

# La valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la República Federal de Brasil<sup>1</sup>

## The constitutional evaluation of the illicit and illegal evidence in the federal republic of Brazil

RICARDO ANTONIO MÉNDEZ DÍAZ

Abogado. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses. Magister en Derecho Penal y Criminología. Docente de la Universidad Autónoma del Caribe.  
rmendez@uac.edu.co

Recibido: julio 22 de 2013  
Aceptado: Octubre 24 de 2013

### RESUMEN

Como un problema de interés directo desde la supremacía y eficacia de la Constitución Federal de 1988 para el ordenamiento brasileño, lo es la prohibición e inadmisibilidad de la prueba ilícita y sus derivaciones, de donde las pruebas inicialmente adquiridas con carácter de ilicitud contaminan a las demás que se desprendan o deriven como consecuencia de las primarias. Si el proceso penal brasileiro, en materia de valoración de pruebas tiene su fundamento en la aplicación de la Regla de Exclusión para la legislación y la doctrina, al igual que otros Estados vecinos, ello permite reconocer la protección de los derechos fundamentales, como finalidad del Estado de acuerdo a criterios interpretativos de proporcionalidad y razonabilidad. Criterios de no muy arriesgada aplicación por parte de las Cortes, del Tribunal Superior de Justicia (STJ) y del Tribunal Supremo Federal (STF), tímidamente aceptando la introducción de pruebas ilícitas en algunos procesos. Con la contradicción a la anterior validez, pueden surgir hipotéticos donde se perdería la correspondencia con el modelo de Estado y se presentaría un riesgo en protección para los derechos fundamentales de la sociedad; temáticas que serán abordadas al interior de este artículo tratando de presentar un panorama en adecuada comprensión.

**Palabras clave:** Constitución Federal Brasileira, Prueba Ilícita, Prohibición e Inadmisibilidad, Proceso Penal Brasileiro, Reglas de Exclusión, Tribunal Superior de Justicia, Tribunal Supremo Federal, Modelo de Estado y Derecho Fundamentales.

### ABSTRACT

As a matter of direct interest from the supremacy and effectiveness of the federal Constitution of 1988 to the Brazilian law, there is the prohibition and inadmissibility of illegal evidence and its derivations of use in the legal system, where initially acquired evidence of wrongdoing character contaminate other to become detached or arise as a result of the primaries. If the Brazilian criminal, on valuation of evidence is founded on the application of the Exclusionary Rule for Law and doctrine, as well as other neighboring states, it can recognize the protection of fundamental rights, the purpose of State according to interpretive criteria of proportionality and reasonableness. In contradiction to the above validity may arise where you lose hypothetical correspondence with the Estate model, and presented a risk protection for the fundamental rights of society, themes that will be addressed within this article trying to present an overview in proper understanding.

**Key words:** Brazilian Federal Constitution, Illegals Evidence, Prohibition and Inadmissibility, Brazilian Criminal Procedure, Rules of Exclusion, High Court of Justice, Federal Supreme Court, State Model and Fundamental Law.

<sup>1</sup> Este artículo es el resultado en avance de la investigación que lleva por título: "La Valoración Constitucional de la Prueba Ilícita e Ilegal en el Proceso Penal", aprobada y adelantada en Convocatorio Interna de proyectos de investigación por el Centro de Investigaciones y transferencia de la Universidad Autónoma del Caribe. Barranquilla 2012.

Las pruebas son un instrumento fundamental en todo proceso, ya que estas son los pilares por medio de los cuales se logra la convicción del juez con respecto a lo pretendido, es decir, que dan lugar a la formación de juicios de certeza por parte del servidor público. Consecuentemente las pruebas que van a manipularse en un proceso penal deben ser obtenidas en forma legal, porque si no fuese así se estaría planteando una discusión con las concepciones éticas de la sociedad. Cabe mencionar además que “la República Federal de Brasil, es signataria del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que consagran la protección del individuo frente a las pruebas obtenidas de forma ilegal”<sup>2</sup>; reconocimiento que desde las Declaraciones Universales se han adoptan frente a los derechos fundamentales en el desarrollo y vida del individuo como la protección de los derechos a la dignidad, a la intimidad y a la honra, entre otros; con la normatividad:

Declaración Universal de los Derechos Humanos  
El Artículo 12 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas establece que el derecho a la vida privada es un derecho humano:  
“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
El Artículo 17 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, consagra, al respecto, lo siguiente:  
Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.  
Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques.

Mención a lo anterior, se esboza el análisis del artículo 157 del Código de Procedimiento Penal brasileño, el cual sufrió una reforma trascendental para el año 2008, mediante la Ley once mil seiscientos noventa (L.11.690) del nueve (9) de Junio del año referido. Con anterioridad a la Ley el artículo en mención trataba lo siguiente: “O juiz formará sua convicção por livre valoração das provas” - “El juez formará su convicción por la libre valoración

de las pruebas”. Sin embargo, la disposición que hoy rige hace alusión a que las Pruebas Ilícitas no pueden ser admitidas en un proceso, por cuanto son entendidas como una violación a la Constitución<sup>3</sup>. Luego entonces se denota la relación que hay con respecto a dos temas, en primer lugar lo atinente a la prueba prohibida (contraria a una específica norma legal, o a un principio de derecho positivo), y en segundo a la prueba ilícita (prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad ya que estas últimas se introducen dentro de la categoría de las primeras.

Ahora bien, es de preponderancia tratar los principios que rigen los procedimientos relativos a las pruebas. El principio de la verdad formal, amparado en que son las partes del proceso quienes deben tomar la iniciativa con respecto a las pruebas para que el juez forme una decisión objetiva de los hechos sometidos a enjuiciamiento, ósea que son las partes quienes tienen la “exclusividade para fazer declarações e fornecer as provas que considerem pertinentes” - “exclusividad para hacer declaraciones y aportar las pruebas que consideren pertinentes”. Con este se trata de evitar que el juez se apropie de facultades que no tiene y de que no oriente desde su imparcialidad, independencia y competencia un justo fallo de manera objetiva. A pesar de lo dicho con anterioridad, el principio inquisitivo sigue primando sobre el principio contradictorio, incluso en las nuevas reformas arraigadas al código de procedimiento penal.

Consecuencialmente el principio de la defensa amplia y contradictoria se estatuye en la Constitución Federal estableciendo que “se garante aos litigantes, no procedimento judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, um processo contraditório e ampla defesa com os meios e recursos inerentes à mesma” - “se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma” (Constitución Federal De Brasil, 1988)., el derecho la defensa se garantiza en su plenitud para ambas partes. Este principio hace efectivo que las partes fundamenten los hechos y aseverar que lo hacen o realizan por medios legales, corolario de estola exigencia de pruebas. Si este principio no se cumpliera se incurriría en desconstitución de la sentencia, ya que entonces se estaría violando el proceso adversarial.

<sup>2</sup> Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “...Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...”

<sup>3</sup> Artículo 157 del Código de Procedimiento Penal. “Son inadmisibles y deben ser desentrañadas del proceso, las pruebas ilícitas, entendidas como las obtenidas en violación a la constitución y la Ley”.

El magistrado tiene certeza al momento de dictar su sentencia gracias al principio de la inmediación ya que este conoce de primera mano el proceso, es él quien realiza indagación oral, el juez va a tener la potestad para decidir por ejemplo si el acusado está mintiendo o no.

En lo relativo al principio de la identidad del juez, se estipula además en el Código de Procedimiento Civil de este Estado en el artículo 132 que: “el juez, titular o sustituto, que concluya la audiencia juzgará la lide, excepto si estuviera convocado, licenciado, separado por cualquier motivo, promovido o jubilado, casos en que pasará los autos a su sucesor”. Conforme a ello, es el juez quien está encargado de realizar la prueba oral y consumir la audiencia, para así poder tomar una decisión naturalmente justa.

Otro de los principios imperantes es el principio de satisfacción sin motivación; hay varios sistemas que rigen la valoración, esta última es entendida como verificación de los enunciados fácticos en el proceso a través de los medios de prueba admitidos, así como su ponderación por el juez en aras de formar su convicción sobre los hechos que se juzgan (Binder, 2006, pp. 552). Tradicionalmente han existido dos modelos de valoración de pruebas; la prueba legal es que aquella que está tipificada en preceptos legales y contraria a ella se encuentra el sistema de la libre valoración de la prueba, según el cual los requisitos de admisión de las mismas no se encuentran estipulados en la Ley. Hoy en la actualidad hay preferencia por un modelo de evaluación mixto denominado Persuasión Libre y Racional, el cual además es aceptado en la legislación brasileña<sup>4</sup>.

Entendidos así los principios de procedimientos relativos a las pruebas; con respecto a las pruebas ilícitas a lo largo de la historia de los procesos penales, es sabido que han ocurrido muchos debates acerca de la admisibilidad y la inadmisibilidad, hay quienes sostienen que en todo caso la prueba ilícita es aceptada y que por tanto ha de producir sus efectos, siendo desde luego aprovechable y por el contrario aquellos que afirman que la prueba ilícita no puede ser utilizada en los procesos (López, 2001, pp. 283). En lo relativo al último caso en Estados Unidos se elaboró la Teoría del Fruto del Árbol Envenado (Fruits of the poisonous tree doctrine)<sup>5</sup>, -A Teoria Do Fruto Da Árvore Envenenada para Brasil- la cual indica que si el origen

de la prueba (árbol) está viciada, entonces cualquiera otra que se principie de aquella (fruto), también estará viciada, es decir, ocurre la no aceptación de las pruebas derivadas porque están contaminadas. A pesar de ello en la Legislación de Brasil no se encuentran en el derecho positivo, disposiciones que reglamenten las pruebas ilícitas por derivación, pero el Tribunal Superior ha dejado por sentado que las pruebas ilícitas por derivación también están contaminadas.

Haciendo referencia a la ilegalidad de la prueba, debido a que hay vacío en lo que respecta con la ilicitud de la misma, no debe confundirse la prueba ilícita con la prueba ilegal. La prueba es ilícita cuando se obtiene violando las normas de derecho material (Dinis, 2010, pp. 209) y la prueba se repudiará como ilegal cuando se adquiere con violación a las leyes de procedimiento. Las pruebas ilegales (prueba ilegítima que relaciona un quebranto de derecho procesal) e ilícitas (quebranto de derecho material) por mandato de Constitución Federal brasileña no las admite; “São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos” - “Son inadmisibles en el proceso la pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

Las pruebas ilegales en su mayoría recaen sobre derechos y deberes individuales y colectivos, es decir el Capítulo I del Título II de la Constitución Federal, enfatizando en el artículo 5º de esta misma, pese a esto la prueba no se refuta como ilegal cuando la persona da su consentimiento. Luego entonces estamos figurando en la prueba pro reo ilegal, se da la posibilidad del uso de estas pruebas tenidas al estado de necesidad del acusado para defenderse por medio de estas pruebas ilegales que le son favorables. Siguiendo este orden, el Código de Procedimiento Penal de Brasil ha sentado las bases para entender y reconocer la inadmisibilidad de la prueba ilícita (La obtenida con violación a las garantías y derechos fundamentales y supra fundamentales), en su artículo 157 el cual es un reflejo de la Carta Magna al interior del proceso (Artículo 5º, inciso LVI: “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”) - (Carta Magna, art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Son además inadmisibles en este sentido, las evidencias o pruebas ilegítimas o ilegales, cuya producción está sellada por normas del procedimiento. Ejemplo: artículo 155, párrafo único, artículos 158, 206, 207 y 479 del C.P.P.B.

Contrario sensu a todo lo anterior, se confronta con la doctrina de la admisibilidad o doctrina permisiva, la cual enuncia que las pruebas obtenidas ilegalmente también deben preponderar en un proceso porque si no se entraría en detrimento de otros derechos, es preeminente la formación de la convicción del juez, ya que si se dejase alguna prueba por fuera, se podría presentar variaciones

<sup>4</sup> La Constitución Federal Brasileña de 1988, impone a los jueces dictar una resolución motivada en su artículo 93.

<sup>5</sup> Suele referirse como inicio de esta teoría el caso de *Silverthorne Lumber Co. V. United States.*, aunque la denominación de “*Fruits of the poisonous tree doctrine*”, fue utilizada por primera vez en el caso *Nardone*, que consistía en la obtención de una prueba como consecuencia de la grabación de una conversación del acusado, sin orden judicial.

en la decisión del juez, además esta doctrina no deja de lado que la persona quien se esboce sobre la prueba ilegal sea acreedora de una sanción. Es decir, el sujeto que presente la prueba ilegal será sancionado, pero la prueba en sí misma es un instrumento valioso que fundamenta la valoración de juez sobre los hechos acontecidos en un determinado proceso.

...No Estado brasileiro somente é possível o uso de provas ilegais quando se cumprem os seguintes requisitos: a) excepcionalmente, b) em situações de extrema gravidade, c) em contraste com os direitos fundamentais e d) com a autorização expressa do tribunal.

En el Estado brasileño solo es posible el uso de pruebas ilegales cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) excepcionalmente, b) en situaciones de extrema gravedad, c) en contraste con los derechos fundamentales y d) con la autorización expresa del Tribunal.

Empero de lo anterior, acontece entonces la teoría de la proporcionalidad, como punto intermedio entre las teorías extremas de admisión e inadmisión de la prueba. Esta hace referencia a que si se está de acuerdo con la inadmisibilidad de las pruebas, pero estas últimas pueden ser válidas dependiendo de los intereses. En esta teoría juega entonces un papel fundamental la ponderación de los derechos, pero esto acarrea consigo un conflicto de garantías. Hay dos puntos a hacer alusión en la proporcionalidad; en primer lugar ¿qué ocurriría si el derecho de mayor relevancia es violado por la aceptación de la prueba ilegal?, es el juez quien debe determinar cómo esa prueba entra en denigración de ese derecho, por lo tanto la prueba no puede ser aceptada, y en segundo lugar si ocurre lo contrario, es decir, que la prueba sea más relevante, si debe ser admitida.

Ahora bien, la Constitución Federal no excluye tendencia de la proporcionalidad porque "las garantías no pueden ser entendidas de forma absoluta", la teoría de la proporcionalidad se convierte en un atenuante confrontándolo con otros valores constitucionales. Pero a todo esto se le antepone el derecho al debido proceso que sería la contradicción que ocurriría con la admisión de las pruebas ilegales.

Habiendo esclarecido el marco general de las pruebas ilícitas e ilegales, como ya mencione la Ley 11.690 del 9 de junio de 2008, entro a reformar, entre otros, el citado Artículo 157 del C.P.P. que en su redacción alude a las normas constitucionales y a las legales que:

"...Sao inadmissíveis devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as

obtidas em violação a normas constitucionais ou ilegais..."

1. São inadmissíveis as provas derivadas de uma atividade ilegal, exceto quando não se mostra uma relação causal entre estas duas zonas, ou quando os derivados se podem obter por uma fonte independente da primeira.

2. A segunda fonte é independente por si mesma, seguindo procedimentos habituais e próprios de sua investigação ou de investigação criminal. Poderia conduzir ao ato da proposta.

3. Decisão excludente da eliminação das provas que declare inadmissível, isto não será destruído por ordem judicial, sempre que as partes possam controlar o incidente".

Lo anterior traducido al castellano quiere decir que

Son inadmisibles y deben ser desentranadas del proceso, las pruebas ilícitas, entendidas como las obtenidas en violación a la constitución.

1. Son inadmisibles también las pruebas derivadas de una actividad ilegal, excepto cuando no se muestra una relación causal entre estas dos zonas, o cuando los derivados se pueden obtener por una fuente independiente de la primera.

2. La segunda fuente es independiente por sí misma, siguiendo los procedimientos habituales y propios de su investigación o de investigación criminal. Podría conducir al hecho de la prueba.

3. Excluyente decisión de la eliminación de las pruebas que declare inadmisibles, esto no será destruido por orden judicial, siempre que las partes puedan controlar el incidente".

Este artículo entra en consonancia con el Artículo Quinto (5°) de la Constitución Federal en su inciso LVI, alegando que "son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos". Lo cual hace referencia a que las pruebas obtenidas ilegalmente no pueden ser manipuladas como parte integrante de la formación del proceso. La norma constitucional no realiza excepciones de ninguna clase por cuanto se debe aplicar de manera absoluta. Se hace referencia a la Ley 11.689 de 9.6.2008 que reformuló el sistema de jurados para delitos dolosos contra la vida; a la Ley 11.690 de 9.6.2008 que cambió el régimen de pruebas; y a la Ley 11.719 de 20.6.2008 que reformó los procedimientos.

Asimismo, teniendo en cuenta todo analizado se vislumbra que las pruebas son instrumentos fundamentales para lograr la convicción del juez y que éstas han sufrido para su aplicación y valoración ciertas reformas, con las cuales las partes no pueden demostrar o hacer valer el principio de contradicción mediante pruebas de carácter ilegal. Se le impide al juez el libre albedrío para con las pruebas, ya que este vendría siendo un mero espectador de lo que las partes impulsan para así poder formar su juicio de convencimiento con respecto a los hechos del caso (principio de la verdad formal). La problemática ocurre con la aplicación de la teoría de la proporcionalidad para poder admitir en determinados procesos las pruebas ilegales en favor de la colectividad o de la defensa y en detrimento del reprochado.

En la República Federal de Brasil existe un tratamiento previo, a través de su denuncia mediante el "Habeas Corpus", implicando el archivo si es determinante para la acusación; ahora bien, no siendo así o no estimándose por el fiscal o la policía, no supone exclusión, de manera que se incorpora al juicio para su control judicial. Igual tratamiento acaece en Cuba". (Dinis, 2010, pp. 57 y 58)

Por otro lado, mientras se llevó a cabo hace unos años en Italia una reforma radical del proceso penal, en el proceso penal de Alemania se han ido produciendo muchas modificaciones parciales que, sin embargo, únicamente han tenido un carácter puntual (Dinis, 2010, pp. 58)

Por otra parte, los principios constitucionales del Proceso Civil de Brasil, indican la inadmisibilidad de Pruebas Ilícitas, principio que viene expreso en el artículo 5º, LVI que textualmente expresa: "Son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos", así como expresó en el Art. 332 del Código de Proceso Civil que serán admitidos todos los medios de pruebas, desde que sean legales y moralmente legítimos.

Con base en el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal brasilero donde se expresa que las pruebas ilícitas, son inadmisibles y deben ser excluidas del proceso. Entendida las pruebas ilícitas como aquellas obtenidas en violación de la constitución o la Ley. Son inadmisibles las pruebas derivadas de una actividad ilegal, excepto cuando no se muestra una relación causal entre una y otra, o cuando la prueba derivada se pueden obtener por una fuente independiente de la primera. Se considera una fuente independiente si siguiendo los procedimientos habituales y propios de una investigación podría llevar a la realidad del objeto de la prueba. El Tribunal Superior de Justicia que resolvió, en sentencia RECLAMAÇÃO Nº 2.988 - PE (2008/0221580-0) donde se evidencia las excepciones en

términos de pruebas ilegales, la adopción de la Teoría del Fruto del Árbol Envenenado cuando una prueba no están vinculada o no existe un nexo de causalidad a aquella cuya ilegalidad ha sido reconocida. No se consideran ilícitas, cuando una de las pruebas no tiene una relación causal entre una prueba principal y otra prueba declarada ilegal, o cuando la prueba derivada pueden ser obtenidos por una fuente independiente de la primera.

Por mucho tiempo, la doctrina brasilera estuvo dividida respecto de la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. Dentro de la jurisprudencia brasilera la tendencia evolutiva estuvo presente partiendo de la admisibilidad a la inadmisibilidad de la prueba ilícita (definidas como aquellas pruebas obtenidas en infracción a normas y principios de derecho material).

Procesalmente son inadmisibles las pruebas ilícitas que vulneran normas y principios constitucionales, incluso cuando fueran apreciables y oportunos y aunque no exista exhortación procesal expresa. De este modo, en la legislación brasilera se puede recurrir a las pruebas ilícitamente obtenidas que beneficien a la defensa en el proceso penal.

Dos han sido consideradas sentencias hitos dentro de la jurisprudencia brasilera que ha tomado el tema de la prueba ilícita. El primer fallo es del, caso de grabación clandestina de conversación telefónica, igualmente disponiendo la exclusión de los autos de la grabación respectiva (RTJLLO/798). Finalmente, y ahora para el proceso penal, el Supremo Tribunal Federal, en fallo del 18 de diciembre de 1986 dispuso la paralización de la investigación policial basada en interceptaciones telefónicas hechas por particulares, confesadamente ilícitas (RTJ 122/47).

El Superior Tribunal de Justicia en Brasil, ha venido tímidamente aplicando la doctrina de los frutos envenenados, como a continuación se podrá evidenciar en las siguiente jurisprudencia:

*Habeas corpus. processo penal.* competência em razão da matéria. provimento 238/04 do cjf/04. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Varas especializadas. Medida cautelar de busca e apreensão processada pelo juízo federal criminal comum. nulidade. jurisdição preservada em relação às demais infrações sujeitas ao juízo comum. ordem parcialmente concedida.<sup>6</sup>

1. A competência para o processamento e o julgamento de ações penais relativas aos crimes contra

<sup>6</sup> Sentencia: Superior Tribunal De Justiça. 5ª Turma. HC 61271/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Decisión Unánime. Brasília, 21.08.2008. DJ de 22.09.2008, p. 821. Disponible en: <<http://www.stj.jus.br>>. Acceso en: 21 abril 2009.

o sistema financeiro nacional e os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, até 17/10/05, estava atribuída, no Estado de São Paulo, às varas federais especializadas nos termos do Provimento 238, de 27 de agosto de 2004, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.

2. Toda e qualquer prova obtida por meio da diligência determinada por juiz absolutamente incompetente, bem como todas as demais delas decorrentes, abrangidas em razão da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, adotada pelo STF (RHC 90.376/RJ, Min. CELSO DE MELLO, DJ 18/5/07), são ilícitas e, conforme o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação.

3. Há de se ponderar que o Provimento 238/04 do CJF/3ª Região atribui às varas especializadas (2ª e 6ª Varas Federais Criminais de São Paulo) o processamento e o julgamento tão-somente dos crimes neles especificados (sistema financeiro nacional e “lavagem” de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores – art. 2º), uma vez que não determina o deslocamento de competência da ação penal relativa aos demais delitos de competência do juízo federal criminal comum.

4. Ordem parcialmente concedida para declarar incompetente o 1º Juízo Federal Criminal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto para processar e julgar medida cautelar preparatória de busca e apreensão relativa a crimes contra o sistema financeiro nacional, privativos das varas federais especializadas preconizadas no Provimento 238 do CJF/3ª Região, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas eventualmente obtidas referentes, tão-somente, a esses delitos, determinando a sua devolução. Preservada, todavia, a jurisdição do citado Juízo para processar e julgar os demais delitos comuns, mantendo a custódia dos documentos que tratem de tais infrações.

Traducido al castellano esto indica que

Habeas corpus. Proceso penal. Competencia en razón de la materia. Disposición 238/04 do cjf/04. Crímenes contra el sistema financiero nacional. Tribunales especializados. Medida cautelar de búsqueda y aprensión procesada por la Corte Federal común. Nulidad. Jurisdicción preservada en relación como otros delitos sometidos a justicia común. Orden parcialmente concedida.

1. La jurisdicción para el procesamiento y enjuiciamiento de casos penales relacionados con delitos contra el sistema financiero nacional y los crímenes de “lavado” u ocultamiento de bienes, derechos y valores hasta el 17/10/05, se le asignó en el Estado de São Paulo, a los Tribunales Especializados Federales bajo Disposición 238 de 27 de agosto de 2004, el Consejo de la Cámara Federal de la Tercera Región.

2. Cualquier prueba obtenida por medio de diligencia determinada por el juez absolutamente incompetente, así como todo otro resultado del mismo cubierto por la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, adoptada por el Tribunal Supremo (RHC 90.376/RJ, Min. KEVIN DE MELLO, DJ 18/05/07), son ilegales y, de conformidad con el art. 5, inciso LVI de la Constitución Federal, inaceptable para fundamentar una sentencia de condena.

3. Hay que tener en cuenta que la Disposición 238/04 del CJF / 3ª Región concede a los Tribunales Especializados (Tribunales Federales Segundo y Sexto Penal Sao Paulo) procesamiento y juicio sólo los delitos especificados en el mismo (el sistema financiero nacional y el “lavado” de dinero u ocultamiento de bienes, derechos y valores - . arte 2), ya que no determina el desplazamiento de la competencia de la acción penal en otro crímenes de la competencia de la Agencia de sentido común penal.

4. Orden parcialmente concedido para renunciar a su competencia del Tribunal Superior Federal, Subsección de Ribeirão Preto para adjudicar búsqueda preliminar y órdenes de aprehensión en delitos contra el sistema financiero nacional, privada de los Tribunales Federales Especializados se indica en la Disposición 238 del CJF / 3ª Región, y por lo tanto declarar ilegal cualquier prueba obtenida con respecto a, por sí solo, a estos delitos, la determinación de su regreso. Conserva, sin embargo, la competencia de dicha Corte para juzgar los demás delitos comunes, manteniendo la custodia de los documentos relativos a tales delitos.

Y continua la jurisprudencia brasilera...

Penal. processual penal. Habeas corpus. 1. ação penal instauração. base em documentação apreendida em diligência considerada ilegal pelo stf e stj. ações penais distintas. irrelevância. princípios da isonomia e segurança jurídica. 2. ilicitude da prova derivada. teoria dos frutos da árvore envenenada. denúncia oferecida com base em prova derivada da

prova ilícita. impossibilidade. trancamento. 3. ordem concedida.<sup>7</sup>

1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancandose a ação penal assim instaurada.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES.

En lengua castellana se traduce...

Penal. Procesal penal. Habeas corpus. 1. instauración acción penal. Base en documentación tomada de diligencias considerada ilegal por el stf y stj. Distintas acciones penales. Irrelevancia. Principios de igualdad y seguridad jurídica. 2. ilicitud de la prueba derivada. Teoría de los frutos del árbol envenenado. Denuncia ofrecida con base en prueba derivada de la prueba ilícita. Imposibilidad. Bloqueo. 3. orden concedida.

1. Desde que el STF declaró la ilegalidad de la ejecución de un allanamiento que dio lugar a diversas acciones penales, se impone la extensión de esta decisión a todas las acciones derivadas de las mismas de acuerdo con los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

2. Si todas las pruebas que apoyaban la denuncia deriva de los documentos incautados en diligencia considerada como ilegal, es reconocer estas contaminadas también, de acuerdo con la teoría del fruto del árbol venenoso, cerrándose la acción penal por lo instituido.

3. Orden concedida cerrando la causa penal en cuestión, para así ampliar los efectos de esta orden

también el co-acusado en una misma acción LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES.

Otro ejemplo de lo afirmado lo constituye la la Sentencia: Superior Tribunal De Justiça. 5ª Turma. HC 61271/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Decisión Unánime. Brasília, 27.05.2008. DJ de 04.08.2008, que expresa lo que sigue:

Habeas corpus. sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e corrupção. denúncia anônima. instauração de inquérito policial. possibilidade. interceptação telefônica. impossibilidade. prova ilícita. teoria dos frutos da árvore envenenada. nulidade de provas viciadas, sem prejuízo da tramitação do procedimento investigativo. Orden parcialmente concedida.<sup>8</sup>

1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.

2. “Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenament jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ” (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07).

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que “não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”. A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

<sup>7</sup> Sentencia: Superior Tribunal De Justiça. 6ª Turma. HC 100879/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Decisión Unánime. Brasília, 19.08.2008. DJ de 08.09.2008, p. 521. Disponible en: <<http://www.stj.jus.br>>. Acceso en: 21 jan. 2009.

<sup>8</sup> Sentencia: Superior Tribunal De Justiça. 5ª Turma. HC 61271/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Decisión Unánime. Brasília, 27.05.2008. DJ de 04.08.2008, p. 821. Disponible en: <<http://www.stj.jus.br>>. Acceso en: 21 abril 2009.

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.

Traducido esto expresa lo siguiente:

Habeas corpus. Evasión fiscal, lavado de dinero y corrupción. Denuncia anónima. Instauración de investigación policial. Posibilidad. Interceptación telefónica. Imposibilidad. Prueba ilícita. Teoría de los frutos del árbol envenenado. Nulidad de pruebas viciadas, sin perjuicio de la tramitación del proceso investigativo. Orden parcialmente concedida.

1. La hipótesis de que la introducción de la investigación policial y la violación de la confidencialidad telefónica estaban motivados únicamente por una denuncia anónima.

2. “Incluso con las reservas, la denuncia anónima es admitida en nuestro ordenamiento jurídico, siendo considerada apta para detonar procedimientos de averiguación, tales como la investigación policial, conforme a contenidos o no de elementos informativos idóneos suficientes, y siempre que observa la debida precaución en cuanto a la identidad de la investigación. Precedente de la STJ” (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Clase, DJ 8/10/07).

3. Dispone el art. 2º, inciso I, de la Ley 9.296/96, que “no será admitida la interceptación de comunicaciones telefónicas cuando (...) no existen indicios razonables de autoría o participación en la infracción penal. La denuncia anónima no constituye elemento de prueba sobre la autoría delictiva, aunque indicaría, pero la mera noticia impulsada por persona sin ningún compromiso con la veracidad del contenido de sus informaciones, teniendo en cuenta que la falta de identificación impide incluso su responsabilidad por la comisión de denuncia calumniosa (art. 339 del Código Penal).

4. La prueba ilícita obtenida por medio de interceptación telefónica ilegal igualmente corrompe las demás pruebas que de ella se deriven, siendo inadmisibles para fundamentar eventualmente una sentencia de condena (art. 5º, inciso LVI, de la Constitución Federal). Aplicación de la “teoría de los frutos del árbol envenenado”.

5. Realizar la correlación de las pruebas posteriormente producidas con aquella que constituye la raíz viciada implica dilación probatoria, inviable, como antiguo, en sede de habeas corpus.

6. Resolución Parcialmente concedida para anular la decisión que confirmó la violación de confidencialidad telefónica en el Proceso 2004.70.00.015190-3, de la 2ª Juzgado Federal de Curitiba, por cuanto autorizada sin conformidad con el art. 2º, inciso I, de la Ley 9.296/96, y, por consiguiente, declarar ilícitas las pruebas en razón de las producidas, sin perjuicio, sin embargo, la conducta de la investigación policial, cuya conclusión dependerá de la producción de nuevas pruebas independientes, desvinculadas de las grabaciones derivadas de las interceptaciones telefónicas anuladas.

Fácilmente comprobable es, que la Constitución de 1988, consolidó la posición del Tribunal Supremo de Justicia brasileño frente a la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas; artículo 5 L.VI: “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

Se concluye, de estos tres puntos citados anteriormente (Estados Europeos, Estados Unidos de Norteamérica y Latinoamericanos) sobre la Teoría de los frutos envenenados en los actuales códigos procesales desde la perspectiva del derecho comparado, que el sistema procesal penal acusatorio es el primero del que se tiene noticia en la historia del mundo. Así, encontramos que la Roma Republicana lo empleó. Posteriormente la Roma imperial lo reemplazó por el modelo inquisitivo, el cual encontró en la Edad Media con la iglesia católica uno de sus mayores aliados. Este sistema inquisitivo se caracterizó por la centralidad de una etapa de investigación secreta, realizada por un juez en quien se concentraban las funciones de investigar, acusar y juzgar al reo –podemos decir que aún en Colombia se conserva esta figura en el proceso de única instancia que se surte ante la Corte Suprema de Justicia- y aún de defender, pues se entendía que el Inquisidor era tan perfecto que podía cumplir los roles de acusador y defensor al mismo tiempo, con lo cual la defensa queda casi totalmente excluida.

...Es en la investigación, no en el juicio, donde se genera y allega la prueba y se toman las decisiones que en definitiva van a determinar la condena o absolución del acusado. En este esquema el interés represivo del Estado prima sobre los derechos de los individuos, correspondiéndose así con una época en la que los derechos esenciales de la persona no han adquirido un status de preeminencia por sobre este” (Chiesa, 1991, pp. 284 y Ss)

...En América, los Estados Unidos heredaron de Inglaterra el sistema acusatorio anglosajón, y los países de colonia español el sistema inquisitivo. Por esa razón, en Latinoamérica encontrábamos, hasta hace poco –y eso es producto de las reformas de los últimos años sistemas judiciales caracterizados por unos poderes amplios del Estado investigador, una excesiva concentración de funciones en cabeza de un solo funcionario –veamos nuestro actual sistema en el que el Fiscal además de investigar y acusar, impone medidas de aseguramiento, resuelve la situación de los bienes, ordena allanamientos, practica capturas, intercepta comunicaciones, ordena y niega la práctica de pruebas de la defensa, entre otras- encargado de la instrucción escrita y secreta, un imputado utilizado como objeto de investigación de donde se justifica la existencia de la indagatoria, y un defensor inerme ante el poder del instructor (Chiesa, pp. 285).

## Conclusión

Se podría decir, que esta teoría americana de los frutos envenenados es de gran importancia y relevancia para el ordenamiento jurídico brasilero, desarrollada por la doctrina y consolidada por la jurisprudencia tanto de la Suprema Tribunal como de los Tribunales Superiores, especialmente en los casos donde se establece cualquier ilegalidad en la producción de las pruebas, especialmente

en las intervenciones telefónicas, debido a que la doctrina en cuestión busca obtener ganancias que en el afán de condenar hacen caso omiso de las normas establecidas, poniendo en peligro el imperio de la Ley.

Al haber abordado el tema de la prueba ilícita, de acuerdo con el tratamiento que de ella hace la Constitución de 1988, uno encuentra, como hemos visto, una serie de lo que al parecer es un amplio análisis sobre los fundamentos de la prueba ilegal e ilícita. Así pues, sin olvidar que un País Federal como lo es Brasil, reconocido como Estado Democrático de Derecho, conformado por veintiséis (26) Estados y un Distrito Federal, es la síntesis histórica de dos ideas originalmente antagónicas: de un lado la democracia (fundada en soberanía de la voluntad popular, la preservación de la libertad y la igualdad de derechos) y del otro el constitucionalismo (origen relacionado con la noción de limitación de poder), el derecho prescrito por la Carta Magna del '88 postula una transformación del *Status Quo*, en donde la Ley asume un papel como herramienta política del gobierno, dejando de ser reguladora simplemente de conflictos intersubjetivos.

En tal efecto, este análisis que no por las copas se realiza sobre la eficacia de la prueba alcanzada mediante ilicitud, con el anterior estudio, evidencia las tendencias dirigidas hacia la correcta salvaguarda de las garantías en la válida limitación de los derechos fundamentales afectados por la ilicitud durante la obtención de la prueba al interior del proceso penal brasilero. Asumiendo sin detenerse en el análisis sobre este aspecto, que no existen tratamientos perfectos en circunstancias de modo, tiempo o lugar sobre la aproximación a la prueba ilícita, resulta razonable reconocer la coexistencia planteada por la doctrina cuando evidencia las reacciones pendulares entre el hipergarantismo (limitaciones de los derechos fundamentales) y las impunidades (revaluación a las actividades policiales y judiciales de investigación) que han de derivarse.



## Referencias

### Doctrinas

- Alexandrino, M y Paulo, V. (2008) *Direito Constitucional descomplicado*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus
- Mendonça, A y Pinheiro, R (2004). *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. São Paulo. Editora Lumen Juris.

- Araújo, L et al. (2005) *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva
- Armenta Deu, T (2009). Exclusionary Rule: Convergencias y Divergencias entre Europa y América Rej. *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 11, 2009.
- Armenta Deu, T (2011). *La Prueba Ilícita (Un Estudio Comparado)*. Editorial Marcial Pons, Segunda Edición. Madrid.
- Binder, Alberto et al (2006). *Derecho Procesal Penal*. Editora Amigo del Hogar. República Dominicana.
- Capez, F (2009). *Curso de Processo Penal*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva.
- Chiesa Aponte, E. (1991) *Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos*, volumen I, Primera Edición en Castellano, octubre de 1991.
- Cunha, R Pinto, Batista, R (2008) *Processo Penal – Doutrina e prática*. Salvador: JusPodivm.
- De Mendonça, A (2008). *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. Comentada artigo por artigo. São Paulo. Editora Método.
- De Souza Nucci, G. (2008) *Código de processo penal comentado*. 8. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Dinis, L(2010). *Das Provas Ilícitas*. Instituição Toledo De Ensino.
- Guerrero, O. (2009) *Institutos probatórios del nuevo proceso penal*. Bogotá D.C. Ediciones Nueva Jurídica.
- Guerrero, O. (2007). *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá D.C. Ediciones Nueva Jurídica.
- López Barja de Quiroga, J (2001). *Instituciones de derecho procesal penal*. Ediciones Jurídicas de Cuyo. Mendoza, Argentina.
- De Moraes, A (2004). *Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. 98. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 11 | n. 22 | Jul./Dez.
- Parra Quijano, J (2008). *Manual de Derecho Probatorio*. 16ª Edición. Editorial Librería Bogotá D.C. Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra Quijano, J (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C.
- Parra Quijano, J (2011). *Tratado de la prueba judicial*. Ediciones Jurídicas del profesional. Bogotá D.C.
- Superior Tribunal De Justiça. 5ª Turma. HC 61271/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Decisão unânime. Brasília, 27.05.2008. DJ de 04.08.2008, p. 821. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009.
- Superior Tribunal De Justiça. 6ª Turma. HC 100879/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Decisão unânime. Brasília, 19.08.2008. DJ de 08.09.2008, p. 521. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 jan. 2009.
- Supremo Tribunal Federal. AP-QO 307/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Decisão unânime. Brasília, 20.10.1994. DJ de 21.10.1994, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009.
- Supremo Tribunal Federal. HC 69.912/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria. Brasília, 16.12.1993. DJ de 25.03.94, p. 112. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009.
- Supremo Tribunal Federal. HC 70.814/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Melo. Decisão unânime. Brasília, 01.03.1994. DJ de 24.06.94, p. 16649. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009.
- Supremo Tribunal Federal. HC 89032/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito. Decisão unânime. Brasília, 09.10.2007. DJ de 22.11.2007, p. 552. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009.
- Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 73101/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão por maioria. Brasília, 26.03.1996. DJ de 08.11.1996, p.43201. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009.
- Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 74116/SP. 912/RS Relator: Ministro Néri da Silveira. Decisão por maioria. Brasília, 05.11.1996. DJ de 14.03.1997, p. 178. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 abril 2009
- Távora, Nestor, Antonni, Rosmar. (2008) *Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: JusPodivm.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

## **Normativas Colombianas**

República de Colombia Acto Legislativo 03 de 2002 (del 19 de diciembre del mismo año, por el cual se reforma la Constitución Nacional).

República de Colombia. Constitución Política Colombiana de 1991.

República de Colombia. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Actual Colombiano de tendencia Acusatoria.

República de Colombia Ley 600 de 2000. Código de Procedimiento Penal Anterior Colombiano.

## **Normativas Internacionales**

Código de Procedimiento Penal. Brasil del 3 de Octubre de 1941.

Constitución Federal. Brasil 1988.

Ley 16 de 1972. Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. 1972

Ley 11.690 del 9 de junio de 2008. Cambió el Régimen de Pruebas.

Ministerio de Justicia.

Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal.

## **WEBGRAFIA**

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.mj.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www2.pgr.mpf.gov.br>

<http://www.dpu.gov.br>

<http://www.ibccrim.org.br>

<http://www.cienciaspenales.org>