

## RESTRICCIONES A LA PRUEBA EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA\*

DR. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA  
Profesor en la Facultad de Derecho  
de la Universidad del Estado de Río de Janeiro  
Secretario General  
del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

1. Según el pensamiento dominante en la doctrina actual, no se debe concebir la acción, aún en una perspectiva abstracta, simplemente como la posibilidad de entablar un proceso. Su contenido es más amplio: él abarca una extensa serie de facultades cuyo ejercicio se considera necesario, en principio, para garantizar la correcta y eficaz prestación de la jurisdicción<sup>1</sup>. Entre tales facultades sobresale el llamado derecho a la prueba. No obstante la fuerte tendencia, en el proceso contemporáneo, al incremento de los poderes del juez en la investigación de la verdad<sup>2</sup>, subsiste innegablemente la necesidad de asegurar a los litigantes la iniciativa —que, por regla, suele naturalmente predominar— en lo que atañe a la búsqueda y rendición de elementos capaces de contribuir a la formación del convencimiento del órgano judicial.

Es evidente que el derecho a la prueba implica, conceptualmente, la posibilidad de utilizar cualesquiera medios probatorios a disposición de las

\* Escrito destinado al volumen en memoria de Ignacio Medina Lima.

<sup>1</sup> Se lee en una moderna y prestigiosa obra de teoría general del proceso: "A *garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando as partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação de convencimento de juiz*" (ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA — ADA PELLEGRINI GRINOVER — CANDIDO DINAMARCO, *Teoría geral do processo*, 11ª. ed., S. Paulo, 1995, pág. 254).

<sup>2</sup> Desde ese punto de vista no es posible dejar de discernir un sorprendente y melancólico retroceso en el *codice di procedura penale* italiano de 1988, cuyo art. 190, 1, restringe la iniciativa oficial a los supuestos expresamente contemplados; "La legge stabilisce y casi in cui le prove sono ammesse di ufficio".

partes. Ese es el principio fundamental, que se refleja en la propensión de las modernas legislaciones procesales a abandonar, en esta materia, la técnica de la enumeración taxativa y admitir que, amén de documentos, deposiciones, peritaciones y otros medios tradicionales, en general minuciosamente regulados en textos legales específicos, se recurra a expedientes no previstos en términos expresos, pero eventualmente idóneos para suministrar al juez informaciones útiles para la reconstitución de los hechos (pruebas "atípicas").<sup>3</sup>

2. Sin embargo, en el proceso es siempre imprudente y a veces dañino llevar al extremo, sin medir consecuencias, la aplicación rigurosamente lógica de cualquier principio. Por demás está decir que los principios procesales no son dogmas religiosos, ni mucho menos. Su significación es esencialmente instrumental: el legislador los adopta porque cree que su observancia facilitará la buena administración de justicia. Ellos merecen reverencia en tanto y en cuanto sirvan a la consecución de los fines del proceso, y solamente en tal medida.

Por otra parte, con mucha frecuencia deben tenerse en consideración, al mismo tiempo, dos o más principios que tienden a proteger valores igualmente importantes para el derecho, pero que son susceptibles de encontrarse en recíproca oposición. Se trata de un fenómeno harto conocido; no sería temerario afirmar que toda norma jurídica resulta de una tentativa, más o menos lograda, de conciliar necesidades contrapuestas de política legislativa, entre las cuales es menester fijar un punto de equilibrio.

La disciplina de la actividad probatoria no constituye aquí una excepción. Fácilmente se entiende que el afán de tornar convincente para el órgano judicial esta o aquella versión de los hechos pueda inducir a la parte a exceder las fronteras de lo razonable, en desmedro de intereses también jurídicamente trascendentes. Por ejemplo, el ordenamiento protege —y hoy en día no se concibe que dejara de hacerlo— el interés que toda persona tiene a la preservación de su intimidad. De ahí ciertas limitaciones a la libertad de investigar y a la exigibilidad de la cooperación de terceros: v.g., la autorización dada al testigo para rehusarse a contestar preguntas

<sup>3</sup> Por ejemplo, art. 332 del *Código de Processo Civil* brasileño: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Esta disposición se inspiró en el art. 87 del *Código vaticano*, cuya redacción, cabe observar, es más clara; para una comparación entre el modelo y la copia, vide BARBOSA MOREIRA, *Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, vol. I, pág. 9, o *Temas de Direito Processual, Quinta Série*, S. Paulo, 1994, pág. 194/5.

relativas a hechos cuya divulgación pudiera causarle un daño grave, inclusive de naturaleza moral<sup>4</sup>.

3. En este contexto se viene planteando la cuestión de las pruebas adquiridas en infracción a una norma jurídica<sup>5</sup>. Como es sabido, dos opiniones radicales se manifiestan al respecto. Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la Justicia en el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal; por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.

Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos; habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida.

Se alude, a propósito, al llamado *principio de proporcionalidad*<sup>6</sup>. Cabe verificar si la transgresión se explicaba por una auténtica necesidad, suficiente para hacer excusable el comportamiento de la parte, y si ésta se

<sup>4</sup> Así el art. 406, N.º I, del *Código de Processo Civil* brasileño: "A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I — que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu conjuge e aos seus parentes consaguíneos ou aïns, em linha reta, ou na colateral em segundo grau"

<sup>5</sup> Vide un claro resumen de las varias posiciones doctrinarias en ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Provas ilícitas, in O processo em sua unidade — II*, Río de Janeiro, 1984, págs. 172/4.

<sup>6</sup> Preconizaba la adopción de tal principio, bajo el régimen anterior. MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-1, Río de Janeiro (sin fecha de publicación), pág. 82/3. Cf., ya durante la vigencia de la actual Constitución, NELSON NERY JUNIOR. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, S. Paulo, 1993, pág. 141/2, Vide acerca del tema, en la doctrina de lengua castellana, ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pág. 96 y ss., y sobre todo GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, *passim*. En Alemania hace ya tiempo que se invoca, en la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* y en la doctrina (v.g., KERN — ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 13.ª. de., München, 1975, pág. 10), el *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* (o *Verhältnismässigkeitsprinzip*).

mantuvo en los límites determinados por tal necesidad; o si, por el contrario, existía la posibilidad de probar la alegación por medios regulares, o si la infracción produjo un daño superior al beneficio aportado a la instrucción del proceso. En suma: averiguar si, de los dos males, se eligió realmente el menor.

Semejante doctrina ha sido a veces criticada por el riesgo de dar margen a una excesiva influencia de factores subjetivos y, por ende, a la emergencia del arbitrio judicial. Empero no hay que perder de vista cuán frecuentes son las situaciones en las que la ley confía en la valoración (inclusive ética) del juez para posibilitar la aplicación de normas redactadas con empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como el de “buenas costumbres” o de “interés público”. La subjetividad del juez actúa constantemente en su modo de dirigir el proceso y de fallar; si tuviéramos la pretensión de eliminarla del todo, nos veríamos constreñidos a reemplazar los magistrados por computadoras. Visiones de ese género, proyectadas en un hipotético porvenir, ya han ocasionado demasiadas pesadillas...

En cuanto a la posibilidad de que conduzca a “aberraciones”<sup>7</sup> la aplicación del principio mencionado arriba, viene al caso preguntar si no serán más aberrantes, en algunas situaciones, los resultados de la observancia estricta de la prohibición de tener en cuenta cualquier prueba cuya adquisición se estime haya violado la ley. Supongamos, v.g., que en un proceso civil el demandante alegue que su adversario le había hurtado el documento presentado como prueba de la extinción de la obligación. El juez civil tiene que apreciar la alegación y resolver la cuestión suscitada, para saber si puede o no basar su decisión en ese documento, *Ex hypothesi*, él acoge la alegación de hurto, rechaza el documento como prueba ilícita y, ante la ausencia de otras pruebas favorables al litigante que lo rindió, lo condena a satisfacer la pretensión del demandante. Es obvio que la solución adoptada por el juez civil, aunque su sentencia quede firme, no producirá efectos fuera del pleito que le correspondía fallar, y de ninguna manera impedirá que, en un proceso penal, el órgano competente para decidir *principaliter* la materia venga a absolver al supuesto infractor, negando la existencia del hurto y afirmando que la conducta del imputado había sido absolutamente regular. *¿Quid iuris?* En el proceso civil se desechó una prueba que, en fin de cuentas, no era ilícita. El litigante que presentara el documento sufrió una lesión manifiesta en su derecho de probar sus alegaciones –lesión que se consolidará en definitiva–, si no existe en el ordenamiento un remedio idóneo para facultar, en tal supuesto, la revisión de la cosa juzgada civil.

<sup>7</sup> La expresión es de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit. (nota 4), pág. 177.

4. La Constitución brasileña de 5.10.1988 se distingue de sus antecesoras, entre otras cosas, por el mayor relieve que dio a los temas procesales, y –al contrario de lo que antes casi siempre ocurría– no sólo en el campo penal. Es natural que ella se haya ocupado de nuestro problema. En los trabajos de la Asamblea Constituyente influyó mucho un grupo de juristas, que prestó excelentes servicios de asesoramiento a los congresistas. A ellos, principalmente, se debe la inclusión de varias disposiciones importantes en el texto constitucional, sobre todo en lo que hace a las garantías procesales de los derechos individuales y colectivos.

Predominaba en ese grupo la corriente hostil a la admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante conducta ilegal. No sorprende que la Constitución haya adoptado la tesis prohibitiva, en términos literalmente categóricos. Reza en efecto el art. 5º., Nº. LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Con la salvedad que abajo se mencionará (Nº. 6), ante una regla de semejante tenor no parece haber lugar a excepciones y ni siquiera a atenuaciones.

A pesar de ello, es poco probable que se logre evitar totalmente la conveniencia (*rectius*: la precisión) de templar la aparente inflexibilidad de la norma. Sin ir más lejos: ¿cómo se procederá, si un imputado logra demostrar de manera cabal su inocencia, apoyándose en una prueba que luego se descubre que fue ilícitamente adquirida? ¿Algún juez se animaría a perpetrar una injusticia a sabiendas, condenando al imputado, por puro temor a contravenir la prohibición de fundar su sentencia en la prueba ilícita? No tenemos noticia de ninguna decisión judicial que haya enfrentado la cuestión: pero ella ya preocupa a la doctrina, que niega en tal emergencia la aplicabilidad del art. 5º., Nº. LVI, de la Constitución. Bajo invocación de la jurisprudencia norteamericana, se argumenta que el derecho a la prueba de la inocencia debe prevalecer sobre el interés de protección que inspira la norma prohibitiva, y se añade que no puede interesar al Estado la condena de un inocente, lo cual implicará tal vez la impunidad del verdadero culpable<sup>8</sup>.

Pero, si la defensa –a diferencia de la acusación– está exenta del veto a la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas, ¿esa disparidad de tratamiento no será incompatible con el principio –también de nivel constitucional– de la igualdad de las partes? Quizá se conteste que, si bien se mira, es siempre más cómoda la posición de la acusación, porque los órganos públicos de represión penal disponen de mayores y mejores recursos

<sup>8</sup> Así, en la literatura más reciente, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Sobre o direito à prova no processo penal*, S. Paulo, 1995, pág. 107. Llega a la misma conclusión, invocando la garantía constitucional de la “*ampla defesa*” (art. 5º. Nº. LV), LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *O processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, 1992, pág. 25/6.

que el imputado. Así vistas las cosas, al favorecer la actuación de la defensa en el campo probatorio, aun cuando puesta en jaque la igualdad formal, se estará tratando de restablecer entre las partes la igualdad substancial. El razonamiento es hábil y, en condiciones normales, parece creíble la premisa de la superioridad de armas de la acusación. En cambio, puede ocurrir que ella no refleje la realidad en situaciones de expansión y fortalecimiento de la criminalidad organizada, como tantas que enfrentan las sociedades contemporáneas: en este momento, en el Brasil, los traficantes de drogas sin duda poseen armas mucho más abundantes y poderosas que la policía y, probablemente, no les será para nada difícil hacerse de pruebas por medios ilegales.

Sea como fuere, lo esencial es acotar el carácter *relativo* del principio constitucional concerniente a la inadmisibilidad de las pruebas ilegalmente adquiridas. Visto que, aún entre los juristas más comprometidos con la tesis de la prohibición, se acaba por admitir que ella no se aplica de modo automático e indiscriminado bajo cualesquiera circunstancias, queda abierta la posibilidad de una construcción jurisprudencial que tenga en cuenta las variables necesidades sociales.

5. Por vía de principio la violación al art. 5º., Nº. LVI, acarrea la ineficacia de las pruebas ilícitas y, eventualmente, la nulidad de la sentencia fundada en ellas<sup>9</sup>. Pero esta última consecuencia no se produce sino cuando se trata del único fundamento, o por lo menos del fundamento principal de la resolución. Si el juez, al motivarla, invoca otras razones, suficientes de por sí —es decir, si el contenido de la sentencia permaneciera idéntico aún con abstracción de la prueba impugnada como inadmisibile—, entonces no hay por qué invalidar el fallo.

Claro está que el examen de las *rationes decidendi* requiere aquí mucha atención y perspicacia. No es inconcebible que un órgano judicial, con el fin de soslayar la prohibición, se refiera con mayor énfasis en la motivación de la sentencia a otras pruebas, indicadas como las más importantes; mientras que, bien mirado, el elemento decisivo en la formación de su convencimiento había sido la prueba ilícita, a la cual el juez alude de pasada (o no alude en absoluto). Hay que leer en las entrelineas para poner de manifiesto la verdadera influencia que cada una de las pruebas ejerció. Es indiscutible el riesgo de que una interpretación arbitraria subvierta la significación del fallo, mas no sería menos peligroso aceptar *at face value*, en cualquier caso, las palabras del juez, y con ello cohonestar un eventual fraude a la Constitución.

<sup>9</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO SCARANCA FERNANDES — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 1992, pág. 116/7.

De todos modos, el *Supremo Tribunal Federal* ya decidió que no es relevante la irregularidad en la obtención de la confesión del imputado si la condena está fundada en otras pruebas (*Habeas corpus* N.º 69.079, 17.3.1992, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 141, pág. 201). En fallos posteriores la Corte Suprema confirmó la tesis: al decidir que, si la condena se basa en otras pruebas, no se debe cogitar de invalidar la sentencia únicamente por figurar, entre los elementos sometidos a la atención del juzgador, una cinta magnética que se alega haber sido grabada *contra legem* (*Habeas corpus* N.º 69.209, 31.13.1992, *ibid.*, pág. 924); y al rechazar una petición de *habeas*, en una hipótesis en la cual la resolución impugnada no se fundaba tan sólo en la transcripción de cintas magnéticas irregularmente grabadas mediante interceptación telefónica (*Habeas corpus* N.º 69.912, 30.6.1993, in *LEX — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, N.º 183, pág. 290)<sup>10</sup>.

6. Para determinar el alcance exacto de la norma constitucional atinente a las pruebas ilícitas es menester confrontar dos disposiciones del art. 5.º: el supradicho N.º. LVI y el XII. En este último se lee: “*É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

Algunas inferencias seguras se pueden extraer inmediatamente de la confrontación: a) No es ilícita, ni por consiguiente inadmisibles, una prueba obtenida en los términos de la salvedad constante de la parte final del N.º. XII; b) La salvedad no abarca el secreto de la correspondencia, ni el de las comunicaciones telegráficas (*verbis* “*no ultimo caso*”); c) La salvedad se restringe al terreno criminal y no alcanza al proceso civil.

A propósito, de a conviene señalar la existencia de una autorizada opinión según la cual, para ser aplicable, la salvedad depende de la superveniencia de una ley definidora de los supuestos y de la forma exigibles para que el juez sea libre para autorizar la quiebra del secreto de las comunicaciones telefónicas. En semejante perspectiva, mientras no intervenga el legislador, será inconstitucional cualquier violación de ese secreto y, por tanto, inadmisibles cualquier prueba adquirida por tal medio<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cabe observar que este último fallo fue anulado y substituido por otro, de 16.12. 1993, en el cual se vino a consagrar la tesis de que también las demás pruebas se deberían considerar ilícitas por “contaminación”, ya que la respectiva obtención no hubiera sido posible sin el conocimiento de lo contenido de las cintas magnéticas. En consecuencia, la Corte acogió la petición de *habeas corpus* anteriormente rechazada (*Diário da Justiça* de 25.3.1994, pág. 6.012).

<sup>11</sup> En este sentido. v.g., TOURINHO FILHO, *Processo penal*, 3.º vol., 12.ª ed., S. Paulo, 1990, pág. 213; ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO SCARANCE FERNANDES —

En cuanto a *b*, no es fácil percibir la razón de política legislativa capaz de justificar la disciplina heterogénea de la materia en lo que atañe, por una parte, a las comunicaciones telefónicas y, por otra, a los demás tipos de comunicación<sup>12</sup>. Suena extravagante que se pueda otorgar al órgano judicial el poder de autorizar una interceptación telefónica, y en cambio la misma providencia sea inadmisibile en lo que respecta a una carta o a un telegrama. Si dos criminales conversan por teléfono, existe la posibilidad de escuchar lo que dicen; pero, si uno de ellos envía al otro una hoja de papel, no hay medio lícito de saber lo que fue escrito... Estamos, sin lugar a dudas, ante una paradoja<sup>13</sup>.

7. Tampoco parece razonable —y el tema, a nuestro juicio, merece consideración especial— la diferencia que se establece en *c*, entre el campo penal y el civil (*lato sensu*)<sup>14</sup>. Que no se reiteren aquí las viejas y desmoralizadas trivialidades sobre el carácter más “grave” de los efectos de la sentencia penal en relación a los de la sentencia civil. Un pensamiento superficial suele traer a colación, al respecto, la oposición entre decisiones que interesan sólo al patrimonio y decisiones que afectan la libertad personal. Se olvida que en el ámbito civil se trata con frecuencia de problemas relativos a aspectos íntimos y trascendentes de la vida de las personas, como ocurre, por ejemplo, en los asuntos de familia; y también se olvida que en el proceso penal puede igualmente estar en juego sólo el patrimonio, como acaece cuando la infracción no es punible sino con multa.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit. (nota 9), pág. 147, con indicaciones de jurisprudencia, a las cuales es oportuno añadir el mencionado fallo del *Supremo Tribunal Federal*, de 30.6.1993, en el *habeas corpus* Nº. 69.912.

<sup>12</sup> Cf. ALCINO PINTO FALCÃO, in WHITAKER DA CUNHA *et alii*, *Comentarios à Constituição*, 1º. vol., Rio de Janeiro, 1990, pág. 190: “o inciso [Nº. XII] contém a singularidade injustificável de abrir exceção para o caso de comunicações telefônicas, deixando de dar igual tratamento para as telegráficas e radiofônicas, pondo de lado a parêmia milenar *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, de boa aceitação para a exegese do direito Constitucional*”. Critican asimismo la disposición ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit. (nota 9), pág. 146.

<sup>13</sup> Observa ALCINO PINTO FALCÃO, ob. y lug. cit. (nota 7), la incoherencia entre el texto del art. 5º., Nº. XII, y las disposiciones de los arts. 136, Nº. I, *b* y *c*, y 139, Nº. III, en los cuales, al enumerar las restricciones imponibles a los derechos fundamentales en ocasión del “estado de defensa” y del “estado de sitio”, respectivamente, la Constitución se refiere sin distinción a la inviolabilidad de la correspondencia y al secreto de las otras modalidades de comunicación.

<sup>14</sup> De acuerdo: ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ob. cit. (nota 9), pág. 146.

En el derecho brasileño –y no solamente en él– la expresión “proceso civil” comprende mucho más que la actividad judicial atinente a relaciones jurídicas de derecho privado. Se discuten y se deciden en el proceso civil pleitos concernientes a materias regladas por el derecho público (administrativo, fiscal, internacional y –*last but not least*– constitucional...), normalmente substraídas al poder de disposición de las partes. Los intereses sujetos a la influencia del fallo no siempre se ciñen a la esfera particular de los litigantes: pueden tocar a amplias colectividades, quizá a la sociedad como un todo.

Decir que el proceso penal busca la llamada “verdad real” mientras que el proceso civil se satisface con la denominada “verdad formal” es repetir como un papagayo tonterías mil veces desmentidas. La verdad es *una* e interesa a cualquier proceso, si bien que la justicia pueda (y a veces deba) renunciar –en lo *civil* y en lo *penal*– a su reconstitución completa, en atención a otros valores de igual dignidad.

La Constitución de 1988 equiparó acertadamente el proceso civil (*rectius*: cualquier proceso) al penal, en lo que hace a las garantías de los litigantes. Por ejemplo, el art. 5º. Nº. LV, que sanciona el principio del contradictorio, no admite distinción alguna al respecto: “*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. De ninguna manera se justifica la adopción de una directiva diversa en la materia aquí enfocada. La diferencia de tratamiento no puede dejar de causar perplejidad; de ahí la explicación más probable del hecho de que un ilustre constitucionalista haya afirmado que el texto “no distingue entre la instrucción procesal penal y la civil”<sup>15</sup>: el autor habrá leído lo que le gustaría ver escrito en la Constitución...

A la disposición que estamos criticando corresponde el art. 15 de la Constitución italiana de 1947/8. Empero allá no se incurrió en el mismo error. El texto peninsular no consagra diferencias arbitrarias como la de la parte final de nuestro art. 5º. Nº. XII: “*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'arutorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge*”<sup>16</sup>. Si el legislador constituyente brasileño se inspiró en tal modelo, es indudable que la copia salió desafortunadamente peor que el original.

<sup>15</sup> CELSO RIBEIRO BASTOS, in CELSO RIBEIRO BASTOS — IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º. vol., S. Paulo, 1989, pág. 72.

<sup>16</sup> Asimismo la Constitución española de 1978, art. 18, 3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

8. La distinción establecida en el art. 5º. Nº. XII, *fine*, entre el proceso penal y el civil plantea cuestiones interesantes desde el punto de vista teórico e importantes en el plano práctico. Una de ellas se refiere a la eventualidad de que, en un pleito civil, alguien invoque, como elemento de convicción para el juez, una prueba producida en un proceso penal antecedente. La doctrina y la jurisprudencia brasileñas reconocen eficacia, bajo determinadas circunstancias, a la prueba "prestada"—es decir, trasladada de un proceso a otro—, con tal que la persona a quien se pretende oponer la prueba haya participado del pleito en el que ésta fuera producida. Ahora bien: supongamos que se trate de una cinta magnética, grabada mediante una interceptación telefónica para la cual se tenía autorización judicial. La cinta era admisible como prueba en el ámbito penal; no en el civil, porque en cuanto a éste no se habría podido autorizar la interceptación. ¿*Quid iuris* si el interesado quiere utilizarla como "prueba prestada" ante el juez civil?

En el campo doctrinal se ha admitido la posibilidad de semejante utilización<sup>17</sup>. Pero probablemente se le objetará que de tal modo se acaba por condescender con un auténtico fraude a la Constitución. La prueba ilícita, expulsada por la puerta, volvería a entrar por la ventana...

Otra cuestión, más sutil, deriva de una peculiaridad del derecho brasileño. *Ex vi* de lo que disponen el art. 63 del *Código de Processo Penal* y el art. 584, Nº. II, del *Código de Processo Civil*, la sentencia firme de condena penal constituye título ejecutivo *civil* a los efectos de resarcimiento de los daños causados por el delito. Eso significa que, si el juez penal condenó al imputado, por sentencia firme, la víctima no precisa intentar una acción civil a fin de perseguir la reparación del perjuicio que sufriera en su patrimonio: le bastará requerir al juez civil, con ese objetivo, la ejecución de la sentencia penal.

Claro está que, en tal ejecución, ya no será necesario demostrar la existencia de la infracción, ni la culpabilidad del infractor: son cuestiones que la cosa juzgada penal cubrió con el manto de la preclusión. Sin embargo, es concebible que, en el proceso penal, se haya logrado demostrar algún presupuesto de la condena merced a una interceptación telefónica, judicialmente autorizada, sin la cual el imputado habría sido seguramente absuelto. Si el interesado requiere la ejecución civil, ¿podrá el deudor oponérsele eficazmente, alegando que la prueba sobre la cual reposara su condena es inadmisibles en el campo civil?

A esta indagación es fácil dar una respuesta cabal. La cosa juzgada tiene el efecto de quitar toda trascendencia a las cuestiones enfrentadas y resueltas en el proceso de conocimiento (y hasta a las cuestiones que en él

<sup>17</sup> NELSON NERY JUNIOR. ob. cit. (nota 6), pág. 145/6.

se *hubieran podido* enfrentar y resolver)<sup>18</sup>. Desde el momento en que la sentencia queda firme, ya no importa para nada saber en qué pruebas se basó el juez, con la salvedad de los supuestos (muy raros) en que la ley consiente la destrucción de la cosa juzgada; tampoco, a *fortiori*, si esas pruebas son idóneas para fundamentar una condena *civil*. Frente a la condena penal, lo que interesa, para la ejecución civil, es verificar si se trata de una sentencia firme. Ninguna objeción extraída de lo que ocurriera en la instrucción penal, con miras a impedir semejante ejecución, es aquí atendible.

9. El problema de las pruebas ilícitas se incluye entre los más arduos que la ciencia procesal y la política legislativa han debido enfrentar, dada la trascendencia de los valores eventualmente en conflicto. De una parte, es natural que suscite escrúpulos serios la posibilidad de que alguien saque provecho de una acción antijurídica; de otra parte, está el interés público de asegurar al proceso un resultado justo, lo cual impone normalmente que no se desprecie elemento alguno capaz de contribuir en el descubrimiento de la verdad. Es sumamente difícil, tal vez imposible, descubrir el punto de perfecto equilibrio entre las dos exigencias contrapuestas.

La Constitución brasileña de 1988 se inclinó manifiestamente por una solución radical. No sólo prohibió en términos amplios la utilización de pruebas ilícitas, sino además fijó límites muy estrechos al poder del juez de, mediante una autorización, legitimar la obtención de pruebas que sin ella quedan sujetas a un veto categórico.

Tal opción se explica, en la mayor parte, por circunstancias históricas. La Constitución fue elaborada luego de un cambio político notable. Recién se había extinguido el régimen autoritario que dominara el país, y bajo el cual eran muy frecuentes las violaciones de derechos fundamentales. Se quiso evitar la reincidencia en tal género de arbitrariedades. Es menester reconocer que, en aquel entonces, no habría sido fácil contener la reacción contra el pasado próximo en los límites de una moderación prudente. Si empujamos un péndulo con demasiada energía en un sentido y así lo mantenemos por mucho tiempo, en el momento en que sea liberado fatalmente se moverá con fuerza equivalente en el sentido opuesto.

Es cierto que otros países tuvieron una suerte distinta en este particular. Ya mencionamos los ejemplos de Italia y de España, que igualmente salían de regímenes autoritarios, pero supieron resguardarse de determinadas

<sup>18</sup> Cf. el art. 474 del *Código de Processo Civil* brasileño: "*Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas a repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*". Acerca del tema, vide BARBOSA MOREIRA, *Á eficácia preclusiva da coisa julgada material*, in *Libro Homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, pág. 295, o *Temas de Direito Processual. Primeira Série*, 2ª. ed., S. Paulo, 1988, pág. 97.

exageraciones. Al mundo jurídico español no le escandaliza oír decir al Tribunal Constitucional que los mismos derechos fundamentales no se pueden erigir en un “obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no puede ser obtenida de otro modo”.<sup>19</sup> Nadie se animará a poner en duda, por ese motivo, el carácter democrático de la sociedad española contemporánea. Algún día quizá podamos reaccionar en el Brasil con igual circunspección. Habremos aprendido una vieja e importante lección: la mejor manera de combatir un exceso y de evitar que se repita no consiste en consagrar el exceso opuesto. Entonces, y sólo entonces, el principio de proporcionalidad tendrá su ocasión de subir a la escena y reivindicar un papel de relieve en el espectáculo.

Agosto de 1995.

<sup>19</sup> *Apud* ASECIO MELLADO, ob. cit. (nota 6), pag. 96.