguiente decisión del Tribunal Supremo español: “La ineficacia de una diligencia determinada no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquélla, *de tal modo que sin la primera no hubiera existido la segunda*”²⁰.

¹⁸ U.S. Supreme Court; 251 U.S. 385 (1920); SILVERTHORNE LUMBER CO., Inc., et al. v. UNITED STATES; n. 358.

¹⁹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Op. cit., p. 155 y ss.

²⁰ Tribunal Supremo español, Sala Segunda, “Sentencia” del 16 de marzo de 1995, citada por GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ibídem, p. 171.

Pero, como reconoce la propia doctrina española, no siempre es fácil concluir si la segunda prueba habría sido producida en ausencia de la prueba ilícita o si existe una conexión causal contaminante entre las dos pruebas. Se sustenta, frente a ello, que la contaminación de la segunda prueba, o su admisión como derivada, *además de requerir la presencia de una conexión natural, exige una conexión jurídica*: “No basta, pues, con la existencia de un nexo causal natural con una prueba directamente obtenida de forma inconstitucional para excluir determinada prueba sospechosa, sino *que es preciso, además, la existencia de un nexo jurídico entre una y otra*. Se podría decir, haciendo uso de una fórmula algo manida, pero muy gráfica, que la conexión natural es *un requisito necesario, pero no suficiente*, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales y proceder, en consecuencia, a la exclusión procesal de la prueba refleja”²¹.

Así, el problema pasa a ser el de la identificación de la conexión de antijuricidad entre las pruebas. Para ello es preciso verificar no solo si existe algún elemento fáctico capaz de romper jurídicamente la relación de causalidad, sino, sobre todo, analizar si la admisión de la segunda prueba como ilícita contribuye para la defensa de los derechos que se propone proteger por medio de la prohibición de la prueba ilícita²². O sea, la teoría de la contaminación de la prueba derivada de la ilícita, conocida como teoría de los frutos del árbol envenenado, solamente tiene sentido cuando la eliminación de la segunda prueba trae efectividad a la tutela de los derechos fundamentales. Como explica Gálvez Muñoz, “es preciso demostrar cada vez que se plantee la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado que la misma *cumple la finalidad que se persigue con ella*, pues en caso contrario nos arriesgaríamos a que la limitación de la verdad procesal y de todos los valores que ésta protege *fuera en ocasiones enteramente inútil y desprovista, por tanto, de toda justificación*”²³.

La cuestión, entonces, adquiere forma cuando se indaga sobre los criterios determinantes de la ausencia de conexión de antijuricidad entre la prueba ilícita y la prueba derivada. O sea, no importa más si hay relación natural entre la segunda prueba y la prueba ilícita, sino si la segunda prueba puede, por la ruptura del nexo de antijuricidad, ser considerada jurídicamente independiente.

Es cuando importan, además de la admisión o de la confesión voluntaria sobre el hecho de la prueba ilícita, las llamadas excepciones de descubrimiento probablemente independiente (*hypothetical independent source rule*) y de descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*)²⁴.

²¹ *Ibíd.*, p. 178.

²² *Ibíd.*, pp. 183–184.

²³ *Ibíd.*, p. 185.

²⁴ *Ibíd.*, *Ídem.*

12. Excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado: el “descubrimiento inevitable” (*inevitable discovery exception*) y el “descubrimiento probablemente independiente” (*hypothetical independent source rule*)

En la excepción del descubrimiento inevitable, se admite que la segunda prueba deriva de la ilícita; sin embargo, se entiende que no hay razón para reputarla nula o ineficaz. Esto porque el descubrimiento sobrevenido de la prueba ilícita ocurriría tarde o temprano. La lógica del salvamento de la segunda prueba está en que no hay motivo para retirar eficacia de una prueba que encontró un descubrimiento que inevitablemente sería obtenido. *De esta forma, sería posible decir que no todos los frutos del árbol venenoso son prohibidos, pues algunos pueden ser aprovechados.*

O sea, aunque la segunda prueba sea considerada derivada de la ilícita, ella produce efectos en el proceso. Con esto estaría quebrado el nexo de antijuricidad entre la prueba ilícita y la prueba derivada. La ilicitud persiste en el plano del derecho material, aunque la prueba derivada pueda ser utilizada en el proceso. Esto porque, aunque no se pueda dejar de sancionar, en el plano material, aquel que obtuvo tales pruebas, no se debe negar eficacia a una prueba de la cual proviene una evidencia que ciertamente sería traída por otra. Con esto no se exima de responsabilidad aquel que actúa de forma ilícita, pero se evita que la violación de la ley pueda negar un hecho que sería inevitablemente descubierto.

El juez, para atribuir eficacia a la prueba derivada, obviamente debe justificar su decisión, expresando las circunstancias y las reglas de experiencia que indican que aquello que fue alcanzado por medios de la prueba derivada sería naturalmente obtenido por medio de una prueba ilícita.

Ello puede ocurrir particularmente en el ámbito del proceso penal. La Suprema Corte americana, por lo que parece, apuntó la cuestión por primera vez en 1984, en la decisión del caso *Nix vs. Williams*²⁵. En este caso, la policía obtuvo una confesión mediante violación de los derechos fundamentales, a través de la cual fue relatado el lugar donde que estaba el cadáver de la víctima. Sucede que la policía ya suponía que el cadáver podría estar en este lugar, tanto así que ahí trabajaban varios policías y voluntarios. Como el cuerpo sería encontrado tarde o temprano –sea por medio de la actuación de los propios policías, sea en virtud de la colaboración de algún voluntario–, entendió la Suprema Corte que la prueba derivada debería producir efectos procesales, ya que el cadáver sería naturalmente descubierto independientemente de la ilicitud²⁶.

²⁵ *Ibíd.*, p. 194.

²⁶ U.S. Supreme Court; 467 U.S. 431 (1984); *NIX, WARDEN OF THE IOWA STATE PENITENTIARY v. WILLIAMS; CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH CIRCUIT*; n. 82-1651. Ver, también, U.S. Supreme Court; 470 U.S. 298 (1985); *OREGON v. ELSTAD CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF OREGON*; n. 83-773.

Situación un poco diferente es la llamada excepción del *descubrimiento probablemente independiente*²⁷. En la excepción del *descubrimiento inevitable* la segunda prueba es aceptada como derivada, pero se admite que pueda producir efectos en razón de que su descubrimiento sería naturalmente traído por otra prueba. Se quiebra el nexo de antijuricidad con base en la idea de que el descubrimiento era inevitable. En la excepción de *descubrimiento probablemente independiente*, la segunda prueba no es admitida como derivada, sino como una prueba probablemente independiente, y, así, desprovista de *nexo causal* con la prueba ilícita.

Para mejor explicar: en el caso anterior es quebrada la *relación de antijuricidad*, admitiéndose que la prueba derivada produzca efectos, mientras que, en la hipótesis del *descubrimiento probablemente independiente*, se niega la propia *relación causal*, de modo que, en esta situación, no hay propiamente excepción a la teoría del árbol envenenado, pues la segunda prueba es tomada como algo que con ella no se vincula. O sea, en este último caso la duda recae sobre la naturaleza de la segunda prueba, si es independiente o no, esto es, si está desprovista o no de relación causal con la prueba ilícita, al paso que en el caso de la excepción del *descubrimiento inevitable* no se cuestiona respecto de la relación causal de la segunda prueba, sino solo si el contenido de la prueba, a pesar de haberse demostrado por una prueba vinculada con la ilícita, sería esclarecido por otra prueba.

13. El problema de la obtención de informaciones de modo ilícito y de la prueba testimonial que en ellas se puede basar

No hay duda de que la prueba testimonial producida a partir de informaciones obtenidas mediante violación del derecho a la intimidad es ilícita. La ilicitud está en la obtención de las informaciones y en la formación y en la producción de la prueba.

El problema real, en este caso, es saber si la declaración testimonial se basa, o no, en informaciones obtenidas mediante, por ejemplo, violación del domicilio o grabación clandestina de una conversación telefónica.

Es claro que si el testigo afirma que su declaración se funda en informaciones obtenidas de forma ilícita, aunque sea por un tercero, la declaración testimonial debe ser automáticamente considerada ilícita. Sin embargo, mayor dificultad existe cuando, aunque existiendo la constatación de violación de domicilio o de grabación ilícita aptas al abastecimiento de informaciones importantes para la elucidación del litigio, el testigo afirma que su declaración es basada en hechos conocidos de manera ilícita.

²⁷ U.S. Supreme Court; 445 U.S. 463 (1980); UNITED STATES v. CREWS. CERTIORARI TO THE DISTRICT OF COLUMBIA COURT OF APPEALS; n. 78-777.

En este caso, como es obvio, no hay que pensarse en la excepción a la teoría de los frutos prohibidos del árbol venenoso, pues la declaración testimonial, cuando sea aceptada, es considerada inmaculada, o, para proseguir con la imagen, colocado en un cesto en que caben solamente frutos que no proviene del árbol venenoso.

Pero la verificación de la proveniencia del fruto no es nada más que la evaluación de la credibilidad de la prueba testimonial. Esto es, el juez, en un caso en que la fuente del testimonio es colocado en duda, debe constatar el origen de las informaciones objeto de la declaración. Esto debe ser hecho por ocasión de la propia declaración testimonial y, si es necesario, inclusive a partir de otras pruebas y testigos, aplicándose el art. 414, §1, CPC. Además, como es natural, el juez debe expresar, en su motivación, las razones que lo llevaron a admitir o no la prueba testimonial, permitiendo, así, su debido control por las partes.

Por tanto, la situación en que la policía obtiene una prueba a partir de informaciones ilícitamente obtenidas²⁸ debe ser debidamente separada de la hipótesis en que, en el proceso civil, informaciones fueran indebidamente recogidas, pero no se sabe si el testigo adquirió el conocimiento de forma independiente.

14. La teoría de descontaminación de la decisión

La teoría de la descontaminación de la decisión no tiene que ver con la contaminación de la segunda prueba por la primera, y sí con la descontaminación *de la decisión*, o mejor, con la necesidad de eliminarse cualquier efecto de la prueba ilícita sobre la formación de la convicción judicial.

El problema es saber cómo realizar tal descontaminación. Si el tribunal, al reconocer la ilicitud de la prueba, debe apartarla, otra decisión debe ser proferida por el juez de primer grado. Pero si el juzgamiento volviera a ser realizado por el mismo juez que admitió la prueba ilícita, existirá gran

²⁸ Tratando la prueba derivada de la ilícita en el ámbito del proceso penal, ya decidió así el STF: “Prueba ilícita. Escucha telefónica mediante autorización judicial: afirmación por la mayoría de la exigencia de ley, hasta ahora no editada, para que, ‘en las hipótesis y en la forma’ por ella establecidas, pueda el juez, en los términos del art. 5, XII, de la Constitución, autorizar la interceptación de comunicación telefónica para fines de investigación criminal; no obstante, rechazo del *hábeas corpus* por la suma de los votos, en total de seis, que, o recusaron la tesis de la comunicación de las pruebas provenientes de la escucha telefónica, indebidamente autorizada, o entendieron ser imposible, en la vía procesal del *hábeas corpus*, verificar la existencia de pruebas libres de la contaminación y suficientes para sustentar la condena cuestionada; nulidad de la primera decisión, dada la participación decisiva, en la decisión, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.1993, Velloso); consecuente renovación de la decisión, en la cual se confirió orden por la prevalencia de los cinco votos vencidos en el anterior, en el sentido de que *la ilicitud de la interceptación –a falta de ley que, en los términos constitucionales, venga a disciplinarla y viabilizarla– contaminó, en este caso, las demás pruebas, todas oriundas, directa o indirectamente, de las informaciones obtenidas en la escucha (fruits of poisonous tree), en las cuales se fundó la condena del paciente*” (STF – HC 69912-0/RS – Pleno – rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 16.12.1993 – DJU 25.03.1994, p. 6012).

probabilidad de que su convencimiento sea influenciado por ella, aunque inconscientemente.

No se quiere decir, nótese bien, que el juez que se basó en la prueba ilícita buscará una sentencia de procedencia a cualquier costo, aunque inexistan otras pruebas válidas, sino solamente que la valoración de estas pruebas difícilmente se librerá del conocimiento obtenido por medio de la prueba ilícita.

Se trata de una situación que es peculiar a la naturaleza, y así algo que debe ser identificado para que la descontaminación de la decisión sea plena o para que su descontaminación por el tribunal elimine -o prevenga- cualquier posibilidad de infección posterior. Por tanto, si el tribunal decide que una de las pruebas en que la sentencia se basó es ilícita, el juzgamiento de primer grado deberá ser hecho por otro juez, y no por aquel que profirió la sentencia que se fundó en la prueba ilícita.

La cuestión que de ahí sobreviene es relativa al juez natural, o mejor, a la forma de definir el juez que deberá analizar el caso. Es preciso enfatizar el gran peligro de que esta elección pueda ser arbitraria, y, por tanto, apuntar a la necesidad de minimizarse en la medida de lo posible, el margen de discrecionalidad para la definición del "nuevo juez". En principio, este "nuevo juez" debe ser alguien ya competente para substituir al juez apartado.