

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PORTUGUÉS

Elena BURGOA

SUMARIO: I. *Régimen jurídico*. II. *Definición de la ilicitud probatoria*. III. *Tratamiento procesal de la ilicitud probatoria*. IV. *Consecuencias de la ilicitud probatoria*. V. *Conclusiones*.

I. RÉGIMEN JURÍDICO

La materia de la denominada “prueba ilícita” (obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida. Otra problemática la constituyen las pruebas permitidas, pero obtenidas sin la observancia de las respectivas formalidades legales.

En primer lugar, se debe indicar que la Constitución de 1976 trata inquestionablemente, por primera vez, en el ordenamiento jurídico portugués, el concepto y régimen de las pruebas prohibidas, al determinar expresamente en el artículo 32 núm. 8 la nulidad de “todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”.

Por eso aquí el fenómeno toma una dimensión propia. A este respecto, Costa Andrade,¹ estudioso del tema, resalta que la autonomía concedida a la figura de la prueba prohibida por el legislador portugués provoca una importante reducción de la complejidad de la materia. Según su posición, esta técnica transforma las pruebas prohibidas en un sistema

¹ Cfr. Costa Andrade, Manuel, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 192.

normativo propio pues los problemas y la respectiva solución configuran un *prius* doctrinal y normativo.²

Aunque el 118, núm. 3 Código de Proceso Penal (en adelante CPP) se sitúa sistemáticamente en el título dedicado a las nulidades procesales, forzoso es reconocer el carácter de instituto autónomo del derecho procesal penal de las *proibições de prova*. En efecto, el artículo 118, núm. 3 del Código de Proceso Penal dispone que «*las disposiciones del presente título no perjudican las normas del código referentes a las prohibiciones de prueba*». Idea que impide la aplicación de las reglas generales sobre las nulidades procesales a las *proibições de prova*.

Sin embargo, hay que indicar, de igual modo, que la ley procesal portuguesa determina la sanción de *nulidad* por la violación de imperativos legales, especialmente en cuanto a los métodos prohibidos de prueba (artículo 126 CPP), recusa de parientes y afines (artículo 134 núm. 2 CPP), entrada y registro domiciliario (artículo 177,1 CPP) e intervenciones telefónicas (artículo 189 CPP), entre otros. Lo indicado, avisa de los riesgos de esta consideración. Sin embargo, Costa Andrade ha subrayado la idea de que la relación estrecha de las *proibições de prova* y el régimen jurídico de las nulidades generales no significa la reducción de las mismas a meras manifestaciones de nulidad. De ese modo, considera que el artículo 118 núm. 3 del CPP “tiene que ser interpretado como expresión positivada de la intención del legislador de consagrar la disciplina de las *proibições de prova* trascendiendo el régimen de las nulidades procesales”.³ En cualquier caso, João Conde Correia⁴ propone la modificación legislativa de los términos utilizados porque ello no sería más que una manifestación de la proclamada autonomía técnica y dogmática de las *proibições de prova*. Esta solución serviría para reforzar las garantías individuales y evitar discusiones estériles e inútiles.

En razón de tal régimen jurídico propio, la legislación portuguesa resuelve de forma expresa algunas de las cuestiones controvertidas en la doctrina y jurisprudencia alemanas.⁵

² El citado autor indica que, de modo diverso el sistema alemán, adopta el sistema de recursos, *ibidem*, p. 193.

³ *Ibidem*, p. 194.

⁴ *Cfr.* Conde Correia, João, “Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais”, en *Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, núm. 44, 1999, p. 160.

⁵ Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 189.

En segundo lugar, es importante señalar, la contribución a este debate de la doctrina y jurisprudencia portuguesa, que, resumidamente expresada por Costa Andrade,⁶ nos recuerda, de forma diferente a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, v.g., americano y germánico, que la intervención de la jurisprudencia portuguesa en esta área problemática ha sido relativamente discreta. En cuanto a la doctrina, el citado autor destaca la valiosa contribución de Figueiredo Dias en la redacción de las disposiciones específicas de la materia del nuevo CPP de 1987 y en el fomento de su estudio e investigación.

En los últimos años se ha producido un número más significativo de resoluciones y algunos artículos doctrinales sobre este tema. A este respecto, será fundamental conocer cuáles son las tendencias últimas por las cuales discurre la jurisprudencia y la doctrina portuguesa en algunas cuestiones que continúan dividiendo a las mismas. Por ejemplo: el caso de la entrada y registro domiciliario sin autorización judicial previa, exigido por el núm. 1 artículo 177. CPP, en el argot forense “mandamiento de entrada y registro” que ocasiona para una posición más sensible a las garantías personales, y consecuentemente más intransigente con los principios y normas constitucionales, la radical nulidad de la diligencia no autorizada.⁷ Así, Teresa Pizarro Beleza⁸ y Germano Marques Da Silva.⁹ Teoría, hoy felizmente dominante en los últimos pronunciamientos doctrinales.¹⁰ No obstante, el criterio jurisprudencial dominante sigue la tesis menos garantista, al sorprendernos con que la ausencia de mandamiento judicial constituye nulidad subsanable (Sentencias del *Supremo Tribunal de Justiça* (STJ) del 23 de abril de

⁶ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁷ En contra, Maia Gonçalves, “Meios de prova”, *Jornadas de Direito Processual Penal — o novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1988, p. 195.

⁸ *Cfr.* Pizarro Beleza, Teresa, “A prova”, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, AAFDL, 1992, II Volume, pp. 151 y 152. También “Tão amigos que nós eramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido”, *RMP*, 74 (1988) pp. 44 y ss.

⁹ *Cfr.* Marques da Silva, Germano, *Curso de processo penal*, 2a. ed., Editorial Verbo, 2000, pp. 116 y ss.

¹⁰ *Cfr.* Conde Correia, João, *op. cit.*, nota 6, p. 160; Maneul Monteiro Guedes, Valente, *Revistas e Buscas*, Almedina, 2003, p. 129 y 130; Pinto, Ana Luisa, “Aspectos problemáticos do regime das buscas domiciliárias” *Revista Portuguesa de Ciências Criminais (RPCC)*, año 15, núm. 3, 2005, p. 437.

1992,¹¹ del 8 de febrero de 1995,¹² del *Tribunal da Relação do Porto*, del 17 de noviembre de 2004).¹³

II. DEFINICIÓN DE LA ILICITUD PROBATORIA

Sobre el alcance que debe darse a la expresión *prueba prohibida*, el ordenamiento jurídico portugués trata de modo específico la cuestión, por lo que es oportuno recurrir al artículo 32, núm. 8 de la Constitución de la República Portuguesa que determina la nulidad de “todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las comunicaciones”. Como se puede observar, es esencial que la prueba ilícita atente contra los derechos, libertades y garantías fundamentales y, por tanto exista conexión con la dignidad de la persona o con la integridad moral.

Por su parte, el artículo citado anteriormente, se reproduce de forma casi idéntica en la ley procesal. El núm. 1 del artículo 126 del CPP señala que “son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa de la integridad física o moral de las personas”. El número 2 artículo 126 clarifica que

son ofensivas de la integridad física o moral de las personas las pruebas obtenidas, mismo que con el consentimiento de ellas, mediante: *a)* perturbación de la libertad de voluntad o de decisión a través de malos tratos, ofensas corporales, administración de medios de cualquier naturaleza, hipnosis o utilización de medios crueles o engañosos; *b)* perturbación, por cualquier medio, de la capacidad de memoria o de avaluación; *c)* utilización de la fuerza, fuera de los casos y de los límites permitidos por la ley; *d)* amenaza con medida legalmente inadmisibles y, bien así, con la denegación o condicionamiento de la obtención de beneficio legalmente previsto; *e)* promesa de recompensa legalmente inadmisibles.

Es importante señalar que, de forma específica y separada, en el número 3 del artículo 126 CPP se establece que “salvaguardados los casos

¹¹ Publicada en el *Boletim Ministério da Justiça*, núm. 416, p. 536.

¹² *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 444, 1995, p. 358.

¹³ <http://www.dgsi.pt>.

previstos en la ley, son igualmente nulas las pruebas obtenidas mediante intromisión en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las comunicaciones sin el consentimiento del respectivo titular”.

Teniendo en cuenta los citados dispositivos, la ilicitud probatoria o la prohibición de prueba se reduce a las hipótesis en que se vulnera un derecho fundamental. Sobre el alcance que debe darse a la expresión *prova prohibida*, Conde Correia concluye que la vulneración de un derecho fundamental no se produce siempre sobre el núcleo fundamental del mismo sino, también a través de su desarrollo legal, violando ciertos requisitos, sin los cuales la limitación del derecho fundamental no es posible y la prueba no se puede considerar permitida.¹⁴ Ahora bien, el tema no es tan claro cuando se trata de determinar la diversidad de la gravedad (nulidad o anulabilidad) y se desciende al caso concreto.

Y así, ante la falta de dichos requisitos, la S. del *STJ* del 17 junio 2004,¹⁵ tras constatar la nulidad de una intervención telefónica practicada en vulneración al artículo 188 del CPP, en cuanto que la orden dada de transcripción de las escuchas telefónicas no fue precedida de la imprescindible selección judicial, recuerda que la solución puede oscilar —consonante las tesis jurisprudenciales— entre la validez y la nulidad o, incluso, la inexistencia de este medio de prueba. En este caso, la resolución declaró la *nulidad* de la sentencia recurrida por falta de fundamentación de la misma en infracción a los artículos 374 núm. 2 y 379 a) del CPP. La tesis minimalista de la *nulidad relativa* ha sido acogida, entre otras, por las SS. del *Supremo Tribunal* del 9 de octubre de 2002 y del 9 de julio de 2003.¹⁶ Por su parte, el Tribunal Constitucional en las SS. núm. 407/97, 299/01 y 163/03 fija la doctrina de que si la selección de la transcripción de las conversaciones telefónicas se realiza por agentes policiales, por quien no está investido de ese poder, debe ser considerada *inexistente*, no pudiendo esas grabaciones ser utilizadas como medio de prueba. Por otra parte, consideramos de sumo interés también traer a colación la doctrina expuesta en la S. del 14 de marzo de 2005 del *Tribunal da Relação de Guimarães*,¹⁷ por cuanto refleja que en ningún caso se debe autorizar a la policía judicial para que realice por su cuenta y sin con-

14 Cfr. Conde Correia, João, *op. cit.*, nota 6, p. 159.

15 Cfr. <http://www.dgsi.pt/>.

16 www.stj.pt.

17 www.dgsi.pt

trol judicial la marcha de las operaciones. La referida sentencia indica que la intervención judicial se limitó a un escueto “*proceda-se como promovido*”, y que aunque realizada la diligencia durante las vacaciones judiciales las exigencias no deben o pueden ser menores. Así, indica que en el caso de los autos, la intervención judicial consistió en una mera homologación formal de la actividad policial, por si insuficiente, lo que determina la *nulidad* de las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas realizadas en los autos al vulnerar los núms. 1 y 3 del artículo 188 del CPP, no pudiendo ser utilizadas por constituir *nulidad insubsanable*.

En consecuencia, a pesar de las tesis jurisprudenciales antagónicas en la diferenciación de las consecuencias de la inobservancia de las formalidades prescritas, lo esencial es que *afecte a los derechos fundamentales*, ya se trate de una infracción constitucional o surja de la infracción de una norma infraconstitucional porque la lesión de un derecho fundamental se puede producir no sólo sobre el núcleo duro del mismo, sino a través de su desarrollo legal o extralegal.

En definitiva: por *prueba prohibida* se entiende la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución para la protección de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad. En tal línea, la Sentencia del Tribunal de la *Relação de Guimarães* del 10 de enero de 2005,¹⁸ en un caso que se trató de una entrada y registro no domiciliaria, de un automóvil, citando la conocida S. del Tribunal Constitucional núm. 192/01,¹⁹ indica —con claridad meridiana— que no constituye intromisión del domicilio ni de la vida privada. En virtud de ello, prosigue la sentencia, la prueba obtenida no viola el núm. 8 del artículo 32 de la Constitución de la República Portuguesa, ni el núm. 2 (las garantías de defensa), sin que constituya nulidad insubsanable la falta de apreciación y convalidación judicial de la misma, pues no fue utilizado cualquier método absolutamente prohibido de obtención de prueba que quepa en el ámbito de lo previsto en el artículo 126 del CPP, designadamente, en el núm. 3. En consecuencia, declara la *mera irregularidad* de la diligencia de registro del automóvil, por falta de convalidación judicial señalando que podía haber sido salva-da en tiempo oportuno (artículo 118, núm. 2 y 123, núm. 1 del CPP).

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ www.tribunalconstitucional.pt.

Igualmente, resulta de interés para acotar el alcance de la vinculación necesaria con la infracción de ciertos derechos fundamentales, la Sentencia del Supremo del 15 de octubre de 2003,²⁰ que considera que en el catálogo de las prohibiciones de prueba enunciadas en el artículo 126, núm. 1 del CPP no constan las declaraciones prestadas por el imputado ante las autoridades policiales, sin ser advertido de tal condición y sin la presencia de abogado. Por eso, las declaraciones prestadas en esas condiciones no acarrearán la consideración de prueba prohibida a tenor del artículo 32 núm.8 de la Constitución de la República Portuguesa y del artículo 126, 1 del CPP.

No hay duda de que en este marco jurídico, como indica Costa Andrade, el legislador portugués asume de forma consecuente la dimensión material-substantiva de las prohibiciones de prueba.²¹ La razón de este posicionamiento se encuentra relacionada con la protección de los derechos fundamentales que, como es sabido, no olvida que en el proceso penal la búsqueda de la verdad material no puede alcanzarse a cualquier precio. Su anclaje jurídico se hace dentro de uno de los principios que va adquiriendo o debería adquirir una importancia creciente en el actual proceso penal, el procedimiento leal, que aparece según expone Roxin como “el más alto principio del proceso penal: el de la exigencia de *fair trial*”.²² Por dicha razón, Germano Marques Da Silva y Teresa Beleza²³ dejan clara la naturaleza esencialmente moral de este principio, considerándolo la expresión de una forma de ser de la investigación y obtención de las pruebas de acuerdo con el respeto de los derechos y la dignidad de la persona. A este respecto, hay que referirse, a la importante S. del TEDH del 9 de junio de 1998 — caso Teixeira de Castro c. Portugal (44/1997/828/1034) que condenó al E portugués por la violación del artículo 6,1 de la CEDH al considerar pruebas válidas las traídas al proceso por las autoridades públicas de persecución penal a través de su actua-

²⁰ www.dgsi.pt.

²¹ Cfr. Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 196.

²² Apud Dias, Figueired, “Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade» do comportamento do Ministério Público no Processo Penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, año 128, núm. 3860, pp. 344 y 345.

²³ Cfr. Pizarro Beleza, Teresa, *op. cit.*, nota, 10, p. 65.

ción como agentes provocadores en la S. del STJ del 5 de mayo de 1994,²⁴ objeto de recurso para el TEDH.

Por otra parte, Costa Andrade admite la relativización de la prueba ilícita en casos excepcionales, cuando aquellos métodos representen el “meio idóneo e necessário á promoção de autónomos e relevantes valores e interesses transprocessual-penais... como sucederá... quando a escuta telefónica, a coacção, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista ameaça consumir u massacre de inocentes”²⁵ o, cuando el acusado utiliza la prueba obtenida de modo ilícito para probar su inocencia.²⁶

En congruencia con lo expuesto, su importancia es tal, que no existen limitaciones en la aplicación de las prohibiciones de prueba a la actividad de sujetos particulares. Y así, Costa Andrade recuerda la indiferencia del significado del estatuto público o privado en esta cuestión.²⁷ No obstante, jugar un papel primordial en la obtención de pruebas por las autoridades públicas de persecución penal, nada impide que se aplique también a la actividad de los sujetos particulares (las partes o un tercero). Desde luego, como destaca Costa Andrade, el argumento literal del artículo 126 del CPP facilita la aplicación también a los particulares. Del mismo modo, el argumento sistemático permite este entendimiento en cuanto el artículo 126 del CPP está ubicado en el Libro sobre la prueba, que articula preceptos destinados únicamente a las autoridades públicas de persecución penal con otros aplicables también a particulares.²⁸

En tercer lugar, debe apelarse a un argumento racional teleológico, ha escrito Costa Andrade “mal se comprendería que, por un lado, el legislador portugués impidiese sin más la valoración de los medios de prueba (grabaciones y fotografías) obtenidas por particulares a través del atentado al derecho a la palabra y a la imagen (artículo 167. del CPP), y por otro lado y al mismo tiempo, admitiese las pruebas obtenidas por particulares a costa de atentados intolerables a eminentes bienes jurídicos personales como los previstos en el artículo 126 del CPP”.²⁹

²⁴ *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, II, pp. 215 y ss.

²⁵ *Cfr.* Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 81 y 82.

²⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁷ *Ibidem*, p. 196.

²⁸ *Ibidem*, p. 197.

²⁹ *Ibidem*, p. 198.

El régimen previsto en el artículo 167 del CPP sobre el valor probatorio de las reproducciones mecánicas (grabaciones y fotografías) no es sino la manifestación más evidente de esta posibilidad, dado que no pueden ser apreciadas siempre que fueren antijurídicas y resulten de los agentes de las instancias formales de control o de los particulares. Sin embargo, en esta área, en expresión de Costa Andrade,³⁰ el legislador portugués ha rodeado la intervención de los particulares de límites más estrechos que los impuestos a la actividad de las autoridades públicas, pues permite a éstas realizar intervenciones telefónicas dentro de determinados presupuestos (artículos 187 y ss.) y las prohíbe siempre a los particulares. En línea con esta doctrina, el *Supremo Tribunal* en su Sentencia de 2 de febrero de 1988, analiza un caso que versa sobre la prohibición de valoración de grabaciones y fotografías ilícitamente obtenidas por particulares.³¹

En cuanto al alcance que debe darse a la expresión “pruebas obtenidas” utilizada en el artículo 32, núm. 8 de la Constitución de la República Portuguesa y en el artículo 126, 1 de la ley procesal, no ha de entenderse limitada a la fase de investigación o de obtención de las pruebas, por lo que la posible infracción de los derechos fundamentales se puede realizar en cualquier fase del proceso, incluso en el curso de la práctica de la prueba en el juicio oral. En esta línea Manuel Guedes Valente señala que “el principio de la lealtad no se agota en la fase de la investigación”, pues “los operadores de la justicia deben tener en cuenta este principio, inherente al proceso penal, en cualquier fase del proceso”.³²

En cuanto a la problemática del efecto indirecto (reflejo) o *efeito-à-distância* de la ilicitud probatoria, la Constitución de la República determina la nulidad de las pruebas prohibidas, pero no se pronuncia específicamente sobre el tema del efecto reflejo, dejando la solución a la doctrina y jurisprudencia.

La doctrina, por un lado, considera que el elemento literal del artículo 32, núm. 8 de la Constitución de la República Portuguesa y el artículo 126 del CPP, puede albergar base suficiente para la prohibición de valoración de to-

³⁰ *Ibidem*, p. 196.

³¹ *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 374, pp. 376 y ss.

³² *Cfr.* Monteiro Guedes Valente, Manuel, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, 2004, p. 177. También, *Teoria Geral do Direito policial*, Tomo I, Almedina, 2005, p. 115.

das las pruebas contaminadas por el veneno del método prohibido al no circunscribir la prohibición a las directamente obtenidas.³³ Igualmente, hay que tener en cuenta, como ha señalado Costa Andrade que el *efeito-à-distância* configura un momento nuclear del fin de protección del artículo 126 del CPP, pues lo contrario representaría un estímulo para el recurso a métodos probatorios prohibidos y a la violación de los derechos fundamentales.³⁴

Por otro lado, dada la asociación que late entre las prohibiciones de prueba y el régimen de las nulidades procesales la doctrina trata de hallar un equilibrio. Así, Costa Andrade, ha dicho que el intérprete y operador jurídico no debe desatender las implicaciones recurrentes del régimen de nulidad establecido en el artículo 122 núm. 1 del CPP: “*las nulidades convierten en inválido el acto en que se verifican, bien como los que de él dependen y aquellas pudieren afectar*”. Su importancia es tal, que el mismo autor declara que el régimen de las nulidades “indicia una propensión para reconocer el *efeito-à-distância* sin las hesitaciones sentidas en la doctrina y jurisprudencia alemanas”.³⁵ Ahora bien, en seguida Costa Andrade se apresura a decir que lo anterior no significa que se imponga un principio ilimitado de *efeito-à-distância*, tendente a la *fruit of the poisonous tree doctrine* por lo que el intérprete y operador jurídico tendrán que estar atentos para la sorpresa y singularidad del caso concreto, atendiendo al tipo de prohibición de prueba violada, naturaleza e importancia del derecho, bien jurídico o interés sacrificado, al sujeto pasivo de la violación (inculcado o testigo), etcétera. Por ello, alerta de que también en el derecho portugués no se simplifica el cuadro de soluciones diversificado y policromado que caracteriza las experiencias jurídicas americana y alemana.³⁶ En igual sentido, João Conde Correia considera que el problema no recibe una respuesta generalizada, un principio general cerrado y válido para todas las situaciones.³⁷

Por su parte, Costa Andrade, en concreto, reputa que el *efeito-à-distância* solamente no será aplicable por razones relativas al nexo de cau-

³³ Cfr. Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 313 y 314; Conde Correia, João, *op. cit.*, nota 6, p. 185.

³⁴ Cfr. Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 315 (citando a Roxin y Hassemer).

³⁵ *Ibidem*, pp. 195, 196 y 312 y ss; véase Conde Correia, João, *op. cit.*, nota 6, p. 185.

³⁶ Cfr. Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 314.

³⁷ Cfr. Conde Correia, João, *op. cit.*, nota 6, p. 185.

salidad o de imputación objetiva entre la violación de la prohibición de producción de la prueba y la prueba secundaria.³⁸ Y en dicha línea, Guedes Valente describe gráficamente que “o caminho a seguir deve enveredar em uma “ponderação, entre outros, de tópicos como a perigosidade do «veneno», a importância do «fruto» no contexto global da prova e a vinculação normativa do fruto à árvore envenenada. Sem olvidarmos “os conceitos e princípios nucleares do fim de protecção da norma e dos comportamentos lícitos alternativos, rectius, dos processos hipotéticos de investigação —paradigma da doutrina da imputação objectiva seguida pela doutrina americana e alemã”.³⁹

Sobre esta interesante cuestión, la sentencia del 6 de mayo de 2004 del *Supremo Tribunal de Justicia*⁴⁰ (Ponente Pereira Madeira), tras constatar la nulidad del medio utilizado (la intervención telefónica) por infracción sólo de los requisitos procedimentales y no de las condiciones de admisión, (ausencia de mandamiento judicial...) diferencia el alcance de los efectos contaminantes sobre la base de la diversidad de la causa de la ilicitud (nulidad o anulabilidad). En consecuencia, considera que:

...si la utilización de medios radicalmente prohibidos de obtención de pruebas —126 del CPP— inutilizará- expansivamente- las pruebas por ellos directa e indirectamente obtenidas, ya deberá ser más limitado —en función de los intereses conflictuantes— el efecto a distancia de «inutilización» de las pruebas inmediatamente obtenidas a través de los demás medios prohibidos de obtención de pruebas —previstos en el núm. 3 del artículo 126 CPP— (que no ofensivos del valor absoluto de la dignidad del hombre, sean de «intereses individuales no directamente contendientes con la garantía de la dignidad de la persona», como la «intromisión sin consentimiento del respectivo titular» en la vida privada», en el «domicilio», en la correspondencia o en las telecomunicaciones.

Y, más en concreto, se afirma que:

...sobre todo cuando, como en el caso, la nulidad del medio utilizado (la intervención telefónica) no vulnera los requisitos y condiciones de admisibilidad (artículo 187 del CPP) sino los requisitos formales de las corres-

³⁸ Cfr. Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 316.

³⁹ Cfr. Monteiro Guedes Valente, Manuel *op. cit.*, nota 34, pp. 422 y 423.

⁴⁰ www.dgsi.pt.

pondientes «operaciones». Pues, aún siendo esta modalidad igualmente prohibida (artículo 126º, 1 y 3 y artículo 189º del CPP), menos agresiva del contenido esencial de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 34º, 4 de la Constitución), la optimización y la concordancia práctica de los intereses en conflicto (inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas versus «verdad material» y punición de los culpables...podrá reclamar la litigación —con base en los principios de necesidad y de proporcionalidad— de los intereses individuales, aunque constituyan emanaciones de los derechos fundamentales, que no contengan directamente con la garantía de la dignidad de la persona humana.

Lo más destacable de esta sentencia es que trata de determinar con claridad en qué casos es o no posible proceder a la exclusión del efecto expansivo *dominó* contaminante de la prueba ilegítimamente obtenida a las restantes pruebas. Afirmando que se produce la contaminación de las pruebas restantes (efecto indirecto o reflejo) “cuando está en juego la garantía de la dignidad de la persona humana —como en el caso de utilización de la tortura para obtener una confesión— ninguna transacción es posible, otorgándose a tal garantía un carácter predominante absoluto en cualquier conflicto con el interés... (Figueiredo Dias, *Para uma nova justiça penal- para uma reforma global do processo penal português*, Almedina, 1983, pp. 206 y ss.).

A tal efecto, se indica que

ahí, no se podrá invocar la necesidad de ponderación de los intereses en conflicto y la validez de las pruebas consecuentes” ni negarse “la llamada doctrina alemana *fernwirkung des Beweisverbots* o americana «fruit of the poisonous tree» con (el mal) argumento de que prevalece la verdad material y la punición de un real culpable (Rogall), porque así acabarían por prevalecer intereses relativos frente al valor absoluto de la dignidad humana». En cambio, «ante intereses individuales que no contienen directamente con la garantía de la dignidad de la persona humana, ya deberá aceptarse —diferentemente de lo que sucede con el 1 vector— que tales intereses aunque emanaciones de los derechos fundamentales puedan ser limitados atendiendo a los intereses conflictuantes.

Dicha opción jurisprudencial, eminentemente operativa, recibe, según señala la misma, los aportes de derecho comparado, a través de la importación de la terminología utilizada (*fruit of the poisonous tree*, *Fernwir-*

kung des Beweis verbots...), y de la recepción de la distinción realizada por Roxin: prohibiciones de valoración probatoria independientes (imposibles de valorar cuando lesionan la dignidad humana) y dependientes (sin prohibición de valoración cuando hay mera inobservancia de los presupuestos formales); por otro lado cita la interesante sentencia del alto tribunal español (Sentencia del TS del 23 de junio de 1999 (RJ 1999, 5848, Ponente: Exmo sr. De Vega Ruiz) que realiza la misma distinción entre legalidad constitucional y legalidad ordinaria al señalar que:

los casos de ilicitud por contraria a la Constitución, los actos probatorios que traen causa del inicial ilícito quedan contaminados en ilicitud no convalidable por diligencias posteriores; en cambio, los actos irregulares que se desenvuelven en infracciones de legalidad ordinaria sólo originan la ineficacia del acto en sí y de lo que el mismo causalmente se derive, mas sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, incluso con la posibilidad de sanar mediante otras pruebas en instrucción o en el plenario. Diferenciándose en el caso de intervenciones telefónicas realizadas con defectos, entre causas vulneradoras del artículo 18, 3 CE (por ausencia de mandamiento judicial, exceso respecto a la autorización, tergiversación de los términos en que fue concedida o exceso cronológico no cubierto por la autorización) y las que sólo produjeron infracción de requisitos procedimentales (transcripción no realizada bajo la fe judicial...

Esta cuestión, sin embargo, ha dado lugar a una abundante jurisprudencia española no coincidente e incierta.

La conclusión que obtiene el alto tribunal portugués en la sentencia referida del 6 de mayo de 2004 es la no contaminación de la prueba de confesión de los imputados en el que el Tribunal *a quo* basó su sentencia condenatoria por tráfico de drogas. Así, la situación, se resolvió considerando la prueba restante válida por la vía de la escasa entidad de la violación de la prueba inicial ilícita y de la ponderación de los intereses implicados.

Ahora bien, es de resaltar que la misma resolución desatiende la relación de causalidad (desconexión causal) que, como es sabido, ha adquirido gran importancia en la doctrina y jurisprudencia extranjera en los últimos tiempos para facilitar el paso a cualquier otro medio de prueba disociado de la prueba viciada. La sentencia, no obstante, lo justifica

constatando que la valoración de la relación de causalidad sólo corresponde a las instancias, y que el Tribunal *a quo* decidió la no existencia de nexo de causa-efecto entre las escuchas y las declaraciones de los inculpados. Repárese, que la propia sentencia citada del TS español ofrece un camino equívoco y tortuoso, ya que, a pesar de la fundamentación realizada desde la perspectiva constitucional de la violación de los derechos fundamentales implicados, acaba por dar un giro y sustituir la perspectiva al considerar en el caso “desconectada» e independiente de las escuchas, la declaración inculpatoria de la coacusada, en relación al recurrente”, y por tanto reputarla prueba bastante para enervar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.⁴¹

En el caso en cuestión, se aprecia como el máximo órgano judicial portugués es renuente a admitir la validez de la prueba restante (independiente) en función de la desconexión causal y jurídica con la diligencia viciada, aunque lo haga con base en una improcedente cuestión procesal, pues si no existe conexión causal entre ambas —extremo que se declara en la instancia— ese material probatorio independiente (prueba independiente que no se debe confundir con prueba derivada), estará limpio de toda contaminación sin necesidad de otras consideraciones.

Así, se optó, para relativizar el efecto *dominó* de la prueba ilícita y estimar no contaminada la prueba posterior, por el enfoque de la ponderación de intereses en juego (derecho fundamental afectado *versus* verdad material y escasa entidad de la violación), y no por alguno de los otros elementos concurrentes eventualmente ponderables que existían en aquel momento (la desconexión causal declarada por la primera instancia, naturaleza grave del delito...

Es una opción que tiene su lógica, porque en resumidas cuentas, se trataba de la violación de meras formalidades de las *operaciones* de intervenciones telefónicas, de los requisitos procedimentales de la transcripción (artículo 188 del CPP): el criterio de la selección no fue judicial. Sin embargo, de la propia argumentación del Tribunal (“sobre todo cuando, como en el caso, la nulidad del medio utilizado (la intervención telefónica) estribe no en los requisitos formales y condiciones de admisi-

⁴¹ Por dicha razón, la sentencia citada es un perfecto ejemplo de las inseguridades que se producen en esta materia en la jurisprudencia española para relativizar el alcance y efectos de la prueba ilícita (en función de los bienes constitucionales implicados, desconexión causal de las pruebas, o de ambos elementos).

bilidad (artículo 187) sino en los requisitos formales de las correspondientes operaciones”) se extrae *a contrario* que el tema no es tan claro cuando se trate; por ejemplo, de un vicio relativo a la admisibilidad de las intervenciones telefónicas (por ejemplo, la ausencia de mandamiento o control judicial de las mismas). Por ello la doctrina de la ponderación de intereses ofrece en la sentencia que se comenta un espacio de discrecionalidad muy estrecho, esto es, limitando únicamente la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita cuando la nulidad de la prueba inicial afecte a los métodos previstos en el núm. 3 del artículo 126 CPP y además cuando resulte de la infracción de meros formalismos procesales.

Con todo, en la sustanciación del recurso hay intentos de imponer la desconexión causal. Un claro ejemplo lo encontramos en las alegaciones del Ministerio Público, al entender que el principio del *efeito à distância* deberá tener como límite otro principio: el principio del nexo de causalidad necesaria, o sea el principio *sine qua non...* y así, subraya la idea que el principio de la verdad material en materia de investigación criminal continua siendo el grande norte en la investigación, y en consecuencia afirma que si los acusados colaboraron en el descubrimiento del delito y confesaron, el delito está más que probado sin el contenido propio de las escuchas. Del mismo modo, en la propia fundamentación del Supremo, se concede espacio a esta problemática cuando recuerda las bases que informan la solución de la problemática en cuestión por el Tribunal Constitucional Español:

la importancia de examinar el conjunto del proceso y de “valorar la relación de causalidad” teniendo en cuenta la gravedad de la violación —para lo que han de analizarse sus elementos, esto es: su magnitud, intensidad, clase de delito, secuencia temporal y descrédito o no que puede suponer para la administración de justicia —así como la razonabilidad de la decisión y la calidad del razonamiento empleado para ello.

Lo indicado, avisa de un doble fenómeno: por un lado, el tema se clarifica al admitir una tímida disponibilidad de pruebas ilícitas a incidir sólo en relación con los derechos fundamentales que no contengan con la garantía de la dignidad de la persona humana, pues, como se vio, no reconoce espacio para admitir, por vía de excepción, una prueba que, aun de modo reflejo, se haya obtenido con la violación de un derecho fundamental que contenga directamente con la garantía de la dignidad de la

persona humana; pero al tiempo se complica al traer al debate, por vía indirecta, la temática de la desconexión causal y su reconocimiento (no obstante la dificultad de precisar su alcance y efectos) ofreciendo un camino (peligroso) de admisión a la operatividad sin obstáculos del efecto reflejo de la prueba ilícita.

Desde el primer ángulo, la citada sentencia del alto tribunal portugués del 6 de mayo de 2004 (Ponente Pereira Madeira) en su resolución, aboga por un equilibrio entre el garantismo y la evitación de la impunidad al abrir paso a elementos correctores que reducen el alcance de la nulidad de la prueba inicial: *test ponderativo de los intereses implicados*. Así, en la sentencia que se comenta, se relativiza el *efeito à distancia* de la infección o inutilización de las pruebas reflejas. La prohibición (la nulidad) alcanza sólo a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental. En consecuencia y pese a considerar nulo, por ilegal, la escucha telefónica, entiende que esa nulidad no se extiende a la confesión.

Esta sentencia, en general, ratifica la doctrina de los frutos del árbol envenenado al extremarse las cautelas en la admisibilidad de los efectos reflejos de la prueba ilícita. En este sentido, se asiste a una *muy tímida, cautelosa y garantista relativización de la prueba ilícita*, que se alza sobre todo contra el exceso de formalismo de la legalidad vigente que imposibilite la investigación penal cuando el descubrimiento de las pruebas objetivas de un hecho delictivo haya tenido origen en un defecto formal de poca entidad y contra los abusos a que puede conducir esta doctrina del árbol podrido que todo lo contamina, pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material. Por ello, una regulación adecuada a nuestro tiempo serviría para desterrar la necesidad de esta relativización “justificada” de los efectos de la prueba ilícita en relación con un formalismo estéril.

Yendo un poco más lejos, la Sentencia del *Tribunal da Relação de Guimarães* del 19 de junio de 2005⁴² en caso de intervenciones telefónicas declaradas nulas por insuficiencia del control judicial viene a señalar que la nulidad de las escuchas, que constituye una nulidad absoluta —y, por tanto, insanable— de acuerdo con el artículo 126 del CPP, no se transmite a las pruebas obtenidas a través del registro, realizadas legalmente

⁴² *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo III, 2005, p. 297 y ss.

en consecuencia de las referidas conversaciones intervenidas. En esta decisión, a pesar de declarar que sigue la doctrina establecida en la S. del STJ del 6 de mayo de 2004, forzoso es reconocer que introduce una visión más amplia de la cuestión, sacando a la luz con toda claridad, en mi opinión, la limitación de la fuerza expansiva contaminante del efecto de la prueba ilícita. De ese modo, hay un matiz diferenciador, aquí no se trata de un mero defecto formal de poca entidad, sino de un vicio conecado con una parte esencial del derecho fundamental (su desarrollo legal).⁴³ Ahora bien, esta decisión refuerza la línea jurisprudencial del Supremo: el argumento de la ponderación de los intereses en conflicto—inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, *versus* verdad material—. Así, declara, con base en este elemento ponderable de intereses, que la nulidad de la prueba afecta sólo a la misma y no a sus consecuencias (a la prueba obtenida a través del registro del automóvil).

Sin embargo, esta fundamentación no es pacífica, la sentencia cuenta con un voto particular que afirma que:

a nulidade das escutas interfere também com os demais meios de obtenção de prova a jusante destas escutas- a revista, busca e apreensão...É, pois, manifesto que esta revista, esta busca e esta apreensão não teriam ocorrido se não fossem os conhecimentos obtidos através das escutas sobre as deslocções do arguido..., ou seja, estes meios de prova estão na dependência das escutas. Por isso, a nulidade das escutas inquina com o mesmo vício a prova obtida através destes outros meios, por daquelas estar dependente- é o chamado “efeito à distância.

Esta posición, de radical rechazo a la relativización de la prueba ilícita, se muestra partidaria de la expansión de la nulidad de la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental a cualquier otra prueba derivada de la intervención telefónica que traiga causa de la misma. Dicho de otro modo, al considerar que se trata de pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, parece fundarse y bastarse con una inicial causalización (conexión causal) desde una perspectiva natural. Si bien es cierto que hay tendencias claramente restrictivas de la expansión de la

⁴³ Por su parte, el primer voto particular de la Sentencia, considera que existió un acompañamiento continuo de las intervenciones telefónicas por el juez de instrucción, por lo que no considera nula la diligencia.

nulidad, en el panorama internacional, que patrocinan que esta transmisión sólo se produzca en virtud de la existencia de una conexión de anti-juridicidad, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho, como desde una perspectiva externa.⁴⁴

Pareciendo consciente de la necesidad de profundizar en esta cuestión, la Sentencia del *STJ* del 19 de mayo de 2005 adoptó el siguiente acuerdo:

Quanto à questão das nulidades arguidas, o tribunal «a quo» pronunciou-se no sentido de que as escutas estavam inquinadas de base, mas considerou que não era mister anular as provas imediatas delas derivadas por as mesmas não terem sido valoradas como elemento probatório relevante na decisão da 1 instancia...E, quanto às provas mediatas ou consequenciais, considerou que houve uma quebra na cadeia de invalidade, por força da produção de prova autónoma, não havendo relação de causa- efeito entre as escutas realizadas e as diligencias investigatórias efectuadas posteriormente, e bem assim as provas obtidas por meio delas. E não só por meio delas, como também por força de prova pessoal relacionada com as declarações produzidas pelo recorrente..., de que se destacam as declarações feitas na audiência de julgamento, não tendo estas nada a ver, em termos de adequação causal, com a invalidade das escutas telefónicas. Esta última constatação conduziu ao reforço da tomada de posição quanto à desnecessidade/inutilidade da anulação das mencionadas escutas.⁴⁵

⁴⁴ Urbano Castrillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal*, Thomson, Aranzadi, 2003, p. 56 señalan que “en resumidas cuentas, existe «conexión de antijuricidad» cuando se da una relación entre el medio de prueba ilícito y el reflejo, lo suficientemente fuerte que permita estimar que la ilicitud originaria de la primera trasciende a la segunda, hasta el punto de provocar su situación invalidante. Siendo un «juicio de experiencia» el que permitirá, en cada caso, decidir la admisibilidad de la prueba derivada si lo probable es que el resultado logrado se hubiera alcanzado si uno de los elementos probatorios tenidos en cuenta —el declarado ilícito—hubiera faltado. Se apela, por tanto, a un exigente juicio de razonabilidad en el que la piedra de toque es la calidad de la motivación, en la que no es dudoso otorgar también un espacio de juego notable, al principio *in dubio pro reo*”.

⁴⁵ En otra línea, la S. del *Tribunal da Relação de Lisboa* del 16 de diciembre de 2004 y la S. del *STJ* del 20 de octubre de 2005 extreman los llamados *efectos à distancia* de las intervenciones telefónicas en relación al resultado de los registros.

Ante la actualidad que tiene la materia de la desconexión causal (de antijuricidad) es interesante este pronunciamiento al respecto, que hace que este tipo de argumentación de inadecuación causal pueda dar más juego, cara al futuro en la admisión de pruebas jurídicamente independientes. Por otro lado, otro dato importante es la solución que se propone de que la prueba ilícita no generará nulidad si la condenación no estuviera fundada, de modo exclusivo, en la prueba ilícita, a pesar de que este entendimiento supone limitar la eficacia de la garantía constitucional de la nulidad/inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas.

Tras analizar las limitaciones jurisprudenciales del “*efeito-à-distância*” de la nulidad de las pruebas ilícitas, hay que referirse, a este respecto, de igual modo, a la importancia de la limitación legal de la nulidad establecida en el núm. 4 del artículo 126 del CPP⁴⁶ que permite la posibilidad de ser utilizada contra quien produjo el método prohibido cuando su actuación consubstancia un delito.

Su importancia es tal, que Teresa Pizarro Beleza, Germano Marques Da Silva y Ana Luisa Pinto afirman que se trata de la única utilización posible de las pruebas nulas.⁴⁷

De la ilicitud de la prueba, depende, la bondad de esta limitación legal. Ahora bien, la cuestión de la nulidad no es, ciertamente, sencilla. Desde luego, parece indudable que cuando la prueba, aparentemente ilícita, fuere obtenida por el propio acusado, la ilicitud estaría excluida a través del estado de necesidad, si se trata del único medio de que dispone el acusado para comprobar su inocencia. Y en dicho caso, ya no hay razón para hablar en prueba ilícita. A este respecto, Costa Andrade, pone como ejemplo el uso de una grabación ilícita que representa la *única possibilidade de alcançar a absolvição de un inocente infundadamente acusado de um crime*.⁴⁸

⁴⁶ Artículo 126, núm. 4 CPP “Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstas neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”.

⁴⁷ Y en consecuencia, reputan la nulidad prescrita en el núm. 3 del artículo 126 CPP como nulidad insanable. *Cfr.* Pizarro Beleza, Teresa, *op. cit.*, nota 10, pp. 151 y 152. Marques Da Silva, Germano, *op. cit.*, nota 11, p. 121; Pinto, Ana Luisa, *op. cit.*, nota 12, p. 437.

⁴⁸ *Cfr.* Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 45.

III. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA ILICITUD PROBATORIA

La norma constitucional determina en el artículo 32, núm. 8 categóricamente la nulidad de todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, abusiva intromisión en la vida privada, domicilio, correspondencia o telecomunicaciones. Además, el legislador procesal portugués especifica en el artículo 126, núm. 1 del CPP que «*no pueden ser utilizadas*». De este modo, la inutilidad reconocida constituye claramente un límite al libre convencimiento del juez, impidiendo que la prueba sirva de fundamento de decisión judicial.

Por eso, se puede decir que el momento procesal oportuno para plantear y discutir la validez de pruebas no es único. El ordenamiento, aunque no consagra una tramitación específica para dilucidar la ilicitud de una determinada diligencia probatoria, ofrece varios momentos cruciales, dada su influencia perturbadora mientras se desarrolla el proceso. No es necesario esperar al inicio de las sesiones del juicio oral para hacer valer la nulidad, sino que es posible hacerlo en cualquier momento anterior en cuanto se detecte, es decir, en la instrucción (*inquérito*), en la fase intermedia (*instrução*), en el saneamiento del proceso o una vez abierto el juicio oral. Todo dependerá de las circunstancias: en caso de flagrante nulidad, puede expulsarse del proceso en las fases previas; en otras situaciones menos flagrantes o más dudosas será más difícil que pueda someterse a discusión previa a la decisión última del tribunal, pues se tratará de una cuestión valorativa que corresponderá resolver al juzgador en el trámite procesal de sentencia, tras el debate del juicio oral.

Igualmente, hay que tener en cuenta, que la propia lógica de las nulidades insanables por vulneración de derechos fundamentales hace que no sea posible la sanación de la misma y por eso no hay un trámite preclusivo de declaración de la ilicitud de la misma. Del mismo modo, deben ser conocidas oficiosamente por el tribunal (artículo 119 del CPP) pero nada impide que su conocimiento sea levantado por los demás sujetos procesales.

Sin embargo, la cuestión no es pacífica. Un sector doctrinal y una cierta corriente jurisprudencial ha subrayado la idea de que la prueba ilícita prevista en el núm. 3, del artículo 126 del CPP implica anulabili-

dad en vez de nulidad radical. En esta posición, se defiende, por tanto, la aplicación del plazo previsto en el artículo 120, num. 3 del CPP y su planteamiento por los interesados. En la línea expuesta, Maia Gonçalves, José Da Costa Pimenta y Tolda Pinto.⁴⁹ Por su parte, la Sentencia del *Supremo Tribunal de Justicia* del 8 de febrero de 1995⁵⁰ afirma de forma rotunda, por influjo de la doctrina de Maia Gonçalves y de la Sentencia de 23 de Abril de 1992, que en el caso de los autos

las pruebas obtenidas a través del registro domiciliario efectuado sin autorización de la autoridad judicial competente ni con el consentimiento del interesado son nulas y concluye que como tal nulidad fue cometida durante el inquérito (instrucción), atendiendo al plazo señalado en el artículo 120, núm. 3, al c) del CPP,⁵¹ hace ya mucho tiempo que caducó el plazo para su planteamiento, habiendo sólo ahora en la fundamentación del recurso sido cuestionada.

Y en esta misma línea, se pronunciaron, entre otras, las sentencias del Supremo Tribunal del 29 de octubre de 1998,⁵² 9 de octubre de 2002 y 9 de julio de 2003.⁵³

Con más rigor procesal, la muy interesante Sentencia del STJ, del 17 de junio de 2004,⁵⁴ matiza que si bien

a relação deu aval a um entendimento jurídico, segundo o qual, na essência, a eventual ocorrência de nulidade nos procedimentos formais seguidos na recolha das escutas, configuraria nulidade relativa, já sanada, por não arguida até o momento previsto no artículo 120, n. 3, al. c) CPP. Porém, esse entendimento está longe de conciliar maioria e, muito menos, a unanimidade das posições jurisprudenciais conhecidas sobre o tema. Aliás, o melindre de que

⁴⁹ Cfr. Maia Gonçalves, *op. cit.*, nota 9, p. 43. Sin embargo, este autor considera que en el caso de inexistencia de autorización o de orden judicial, la sanción se encuadra en el ámbito de la nulidad insanable. Posición más radical, la sustenta Tolda Pinto, *A Tramitação Processual Penal*, 2a. ed., Coimbra Editora, 2001, p. 425.

⁵⁰ Publicada en el BMJ núm. 444, p. 358.

⁵¹ Artículo 120, 3, c CPP “Tratándose de nulidade respeitante ao inquérito ao à instrução, até ao encerramento do debate instrutório ou, não havendo lugar a instrução, até 5 dias após a notificação do despacho que tiver encerrado o inquérito”.

⁵² Publicada no BMJ núm. 480, p. 292.

⁵³ www.stj.pt.

⁵⁴ *Idem*.

se reveste no nosso sistema jurídico-constitucional, o recurso ao uso de escutas telefônicas como meio de prova, pela possibilidade efectiva de lesão irreparável de direitos fundamentais..., pela gravosa danosidade social que lhe anda associada, parece não ser um bom índice para avaliar a bondade de tal tese minimalista do acórdão recorrido sobre os efeitos das apontadas irregularidades, pese, embora, a necessidade imperiosa de salvaguardar de um mínimo razoável de eficácia na investigação criminal...Uma tal interpretação, para além, de não uniforme, assumirá foros de duvidosa constitucionalidade, tal como pode concluir-se da leitura do Ac. do Tribunal Constitucional n. 166/03, de 28 de março de 2003.

Ciertamente esta última posición sería la ideal, por el peligro que comporta el raciocinio de este género de jurisprudencia minimalista que conduce a la relativización de la prueba ilícita. *Relativización* de contenido preocupante (al devaluar en simple anulabilidad la vulneración de derechos fundamentales, como la intromisión sin consentimiento del respectivo titular en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las comunicaciones —artículo 126, núm. 3 del CPP— con el argumento de que se trata de bienes jurídicos disponibles (*volenti non fiat injuris*), de pruebas relativamente prohibidas). Línea jurisprudencial que produce grave inquietud en la doctrina al contender con los derechos fundamentales.⁵⁵ Y es que, efectivamente, la falta de resolución judicial, si la entrada y registro en un domicilio se ha realizado sin el consentimiento de su titular (o, en su caso, no existiera flagrancia delictiva), la diligencia será radicalmente nula por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en sus diversas manifestaciones, y además insanable. En este sentido, la pretendida anulabilidad (y subsanación del acto ilícito) devalúa auténticos derechos fundamentales y se traduce en una verdadera relativización *automática* de los efectos de nulidad de la prueba ilícita.

Ahora bien, si en efecto, puede ser admisible la utilización de pruebas ilegítimamente obtenidas (y/o cuantas pruebas traigan causa de dicha diligencia) —y así, su *relativización*— en una situación concreta de encru-

⁵⁵ Posición mantenida por Pizarro Beleza, Teresa, “Apontamentos de Direito Processual Penal”, AAFDL, volumen II, 1992, pp. 151 y 152. E igualmente, Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 188 y ss. Marques Da Silva, Germano, *op. cit.*, nota 1, p. 205. Recientemente, también Monteiro Guedes Valente, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 419 y 420 recordando la doctrina de Gomes Canotilho.

cijada de intereses coexistentes, a través de la valoración o ponderación de los mismos (inviolabilidade das comunicações telefónicas *versus* verdade material e punição dos culpados...), la doctrina será muy discutible, poco garantista y de dudosa constitucionalidad que estas situaciones *per se* se estimen como anulabilidades y se proclamen subsanables.

Es necesario indicar que las aportaciones de tipo doctrinal y jurisprudencial, sobre la materia que nos ocupa (la tramitación procesal de la ilicitud probatoria) son escasas. Sólo ha sido objeto de atención la problemática, ya vista, sobre el carácter de la nulidad. Por eso, será preciso analizar estas cuestiones a través de la normativa procesal, en cuanto exista regulación al respecto.

Aunque no existe un trámite específicamente previsto para dilucidar el tema de la ilicitud probatoria, a través de las distintas fases del proceso, puede cuestionarse la admisibilidad de una prueba considerada ilícita. De este modo, la tramitación no es preclusiva.

Considero que el tema de la ilicitud de la prueba puede suscitarse durante el *inquérito* (instrucción) en el momento mismo en que se practica la medida de investigación y que el *Auto de inquérito* puede abordar el tema de la validez de las pruebas e incluso evitar que la prueba se incorpore al sumario (si se constata una vulneración grave en la fase de instrucción, por ejemplo una declaración prestada bajo tortura) de acuerdo con el artículo 275, núm. 1 del CPP que determina que “as diligências de prova realizadas no decurso do inquérito são reduzidas a auto, que pode ser redigido por súmula, salvo aquelas cuja documentação o ministério público entender desnecessario”. Por su parte, Germano Marques Da Silva recuerda que “para que um meio de investigação não possa ser usado terá que a proibição ser estabelecida por lei (artículos 125 y 126 CPP)”.⁵⁶

La fase intermedia (*instrução*) constituye un momento idóneo para combatir la ilicitud de una prueba. Es posible plantear la ilicitud en los trámites previstos en los artículos 292, 296, 302 y 308 del CPP.

El propio artículo 292 CPP sitúa la cuestión en el trámite de la admisión de las pruebas al prescribir que “são admissíveis na instrução todas as provas que não forem proibidas por lei” y garantizar en el núm. 2 la posibilidad de contradictorio donde se establece que el “juiz de instrução interroga o arguido quando o julgar necessário e sempre que este o solicitar”.

⁵⁶ Cfr. Marques Da Silva, Germano, *op. cit.*, nota 11, p. 79.

Es más, no se debe descartar la posibilidad de abordar el tema de la validez a través de los requerimientos presentados por la acusación e por la defensa en esta fase, de acuerdo con el artículo 296 CPP.⁵⁷ La cuestión puede ser planteada en el pórtico del *debate instrutório*, pues el artículo 302 permite debatir cuestiones de prueba relevantes y de carácter controvertido, con posibilidad de proponer prueba al respecto.⁵⁸ Y en el *despacho de pronúncia* o *de não pronúncia* (artículo 308 CPP) se exige dar respuesta a la pretensión de nulidad.⁵⁹ Así, por ejemplo, la S. del *Tribunal da Relação de Guimarães* del 9 de junio de 2005 resolvió el recurso que los *arguidos* interpusieron contra la *decisão instrutória* que juzgo válidas las intervenciones telefónicas. El tribunal estimó parcialmente el recurso, declarando nulas las intervenciones telefónicas realizadas y validó el registro del automóvil efectuado y la aprehensión, ordenando en consecuencia la reformulación del *despacho de pronúncia*.

Sin embargo, como la fase intermédia de la *instrução* es facultativa (artículo 286 CPP), evitando que una posible prueba obtenida de manera ilícita o con vulneración de los derechos fundamentales produzca efectos perjudiciales como el de obligar al acusado a sufrir la «pena del banquillo», se regula de manera expresa dentro de los actos preliminares del plenario el trámite procesal de saneamiento del proceso (artículo 311 CPP)⁶⁰ que propicia que se pueda sanar y expulsar del procedimiento aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales (y en su caso, todas las que de aquéllas traigan causa u ori-

⁵⁷ Artículo 296 (Auto de instrução) CPP: “As diligências de prova realizadas em acto de instrução são reduzidas a auto, ao qual são juntos os requerimentos apresentados pela acusação e pela defesa nesta fase, bem como quaisquer documentos relevantes para apreciação da causa”.

⁵⁸ Artículo 302 (Decurso do debate)

1. “O juiz abre o debate com uma exposição sumária sobre os actos de instrução a que tiver procedido e sobre as questões de prova relevantes para a decisão instrutória e que, em sua opinião, apresentem carácter controverso.

2. Em seguida concede a palavra ao ministério público, ao advogado do assistente e ao defensor para que estes, querendo, requeiram a produção de provas indiciárias suplementares que se proponham apresentar, durante o debate, sobre questões concretas controversas.

⁵⁹ Artículo 308 (Despacho de pronúncia ou de não pronúncia): “3. No despacho referido no nº 1 o juiz começa por decidir das nulidades e outras questões prévias ou incidentais de que possa conhecer”.

⁶⁰ Artículo 311 (Saneamento do processo).

gen). Insistiendo en esta idea, está prevista en la fase preliminar de la audiencia la alegación de artículos de previo pronunciamiento en el artículo 338º CPP (*questões prévias ou incidentais*)⁶¹ que permite el paso a la alegación previa de la vulneración de derechos fundamentales al comienzo de las sesiones del juicio oral y a una respuesta jurisdiccional *in voce*, sin exigir una resolución tardía y extensa. Si en el pórtico del juicio oral, nadie acusa la vulneración, el Tribunal, entendemos, que la apreciará, si se ha producido, porque los Tribunales son los garantes de los derechos fundamentales. Igualmente podrá aplazar el pronunciamiento de la cuestión hasta el momento de dictar sentencia si lo estima procedente, pues la decisión oral, con una sucinta motivación, es una *facultad discrecional* del Tribunal en la fase de iniciación de la vista oral. Será conveniente la resolución inmediata, si efectivamente la prueba adolece de una nulidad clamorosa que va a perjudicar a la parte que promovió la cuestión.

En todo caso, esta posibilidad procesal no se ha de considerar un trámite preclusivo, sino un criterio lógico de abordar el tema de la validez de las pruebas tratando de evitar problemas posteriores y sobretodo de evitar la interferencia de pruebas ilícitas en el curso de la práctica de aquellas que no están viciadas.

Por ello, las cuestiones relativas a las pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales son susceptibles de reiteración o proposición en el desarrollo del plenario (artículo 340, 355, 360,... CPP).⁶² De ese modo,

⁶¹ Artículo 338 (Questões prévias ou incidentais)

1. “O tribunal conhece e decide das nulidades e de quaisquer outras questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa acerca das quais não tenha ainda havido decisão e que possa desde logo apreciar...

⁶² Artículo 340 (Princípios gerais)

1. “O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo 328, núm. 3, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respectivo meio forem legalmente inadmissíveis. Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que:

a) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas;
 b) o meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa;
 c) o requerimento tem finalidade meramente dilatória”.

Artículo 355 (Proibição de valoração de provas)

1. “Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”.

se pueden aportar o reproducir pruebas esclarecedoras al respecto para demostrar la ilicitud/licitud de una prueba. Por otro lado, se trata de una cuestión valorativa propia del trámite procesal de sentencia, tras el debate del juicio oral. Y si ello es así, con más razón la declaración sobre la posible ilicitud de la prueba deberá y podrá hacerse en la sentencia, la cual no tendrá en cuenta la prueba ilícita para su valoración.⁶³ A este respecto, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués núm. 393/03 que rechaza la aplicación de la norma impugnada por el recurrente para efecto del control de constitucionalidad en un caso en que se había acordado la nulidad:

...as escutas em causa “são nulas, por não terem sido observados os requisitos previstos no artigo 188 CPP” e, em consequência de tal nulidade, “não podiam ser utilizadas como meio de prova pelo Tribunal”. Ora, o Supremo concluiu que “essas escutas não foram utilizadas como meio de prova no acórdão recorrido, como seguramente resulta dos seus termos”. Por outras palavras, as escutas telefónicas não foram relevantes, no caso, para a avaliação da matéria de facto com base na qual o arguido foi condenado...Daqui resulta que a norma impugnada no presente recurso não foi aplicada pelo STJ na interpretação identificada pelo recorrente e por ele considerada contrária à Constituição...

En sentido contrario, es decir que no es preciso que la resolución adopte la nulidad, la Sentencia del *STJ* del 19 de mayo de 2005 resulta particularmente interesante al declarar que:

o tribunal «a quo» pronunciou-se no sentido de que as escutas estavam inquinadas de base, mas considerou que não era mister anular as provas imediatas delas derivadas por as mesmas não terem sido valoradas como elemento probatório relevante na decisão da 1.ª instância (da 6.ª Vara Criminal de Lisboa, del 16 de Abril de 2004) E, quanto às provas mediatas ou consequenciais, considerou que houve uma quebra na cadeia da invalidez, por força da produção de prova autónoma...Esta última constatação conduziu ao reforço da tomada de posição quanto à desnecessidade/inutilidade da anulação das mencionadas escutas.

Artículo 360 (Alegações orais).

⁶³ Artículo 374 (Requisitos da sentença).

Lo que nos lleva a señalar el carácter restrictivo de la declaración de nulidad utilizado en esta sentencia al admitirla sólo cuando la condena estuviese fundada exclusivamente en la prueba ilícita y no en otras pruebas aptas. Entendimiento evidentemente perturbador de la garantía constitucional de la nulidad y no utilización de la prueba ilícita (artículo 32, núm. 8 CRP).

Por otra parte, si denunciada y resuelta la cuestión previa de la ilicitud probatoria en la fase preliminar, no parece haber obstáculo para que la sentencia final se pronuncie sobre la misma, tras el resultado de la prueba o incluso para que se transponga en la misma la fundamentación de la sucinta decisión anterior.⁶⁴

En todo caso, no está de más recordar, en esta materia, que la tramitación referida es para los procesos en forma común. En los procesos especiales tampoco hay un trámite expreso para resolver la ilicitud probatoria ni se regula ningún incidente especial para poner de manifiesto la ilicitud probatoria, por lo que en el proceso *sumario*, *abreviado* y *sumarísimo* (si el *arguido* deduzca oposición) el momento apropiado para debatir la licitud/ilicitud de una prueba será el juicio oral.

IV. CONSECUENCIAS DE LA ILICITUD PROBATORIA

Sobre el alcance que debe darse a la expresión «son nulas» del artículo 32, núm. 8 CRP, el artículo 126, 1 CPP explica que su sentido se circunscribe a su no utilización. De este modo, ha de entenderse que abarca a todas las pruebas con independencia de la fase de la tramitación, como vimos anteriormente, pues es indudable que cuando la violación del derecho fundamental sea evidente, se procederá a la no admisión de la prueba y en los otros casos se procederá a su admisión. En este último supuesto, después de su discusión en el plenario, si el juez se pronuncia en la sentencia en favor de su ilicitud no la podrá tener en cuenta. Es decir, la consecuencia de la ilicitud probatoria es la imposibilidad de utilización procesal, sin perjuicio de su utilización para la punición criminal

⁶⁴ Justamente en el conocido *caso Mesa Nacional de Herri Batasuna* (Sentencia del TS Español del 24 de marzo de 2000) se declaró que “no nos encontramos ante compartimentos estancos que eviten la debida comunicación entre ambas decisiones”.

de los responsables por su obtención, de acuerdo con lo consagrado en el núm. 4 del artículo 126 CPP.⁶⁵ No es esta la ocasión de tratar todas las consecuencias de la ilicitud de la prueba, pero sí de señalar que los aspectos relacionados con la reparación civil para quien la ha padecido se han de solventar de acuerdo con las reglas generales.

Por lo que se refiere a los recursos, se cuenta con la posibilidad de interponer *recursos interlocutorios* de la decisión de primera instancia que desestimó por ejemplo la *arguição* de la nulidad de intervenciones telefónicas realizadas en los autos. Con todo, de la decisión de la Relação no se admite recurso (artículo 400, núm. 1, c CPP).⁶⁶

En materia de recurso de la decisión final de primera instancia,⁶⁷ cabe recurso en la segunda instancia ante el *Tribunal da Relação*, y de las decisiones de este Tribunal, recurso ante el *Supremo Tribunal*.

No hay duda que un gran número de recursos se interponen alegando por los recurrentes que la decisión condenatoria se sustenta en prueba ilícita. Se trata de supuestos, bastante frecuentes, contra las sentencias de la primera o segunda instancia que condenan al acusado por estimar válidas las pruebas obtenidas. Por ejemplo, a través de intervenciones telefónicas o registro. Se alega el error del juzgador sobre su licitud (porque valoró intervenciones telefónicas no autorizadas o sin control judicial...) y se pretende la anulación de la sentencia recurrida y la absolución de los mismos. En un claro ejemplo de lo indicado, la S. del *Tribunal da Relação de Lisboa* del 16 de diciembre de 2004 decreto una sentencia en la que concurrieron un cúmulo de nulidades, —como lo indicó la propia resolución— en la que el período de duración de la intervención telefónica no fue definido, ni su resultado fue transcrito en el plazo mínimo que implica el término inmediatamente (artículo 188 CPP), tal como resulta de la S. del TC, del 11 de junio de 2004, mandó devolver los autos a la pri-

⁶⁵ Artículo 126, 4 CPP “Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”.

⁶⁶ Artículo 400, 1,c CPP, não é admissível recurso “de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que não ponham termo à causa”.

⁶⁷ Artículo 379 (Nulidade da sentença:

1. “É nula a sentença:

a) Que não conter as menções referidas no artículo 374, ns 2 e 3, alínea b); ...c)

Quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento.

mera instancia para que se procediera a la reformulación de la decisión proferida, sin atender a los medios de prueba que se invalidaban (las intervenciones telefónicas y la prueba refleja obtenida con el registro).

Del mismo modo, tendrá legitimación el Ministerio Público (Fiscal) para recurrir y alegar que la sentencia se ha sustentado en prueba ilícita, denunciando la vulneración de un derecho fundamental, sobre la base legal de la función que tiene atribuida de velar por la legalidad del proceso (artículo 219 de la Constitución de la República Portuguesa) denunciando, por ejemplo, la vulneración de las diligencias de intervención telefónica o de registro, o haciendo valer expansivamente el efecto a distancia de la declaración de nulidad de ciertas pruebas.

Igual legitimación posee el Ministerio Público para recurrir una sentencia que considera indebidamente la nulidad de una prueba y, por lo tanto, sin efecto, no teniéndola en cuenta para la valoración, provocando una absolución injusta. En efecto, al Ministerio Público le corresponde la defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías que conforman un juicio justo (artículo 6 del CEDH), facultad que también ejerce cuando se interpone un recurso de una decisión absoluta y sustenta la validez de las pruebas invocadas y practicadas. Así, el Tribunal que decida el recurso, si considera válidas las diligencias probatorias, deberá anular la sentencia recurrida y ordenar al Tribunal de instancia la adopción de la nueva sentencia y tener en consideración el resultado de la prueba validamente realizada.

Por último, no será ocioso indicar que, en los supuestos de contradicciones o insuficiencia de la materia de hecho, se permite que «*em caso de utilização de “métodos proibidos de prova”*», a fixação dos factos materiais da causa pode ser objecto de recurso de revista (artículos 126 CPP e artículos 722, núm. 2, y 729, núm. 2 CPC)” determinando el *STJ* en Sentencia de 30 de octubre de 2003 que “a decisão de facto pode e deve ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito...” por lo que determina que “a Relação (se possível pelos mesmos juízes) julgue novamente a causa de harmonia com o regime jurídico ora definido (artículo 730 CP Civil)”.

V. CONCLUSIONES

Con las precedentes notas he tratado de resaltar la posición de la doctrina y jurisprudencia portuguesa sobre esta cuestión.

En resumidas cuentas, el principio de la verdad real no autoriza al juez ni a las partes a ultrapasarse los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana. La prueba ilícita es inutilizable en el proceso, aunque se trate de prueba relevante y pertinente. Por eso, no puede ser valorada judicialmente.

Lo más destacable en este asunto es la inexistencia de un criterio unitario en la doctrina y jurisprudencia a la hora de determinar las consecuencias de la ilicitud probatoria, lo que abre la puerta a una cierta involución al catalogar la lesión de ciertos derechos fundamentales como simple anulabilidad. Ciertamente, lo más prudente y respetuoso con los derechos fundamentales será pecar por exceso en esta cuestión.

Por otro lado, el panorama jurisprudencial es radical cuando la lesión del derecho fundamental que origina la ilicitud probatoria vulnera la dignidad humana. La doctrina, por su parte, admite también en estos casos, por vía de excepción, la utilización de una prueba prohibida, siempre que concorra una situación grave.

En relación al punto delicado de la admisión de la prueba refleja, la jurisprudencia desde posiciones absolutas y maximalistas que declaran la contaminación de todo el material probatorio, contaminación se ha ido decantando hacia posiciones más equilibradas del alcance de los efectos contaminantes sobre la base de la teoría de la ponderación de los intereses implicados o en la búsqueda de una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba. La doctrina, por su parte, recuerda que no se puede excluir alienadamente el efecto à distancia, pero deja el camino abierto hacia argumentaciones interpretativas serias sobre la prueba ilícita. Así, se ha dicho que “*não podemos aferir que no direito português o efeito à distancia é sacralizadamente seguido e que não sob o «fogo» da discussão saudável da exegese e hermenêutica laboriosamente aturada e filigrâmica, impostas ao intérprete e aplicador*”.⁶⁸

⁶⁸ Cfr. Monteiro Guedes Valente, Manuel, *op. cit.*, nota 34, p. 427, siguiendo la línea avanzada por Costa Andrade, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 314.

En cuanto a su tramitación, hay base legal suficiente y flexible para evitar postergar la resolución de una prueba presuntamente ilícita, al momento de dictar sentencia o en la vía de recurso, pues cabe su planteamiento, en cuanto se detecte la posible ilicitud en el trámite de artículos de previo pronunciamiento, en el debate preliminar del comienzo del juicio oral evitando la contaminación del proceso. En todo caso, esta problemática, no constituye una de las mayores preocupaciones de la doctrina, dada la flexibilidad legal en su planteamiento.