



TESIS DOCTORAL

La prueba ilícita en el proceso civil

(con especial referencia a los procesos de tutela del crédito)

Un análisis comparativo entre las legislaciones española y hondureña

Presentada por:

Lcda. Christa María Madrid Boquín

Dirigida por:

Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal

Profra. Dra. Andrea Planchadell Gargallo

Profesora Titular de Derecho Procesal

Castellón de la Plana, Septiembre de 2015

La prueba ilícita en el proceso civil

(con especial referencia a los procesos de tutela del crédito)

Un análisis comparativo entre las legislaciones española y hondureña

Lcda. Christa María Madrid Boquín

Área de Derecho Procesal

Departamento de Derecho Público

Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas

Universitat Jaume I

La prueba ilícita en el proceso civil

(con especial referencia a los procesos de tutela del crédito)

Un análisis comparativo entre las legislaciones española y hondureña

La doctoranda, adscrita al Área de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Público de la Universitat Jaume I, ha contado para la realización de la presente tesis doctoral con la ayuda de tres becas. La primera, una beca del Programa Santiago Grisolí para la formación de personal investigador en organismos de investigación de la Comunidad Valenciana, concedida por la **Generalitat Valenciana** (2008-2010). La segunda, una beca para la realización de los estudios del Máster en Práctica Jurídica, otorgada por la **Fundación General de la Universitat Jaume I** (2009-2010). La tercera, una beca para la Formación de Personal Investigador (FPI Ref. BES-2010-035402) conferida por el **Ministerio de Economía y Competitividad de España** (2010-2014) y adscrita al Proyecto “Medios internacionales para el cobro procesal de deudas en época de crisis global del sistema económico-financiero” (DER2009-08088).

Durante la elaboración de la tesis doctoral se ha realizado además una estancia de investigación en la **Pace University School of Law** de Nueva York, bajo la dirección del Prof. Thomas McDonnell, durante los meses de septiembre a diciembre del año 2013.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ÍNDICE SISTEMÁTICO

INTRODUCCIÓN.....	25
INTRODUCTION.....	35
ABREVIATURAS.....	45

PRIMERA PARTE. EL DERECHO A LA PRUEBA

CAPÍTULO I. EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL	51
I. LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	51
A. CONCEPTO DEL DERECHO A LA PRUEBA	51
B. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRUEBA	55
C. RELACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA CON OTROS DERECHOS PROCESALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	60
1. El derecho a la tutela judicial efectiva.....	61
2. El principio de legalidad procesal	64
3. El principio de contradicción.....	65
4. El derecho de defensa y la prohibición de indefensión	68
5. El Principio de igualdad procesal	72
6. Derecho a un proceso con todas las garantías	75
D. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA.....	78
II. EL DERECHO A LA PRUEBA COMO INSTITUCIÓN PROCESAL DEL DERECHO POSITIVO ORDINARIO.....	81
A. RELACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA CON LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DEL PROCESO CIVIL.....	84
1. El principio de oportunidad	84
2. El principio dispositivo.....	85
3. El principio de aportación de parte.....	87
4. El principio de buena fe procesal	88
B. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ...	90
1. Obtención de las fuentes de prueba	91
2. Proposición y admisión de la prueba.....	94
3. Práctica de la prueba.....	97

4. Valoración de la prueba.....	100
C. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.....	103
1. La licitud.....	104
2. La pertinencia	107
3. La procedencia.....	109
4. La utilidad.....	110
D. RECURSOS CONTRA LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA	
.....	112
1. Recursos ordinarios	112
2. Recursos extraordinarios	115
a) Los recursos extraordinarios en España	115
b) Los recursos extraordinarios en Honduras	117
3. Recurso de amparo	119

SEGUNDA PARTE. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL

CAPÍTULO II. LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO CIVIL	125
I. NOCIONES PRELIMINARES DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA	125
A. NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA.....	125
B. ANÁLISIS TERMINOLÓGICO PRELIMINAR	126
1. Origen jurídico e histórico del uso de los términos “prueba prohibida” y “prueba ilícita”	126
2. Uso actual y connotaciones de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”.....	130
II. LOS ELEMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA	134
A. EL ELEMENTO OBJETIVO: LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.....	136
1. El conflicto de intereses y la limitación del derecho fundamental a la prueba como puntos de partida para analizar la prueba ilícita	137
2. La limitación judicial de los derechos fundamentales.....	141

a) La vulneración de un derecho fundamental como elemento objetivo de la prueba ilícita	141
b) Requisitos para la limitación judicial de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad y su aplicación en el proceso civil	143
c) La limitación judicial de los derechos fundamentales dentro del proceso civil	154
3. El elemento objetivo como criterio diferenciador entre la prueba ilícita y otras irregularidades probatorias	159
a) La prueba ilícita: la vulneración de derechos fundamentales	160
b) La prueba ilegal o irregular: el quebrantamiento de la legislación ordinaria	160
B. EL ELEMENTO SUBJETIVO	163
1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares como presupuesto del elemento subjetivo de la prueba ilícita en el proceso civil	163
a) Origen y fundamento constitucional	164
b) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la prueba ilícita en el proceso civil	165
c) El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la legislación procesal civil	166
2. Sujetos que participan en la obtención de la prueba en la jurisdicción civil	167
a) La obtención de la prueba realizada directamente por las partes	167
b) La obtención de la prueba a cargo de investigadores privados	168
c) La participación del órgano judicial en la obtención de la prueba	172
d) La obtención de la prueba realizada por el Ministerio Fiscal	175
i. La participación del Ministerio Fiscal en el Proceso Civil.....	175
ii. Posición jurídica y facultades probatorias del Ministerio Fiscal	177
iii. El Ministerio Fiscal, la obtención de la prueba y la prueba ilícita	179
C. EL ELEMENTO TEMPORAL	182
1. La obtención en sentido estricto: la ilicitud que surge al adquirir la fuente de prueba	183
2. La obtención en sentido amplio: la ilicitud que surge a lo largo del proceso...	185
3. Valoración de ambas posturas	187
D. EL ELEMENTO PROCESAL	190

1. Ineficacia de la prueba ilícita.....	191
2. Ineficacia de la prueba derivada	194
3. Consecución procesal de la sanción de ineficacia.....	197
E. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA	198
III. LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN LA REPÚBLICA DE HONDURAS	199
A. FUNDAMENTO LEGAL DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA	199
B. CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA JURÍDICO HONDUREÑO	203
1. Elemento objetivo.....	203
a) La protección de las garantías procesales constitucionales e internacionales	204
b) La tutela conjunta de las garantías procesales y sustantivas	205
c) La protección de las garantías procesales de rango legal	207
d) El respeto a las prohibiciones probatorias	211
e) Otras consideraciones sobre el elemento objetivo de la prueba ilícita	211
2. Elemento subjetivo	212
3. Elemento temporal.....	215
4. Elemento procesal.....	215
a) Efectos de la prueba ilícita	215
b) Tratamiento procesal de la prueba ilícita	216
C. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN HONDURAS	218

CAPÍTULO III. EL FUNDAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	219
I. PRESUPUESTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: LOS INTERESES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES	221
A. VALORES E INTERESES ESTATALES.....	222
1. La protección de los derechos fundamentales	222
2. La búsqueda de la verdad en los procesos judiciales.....	224
3. La legalidad de las actuaciones de funcionarios y de particulares (el efecto disuasorio)	228

4. La integridad judicial.....	230
B. DERECHOS SUBJETIVOS.....	232
1. Los derechos vulnerados en la obtención de la prueba	233
2. Los derechos que entran en juego al incorporar la prueba ilícita al proceso....	234
a) De la parte favorecida por la prueba ilícita	235
b) De la parte perjudicada por la prueba ilícita	236
c) Consideración especial sobre la presunción de inocencia en la jurisdicción civil	238
II. LA ARMONIZACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS QUE FUNDAMENTAN LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	241
A. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO DE INTERESES.....	241
1. El conflicto de intereses que plantea la prueba ilícita	241
2. Técnicas para resolver el conflicto de intereses	242
a) La interpretación unitaria: delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales en conflicto	243
b) La jerarquización de los derechos y valores constitucionales	245
c) La ponderación de los derechos e intereses en juego	249
d) El principio de proporcionalidad en el juicio ponderativo	254
B. EL FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	255
III. EL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA HONDUREÑAS	259
A. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL EXPRESO E IMPLÍCITO	259
B. LA EXCLUSIÓN PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO: EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA LA LIMITACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	262
C. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO CIVIL HONDUREÑO: PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN	266
IV. LOS FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES	268

A. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	268
1. La regla general sobre la exclusión de pruebas ilícitas en la jurisprudencia del TEDH	269
2. La vulneración del artículo 6 CEDH: el derecho a un proceso equitativo	270
3. La vulneración del artículo 8 CEDH: el derecho al respeto a la vida privada y familiar	271
4. La vulneración del artículo 3 CEDH: la prohibición de la tortura	275
5. El fundamento de la exclusión según la jurisprudencia del TEDH.....	277
B. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	278
1. Generalidades sobre la exclusión probatoria en la jurisprudencia de la Corte IDH	279
2. La vulneración de los artículos 5 y 8.2.g y 8.3 CADH: el derecho a la integridad personal y el derecho a no declarar contra sí mismo. El <i>Caso Bayarri v. Argentina</i>	285
3. La vulneración del artículo 8: Las garantías procesales. El <i>Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú</i>	288
4. La vulneración del artículo 11 CADH: el derecho a la honra y la dignidad. El <i>Caso Escher y otros vs. Brasil</i>	294
5. El fundamento de la exclusión según la jurisprudencia de la Corte IDH.....	298
CAPÍTULO IV. LOS EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA..	301
I. LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA	302
A. JUSTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN DE EXCLUSIÓN E INEFICACIA	302
B. CARACTERÍSTICAS DE LA INEFICACIA DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS..	303
C. DIFERENCIA ENTRE LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y OTRAS FIGURAS AFINES	307
1. Características de la nulidad de los actos procesales.....	309
2. Diferencias entre la ineficacia de la prueba ilícita y la nulidad de los actos procesales.....	312
3. La interacción entre las categorías de ilicitud y nulidad probatoria	319

II. LA TEORÍA DEL EFECTO REFLEJO O LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO	320
A. ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO	325
B. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	326
III. EXCEPCIONES A LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.....	328
A. LA TEORÍA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE.....	329
1. Origen de la teoría de la fuente independiente	332
2. Reconocimiento de la teoría en España.....	333
B. LA TEORÍA DEL NEXO CAUSAL ATENUADO	336
1. Origen de la teoría del nexo causal atenuado	337
2. Reconocimiento de la teoría en España.....	339
C. LA TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.....	341
1. Origen de la teoría del descubrimiento inevitable	342
2. Reconocimiento de la teoría en España.....	343
D. LA TEORÍA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.....	345
1. Origen de la teoría de la conexión de antijuridicidad.....	346
2. Reconocimiento de la teoría en España.....	346
E. LA EXCEPCIÓN DE LA CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL IMPUTADO... 351	
1. Origen de la excepción de la confesión voluntaria del imputado.....	352
2. Reconocimiento de la excepción en España.....	352
F. LA TEORÍA DEL HALLAZGO CASUAL	358
1. Origen de la teoría del hallazgo casual.....	358
2. Reconocimiento de la teoría en España.....	359
G. LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE	362
1. Origen de la excepción de la buena fe.....	363
2. Reconocimiento de la excepción en España.....	365
IV. RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LAS TEORÍAS DE EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS	368
A. ¿POR QUÉ SE CREAN EXCEPCIONES A LA TEORÍA DEL EFECTO REFLEJO Y A LA REGLA DE EXCLUSIÓN?	368

B. TEORÍAS A FAVOR DE LA SEGURIDAD Y LA REPRESIÓN DEL DELITO	370
C. TEORÍAS A FAVOR DE LAS GARANTIAS PROCESALES	
CONSTITUCIONALES.....	373
D. VALORACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL	
ESPAÑOL DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSION DEL	
ARTÍCULO 11.1 LOPJ.....	379
V. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE	
EXCLUSIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL.....	384
A. POSTURAS DOCTRINALES	384
1. Postura Legalista	385
2. Postura Causalista.....	385
3. Postura Traslacionista.....	387
4. Postura que se acoge a la regulación sobre la nulidad de los actos procesales	387
5. Postura que propone la aplicación flexible de la Regla de Exclusión en el	
proceso civil.....	389
B. POSTURAS JURISPRUDENCIALES	390
1. Aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado	391
2. Aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad	393
3. Aplicación de la teoría del hallazgo casual (en la jurisdicción social).....	398
VI. EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA EN HONDURAS	405
A. LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA	405
1. Justificación de la exclusión de las pruebas ilícitas.....	405
2. La sanción de ineficacia recogida en la legislación procesal	405
3. La ineficacia de la prueba ilícita y la nulidad probatoria	406
B. APLICACIÓN EN HONDURAS DE LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL	
ÁRBOL ENVENENADO	409
C. EXCEPCIONES JURISPRUDENCIALES A LA EXCLUSIÓN DE LOS	
FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO	411
1. Teoría de la fuente independiente.....	412
2. Teoría del descubrimiento inevitable	415

D. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO Y DE SUS EXCEPCIONES EN EL PROCESO CIVIL HONDUREÑO.....	416
---	-----

**CAPÍTULO V. EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL
PROCESO CIVIL 419**

**I. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL
..... 419**

A. TUTELA JUDICIAL EN PRIMERA INSTANCIA 420

1. El incidente contradictorio del artículo 287 LEC..... 420

a) Contextualización del incidente 420

b) Iniciativa de parte y de oficio 422

c) Momento procesal para iniciar y desarrollar el incidente 425

d) Sustanciación del incidente: debate contradictorio 426

e) Resolución del incidente 428

f) Recursos contra la resolución de la ilicitud 429

**2. Temas por resolver: problemática práctica de la exclusión de la prueba ilícita en
el proceso civil español..... 430**

a) La posibilidad de inadmitir una prueba ilícita 431

i. Postura que defiende la admisión y posterior exclusión de la prueba ilícita
..... 433

ii. Postura a favor de la inadmisión de la prueba ilícita 436

b) La posibilidad de interrumpir el juicio o la vista 439

c) La práctica de diferir la decisión sobre la ilicitud a la sentencia definitiva ..442

d) Manifestación tardía de la ilicitud y posible preclusión del incidente 444

e) La apreciación de la ilicitud por el órgano judicial al momento de dictar
sentencia 447

f) El régimen de recursos en el juicio verbal 452

g) El efecto psicológico de la prueba ilícita en el órgano judicial 455

h) El destino de la prueba ilícita 457

i) Nuestra posición con relación a la exclusión de la prueba ilícita 459

B. TUTELA JUDICIAL EN APELACIÓN	462
C. TUTELA JUDICIAL EXTRAORDINARIA	467
1. Recurso de casación.....	468
2. Recurso extraordinario por infracción procesal.....	472
3. El incidente excepcional de nulidad de actuaciones.....	481
D. TUTELA CONSTITUCIONAL	484
II. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL	
HONDUREÑO	490
A. TUTELA JUDICIAL EN PRIMERA INSTANCIA	491
1. El incidente contradictorio del artículo 237 CPCH.....	491
a) Contextualización del incidente	491
b) Iniciativa de parte y de oficio	492
c) Momento procesal para iniciar y desarrollar el incidente	492
d) Sustanciación del incidente: debate contradictorio	495
e) Resolución del incidente	497
f) Recursos contra la resolución de la ilicitud	498
B. TUTELA JUDICIAL EN APELACIÓN	499
C. TUTELA JUDICIAL EXTRAORDINARIA	502
D. TUTELA CONSTITUCIONAL	506

**TERCERA PARTE. PRUEBA ILÍCITA
Y TUTELA DEL CRÉDITO**

CAPÍTULO VI. PRÁCTICAS PROBATORIAS ILÍCITAS EN LOS PROCESOS CIVILES DE TUTELA DEL CRÉDITO.....	511
I. LA IMPORTANCIA DE UNA EFECTIVA TUTELA JUDICIAL DEL CRÉDITO	512
II. LA TUTELA DEL CRÉDITO DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL	515
A. LAS DIFERENTES CLASES DE TUELA DEL CRÉDITO	515
B. LOS PROCESOS ESPECIALES DE TUTELA DEL CRÉDITO	518
1. El proceso monitorio	518
2. El juicio cambiario.....	519
3. La ejecución hipotecaria.....	522

III. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EN LA LEC ESPAÑOLA Y CPC HONDUREÑO	525
A. EL PROCESO MONITORIO ESPAÑOL	525
1. Aspectos introductorios	525
2. Casos en que procede	528
3. Órgano judicial competente.....	530
4. Petición inicial del procedimiento monitorio	531
5. Requerimiento de pago.....	533
6. Respuesta del deudor y resolución del procedimiento	535
a) Pago del deudor y archivo de las actuaciones	535
b) Incomparecencia del deudor y despacho de ejecución	535
c) Oposición del deudor y transformación del proceso	537
7. Estadísticas judiciales sobre el proceso monitorio español.....	539
B. EL PROCESO MONITORIO HONDUREÑO	540
1. Casos en que procede	541
2. Órgano judicial competente.....	542
3. La demanda monitoria	542
4. Requerimiento de pago.....	544
5. Respuesta del deudor y resolución del procedimiento	545
a) Pago del deudor y archivo de las actuaciones	545
b) Incomparecencia del deudor y despacho de ejecución	545
c) Oposición del deudor y transformación del proceso	546
6. Estadísticas judiciales sobre el proceso monitorio hondureño	548
IV. INCIDENCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO MONITORIO Y EN EL JUICIO DERIVADO DE LA OPOSICIÓN.....	549
A. LA ILICITUD PROBATORIA EN EL PROCESO MONITORIO: PRINCIPIO DE PRUEBA, PRUEBA ILÍCITA, OPOSICIÓN Y SUBSIGUIENTE PROCESO	549
B. MEDIOS DE PRUEBA Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRÁCTICA.....	557
1. Prueba documental	558
2. Prueba pericial	566
3. En síntesis, la prueba de la deuda por medios ilícitos	572
C. LA DENUNCIA DE LA ILICITUD	574

1. La fundamentación de la ilicitud	574
2. Necesidad de suscitar la ilicitud en tiempo y forma.....	575
3. Fase en que debe alegarse la ilicitud (monitorio, ordinario o apelación)	576
4. La relevancia de la prueba	578
CONCLUSIONES.....	581
CONCLUSIONS	589
TESIS	597
THESIS.....	599
BIBLIOGRAFÍA	603

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La tesis doctoral que ahora estamos presentando tiene como objeto de estudio las prácticas probatorias ilícitas que se producen dentro de los procesos judiciales de naturaleza civil. Como podremos apreciar a lo largo de esta investigación, la figura de la prueba ilícita surte efecto en el ámbito procesal pero además es un tema de interés constitucional en cuanto pone en juego la efectividad de distintos intereses sociales, como son la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la obtención de una efectiva tutela judicial en procesos que se desarrollen conforme con las garantías legalmente establecidas.

En este sentido, cuando surge un conflicto que ha de ser tutelado por un órgano jurisdiccional las partes deberán presentar medios de prueba para demostrar al juez la certeza de sus alegaciones. Si se trata de un proceso penal, el objetivo será esclarecer cómo ocurrió el delito. En los procesos civiles, en donde se resuelven controversias entre ciudadanos particulares, cada una de las partes (demandante y demandado) intentará probar que su versión de los hechos es cierta y por tanto merece que se le conceda lo que le ha solicitado al tribunal (que se le pague una cantidad de dinero, que se ejecute un contrato, que se le devuelva un objeto, etc.).

Sin embargo, cuando se trata de obtener medios de prueba, no todo vale. Existen ciertos límites impuestos por la Constitución, que toda sociedad democrática ha de respetar. Esos límites son los derechos fundamentales, de manera que cuando sea necesario restringir uno de estos derechos, habrá que contar con una autorización judicial que diga cómo y en qué medida se realizará la diligencia de investigación. Nos referimos a actuaciones como la entrada y registro de un domicilio, la grabación de conversaciones privadas, el acceso a los correos electrónicos de una persona, la obtención de muestras de ADN, la captación de vídeo o fotografías en empresas o casas particulares, etc. Es imperativo que la ejecución de estas medidas se realice de forma controlada, conforme a los principios constitucionales y a las normas legales que regulan las distintas garantías procesales.

En Honduras, el sistema de justicia civil se rigió durante el último siglo por el Código de Procedimientos Comunes de 1906. Esta normativa, novedosa en su época, no supo adaptarse a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se produjeron

durante las últimas décadas del S. XX. El aumento de la litigiosidad, la velocidad de las comunicaciones, el volumen de las transacciones comerciales y la complejidad de los procesos hicieron que el centenario Código quedara desfasado, surgiendo la necesidad de adaptar el sistema a un proceso más moderno, rápido, garantista, eficiente y transparente.

Con ese propósito se inició la reforma procesal civil, aprovechando además el impulso técnico y jurídico que quedaba de la reciente reforma procesal penal vigente desde el año 2002. Así, comenzó a trabajarse en un nuevo Código Procesal Civil, impulsado por la Corte Suprema de Justicia, el Congreso Nacional, el Colegio de Abogados y distintas organizaciones de la sociedad civil hondureña; contando además con el apoyo de diversos proyectos internacionales de cooperación al desarrollo y la asesoría de especialistas latinoamericanos, españoles y estadounidenses. El nuevo Código fue aprobado el 22 de enero de 2007 por el Congreso Nacional de la República de Honduras (Decreto No. 211-2006) y entró en vigor el 1 de noviembre de 2010.

El nuevo Código Procesal Civil de Honduras (CPCH) regula, por primera vez en este país en la vía civil, la figura de la prueba ilícita o prueba prohibida. Se establece que las pruebas que hayan sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales o garantías procesales no han de ser admitidas al proceso y, si lo fueran, podrán ser excluidas a través de un incidente contradictorio, regulado en el artículo 237 CPCH. No obstante, ya establecía con anterioridad la Constitución de la República de Honduras de 1982, vigente en la actualidad, que los documentos comerciales o personales que se obtuvieran vulnerando el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, no harán fe en juicio (art. 100 de la Constitución). A pesar de ello, es hasta ahora cuando se viene a dar un tratamiento procesal específico a las pruebas ilícitas en la jurisdicción civil. En este sentido, es necesario realizar un estudio completo y riguroso sobre este tema, dada la novedad del CPCH y de sus instituciones, sobre todo porque toda labor realizada en este sentido será de provecho para la consolidación del nuevo sistema de justicia civil y para la formación de los juristas hondureños.

Adicionalmente, hemos querido estudiar también el efecto que estas pruebas ilícitas pueden tener en los procesos civiles de tutela del crédito. Y es que el legislador hondureño también ha tenido a bien introducir en el CPCH el proceso monitorio, que tanto éxito ha tenido en España, para poder implementarlo en Honduras y así agilizar el

cobro de deudas hasta 200.000 Lempiras (aproximadamente 8.333 EUR o 9.524 USD). Las estadísticas muestran que los juicios monitorios van aumentando cada año en los Juzgados de Letras de Francisco Morazán, ubicados en la capital del país. En este sentido, en 2011 se iniciaron 17 procedimientos monitorios, mientras que en 2012 el número ascendió a 229 y en 2013 a 265.

Mi interés por investigar las nuevas instituciones del CPCH surgió a raíz de haber presenciado, a principios de 2007, el proceso parlamentario de discusión y aprobación del Código. Acababa de terminar mis prácticas profesionales cuando comencé a trabajar como asistente técnica en el Área de Justicia y Anticorrupción de la Federación de Organizaciones para el Desarrollo de Honduras, junto con el Dr. Rigoberto Cuéllar (Doctor en Derecho por la Universitat Jaume I y uno de los principales promotores hondureños del CPCH). En mi segundo día de trabajo, me encontré en el Congreso Nacional de la República, presenciando los debates que realizaban los diputados en torno al futuro Código Procesal Civil, una experiencia sin duda estimulante para una licenciada recién egresada de la Facultad de Derecho. Allí tuve la oportunidad de conocer a los diputados, magistrados, abogados, líderes sociales y consultores internacionales que acompañaban el proceso de gestación del CPCH.

En ese contexto conocí al Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer, quien ha tenido la amabilidad de dirigir esta tesis doctoral junto con la Prof. Dra. Andrea Planchadell Gargallo, siendo ambos expertos que contribuyeron personalmente al proceso de reforma de la justicia civil hondureña. Además de buscar su asesoría, por la demostrada experiencia que tienen en este campo de estudio, existen también otros motivos por los cuales decidí realizar el doctorado en España. Por un lado, la influencia cultural que ha tenido España en Honduras (en realidad, en toda Iberoamérica) y que se extiende de forma latente al ámbito jurídico. Particularmente, el CPCH se basa en parte en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, que sirvió como punto de partida al Legislador hondureño, que luego realizó los cambios y adaptaciones pertinentes para poder implementar en Honduras el nuevo proceso civil. Por otro lado, el hecho de que España siempre ha sido un país guía o precursor, especialmente en el ámbito jurídico por la riqueza y abundancia de su doctrina y por los razonamientos, teorías y principios forjados por sus tribunales, todos los cuales suelen ser estudiados, y muchas veces aplicados, por los jueces y demás operadores de justicia hondureños.

Fue por eso que, cuando en el año 2008 tuve la oportunidad de solicitar una beca para viajar a España y formarme como investigadora en la Universitat Jaume I, no dudé en aprovecharla. Meses más tarde me incorporé como becaria del Programa Santiago Grisolia de la Generalitat Valenciana. Gracias a esta beca y a otra que me concedió posteriormente la Universitat Jaume I, pude realizar los estudios de Máster en Práctica Jurídica y así acceder al doctorado en esta Universidad. Durante esa época superé también las pruebas necesarias para homologar mi título universitario hondureño a su equivalente español de Licenciatura en Derecho. Ello me permitió tener una visión más amplia del sistema jurídico español, para poder adentrarme a continuación en el Programa de Doctorado en Derecho, con una beca para la Formación de Personal Investigador concedida por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ahora Ministerio de Economía y Competitividad). Realicé una estancia de investigación de cuatro meses en Nueva York, en la Pace University School of Law, bajo la asesoría del Prof. Thomas McDonnell, lo cual me permitió también estudiar *in situ* la evolución histórica de la prueba ilícita bajo la perspectiva del Derecho Comparado.

La metodología seguida para abordar nuestro objeto de estudio se basa en gran medida en el estudio comparativo de las diferentes instituciones jurídicas. En primer lugar, cabe referir que hemos tomado a España como punto de referencia para estudiar las distintas instituciones, principios, procedimientos, garantías y derechos que sientan las bases de esta investigación. Estudiamos así las características de cada figura, para entender los problemas que pueda presentar en la práctica y las diferentes soluciones que se han propuesto o se deberían proponer.

Como fuentes hemos acudido a la legislación ordinaria y constitucional, a la doctrina científica y a la jurisprudencia de los tribunales. En cuanto a ésta última, hemos analizado las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo con relación a los distintos temas que trata nuestra investigación. Para cuestiones más específicas hemos acudido también al cuerpo jurisprudencial creado por las Audiencias Provinciales (en alguna ocasión particular también a sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de Primera Instancia), sobre todo con relación a aquellos temas en los que todavía no hay un criterio homogéneo y que no han sido directamente resueltos por el Tribunal Supremo.

Paralelamente, hemos ido analizando cómo se aplican y regulan esos mismos temas en Honduras. En su gran mayoría se trata de aspectos contemplados en el CPCH, pero también hemos tenido que acudir en cierto grado a otras normas hondureñas como el Código Civil, Código de Comercio, Código de Familia, Código de la Niñez y de la Adolescencia y el Código Procesal Penal. Esto se debe al carácter interdisciplinar de nuestra tesis que, aunque se centra en el proceso civil, también requiere conocer algunos temas de otras ramas del Derecho. Hemos logrado acceder además, si bien con ciertas limitaciones que comentaremos más adelante, a fuentes doctrinales y jurisprudenciales propiamente hondureñas.

Adicionalmente, hemos analizado el tratamiento de la ilicitud probatoria en el ámbito internacional. Nuestra investigación toma en cuenta las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la influencia que éstas tienen en España y Honduras, respectivamente, y también en los demás países de nuestro entorno jurídico.

Hemos estudiado también la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que ha sido decisiva para la creación y el desarrollo de la Regla de Exclusión, de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones; teorías que han tenido una importante repercusión en España y Honduras y que han desempeñado un papel relevante al momento de perfilar el tratamiento procesal de la prueba prohibida.

En este sentido, debemos tomar en cuenta que la exclusión procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales es una garantía que en sus orígenes fue formulada en el contexto procesal penal (por ejemplo, en Estados Unidos con la sentencia del caso *Weeks* en 1914, y en Alemania con las teorías de Beling sobre las prohibiciones probatorias, expuestas en su obra de 1903). En España, el principio de la exclusión probatoria se reconoció por primera vez en 1984, si bien ese caso específico no era penal, sino laboral. En 1985, la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció legalmente que las pruebas obtenidas vulnerando derechos y garantías fundamentales no tendrían validez en juicio. Con ello, la Regla de Exclusión se extendió a todos los ámbitos jurisdiccionales.

A pesar de ello, la figura de la prueba prohibida ha sido aplicada y desarrollada principalmente en el proceso penal, ya que es en ese contexto donde suele vulnerarse con más frecuencia los derechos fundamentales durante la obtención de las pruebas. En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina penal son mucho más abundantes con relación al tratamiento de la prueba ilícita. No sucede lo mismo en el ámbito civil donde, si bien se ha reconocido y se ha estudiado esta figura durante más de una década, no se ha hecho con la misma profundidad y extensión que en el proceso penal. En consecuencia, hay algunos aspectos de nuestro estudio que hemos debido extraer del ámbito procesal penal para trasladarlos, con los matices necesarios, al ámbito civil, dado que resultaba histórica o sistemáticamente necesario para nuestra investigación. Esto es porque del árbol envenenado no nos interesan solo los frutos, sino también las raíces.

Por otra parte, con relación a la metodología empleada, debemos referir ciertas limitaciones que hemos debido enfrentar al realizar esta tesis. Particularmente, en el momento de analizar el sistema jurídico hondureño, nos hemos encontrado faltos de bibliografía nacional de calidad. Lamentablemente, Honduras no destaca por su producción de literatura jurídica, y es hasta muy recientemente que las editoriales nacionales comienzan a publicar obras sobre el proceso civil, en gran parte escritas por autores españoles –esperamos, en este sentido, que nuestra tesis sea un aporte para la doctrina jurídica hondureña–. Ello se debe a que no existen programas de doctorado en Derecho propiamente hondureños, sino que hasta hace un par de años comenzaron a ofertarse estudios doctorales en coordinación con otras universidades centroamericanas. Situación similar hemos encontrado al momento de analizar la jurisprudencia de los tribunales de Honduras. Solamente algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia se encuentran disponibles *online*, y a éstas debe accederse a través de un buscador muy básico. Hemos logrado obtener algunas otras sentencias y manuales acudiendo directamente al Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial y a la Escuela Judicial, pero aun así el material sigue siendo escaso.

Estructuralmente, la tesis está dividida en tres partes. La primera parte, a modo introductorio, trata el derecho a la prueba y su configuración dentro del proceso civil. La segunda parte analiza la figura de prueba ilícita en el proceso civil, su concepto, fundamentos, efectos y tratamiento procedimental. Finalmente, en la tercera parte, estudiamos la incidencia de la ilicitud probatoria en los procesos especiales de tutela del

crédito, destacando entre ellos el proceso monitorio, por la demostrada efectividad de que ha tenido en España y su creciente aplicación en Honduras.

En la primera parte encontramos el Capítulo I, sobre “el derecho a la prueba en el proceso civil”. En este capítulo sentamos las bases para los temas que se analizarán posteriormente. Estudiamos la prueba como un derecho constitucional, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, y los rasgos que lo caracterizan como tal. Analizamos cómo interactúa con otros derechos y principios procesales, cuáles son los requisitos de admisibilidad de la prueba y cómo se regula procesalmente el derecho a la prueba.

La segunda parte de la tesis comienza con el Capítulo II, que analiza “la configuración del concepto de prueba ilícita dentro del proceso civil”. Definimos qué es para nosotros la prueba ilícita, para diferenciarla de otras figuras afines como la prueba ilegal o irregular. Luego desglosamos los distintos elementos que componen la prueba ilícita para poder identificar los límites del mismo: el elemento objetivo, el elemento subjetivo, el elemento temporal y el elemento procesal. Comparamos el concepto de prueba ilícita adoptado en España y Honduras, para establecer semejanzas y diferencias entre uno y otro país.

En el Capítulo III estudiamos “el fundamento para la aplicación de la Regla de Exclusión de la prueba ilícita”. Así, para entender por qué se excluyen las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, hemos de atender los argumentos que cimientan la Regla de Exclusión. Nos referimos en este capítulo a los valores e intereses estatales e individuales que vienen a definir la dinámica de la exclusión probatoria (la protección de derechos fundamentales, la búsqueda de la verdad, la legalidad de las actuaciones de los funcionarios y particulares, la integridad judicial). Estos intereses han sido generalmente ubicados en posiciones contrapuestas, pero nos planteamos si realmente son excluyentes, o si se trata más bien de armonizarlos y encontrar un balance en su aplicación, dado que son todos válidos y legítimos. En este capítulo los temas son estudiados, no solo desde la perspectiva española y hondureña, sino que abarcamos también su tratamiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Capítulo IV está dedicado a “los efectos procesales de la prueba ilícita”. Sabemos que estas pruebas han de ser suprimidas, pero es indispensable analizar los efectos concretos de esa exclusión: el efecto expansivo de la ilicitud probatoria y los límites que se han ido imponiendo al mismo, a través de las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado. Para ello estudiamos las distintas doctrinas de origen norteamericano, como por ejemplo el descubrimiento inevitable y la excepción de la buena fe, para después analizar cómo han sido trasladadas al sistema español y al sistema hondureño y reflexionamos, además, sobre la posibilidad de aplicarlas en la jurisdicción civil.

El Capítulo V trata sobre “el tratamiento de la prueba ilícita en el proceso civil”. Nos planteamos quién debe impugnarla y en qué momento del proceso, cómo ha de desarrollarse el incidente de ilicitud probatoria, qué recursos caben contra la decisión del tribunal y cuál es la problemática práctica que han enfrentado los tribunales en cuanto a la exclusión de estas pruebas. Además de la primera instancia, analizamos también el tratamiento procesal de la prueba ilícita en apelación y en los recursos extraordinarios, tanto en España como en Honduras.

Finalmente, en la Tercera Parte, referida a la tutela procesal del crédito, ubicamos el Capítulo VI que expone “las prácticas probatorias ilícitas en los procesos civiles de tutela del crédito”. En este capítulo estudiamos la importancia social y económica que tiene la tutela procesal del crédito. Entre las distintas posibilidades que al efecto ofrecen las leyes española y hondureña, destacamos las tutelas privilegiadas (el proceso monitorio, el juicio cambiario y la ejecución hipotecaria), para centrarnos, por su relevancia práctica, en el proceso monitorio. Analizamos la incidencia que tiene la prueba ilícita en los procesos que se desarrollan tras la oposición al requerimiento de pago, indicando cuáles son los medios probatorios usualmente impugnados, y el resultado que esto puede tener en la consecución de una efectiva tutela del crédito.

Esperamos que con este trabajo de investigación podamos aportar una nueva perspectiva sobre la prueba ilícita en el proceso civil. En Honduras, en primer lugar, porque como hemos indicado, hay una necesidad latente de realizar estudios jurídicos serios, exhaustivos, bien estructurados y fundamentados en la mejor doctrina y jurisprudencia nacional o internacional. Esta es una de las metas que, con el apoyo de los directores de esta tesis, hemos perseguido durante los últimos años. Pero además,

esperamos que también en España podamos aportar nuevas luces al tratamiento de la prueba ilícita en el proceso civil, ya que hemos investigado y analizado la experiencia que se ha forjado en los tribunales tras quince años de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y nos hemos adentrado en las profundidades de algunos temas que, hasta ahora, habían quedado inexplorados.

The Exclusionary Rule in Civil Procedure
(With Special Reference to the Procedures for Credit Protection)
A Comparative Analysis Between the Spanish and Honduran Legislations

INTRODUCTION

The following doctoral thesis focuses on unconstitutionally obtained evidence within judicial procedures of civil nature. Throughout this work we will corroborate that unconstitutionally obtained evidence is not only a procedural figure; it is also significant from a constitutional point of view because it involves relevant social interests like the protection of fundamental rights and the gathering of evidence that is necessary in every due process.

When a conflict is taken to court, the parties must propose evidence that supports their arguments. If it is a criminal procedure, the goal is to discover how the offense occurred. Civil procedure, on the other hand, solves controversies between private citizens. Each party (plaintiff and defendant) will try to prove the certainty of his version of the facts, claiming to deserve the protection he is requesting from the court (the payment of a debt, the execution of a contract, the restitution of an object, etc.).

However, when it comes to the gathering of evidence, it is not a procedural principle to arrive at the truth at any cost. The Constitution establishes certain limits that have to be respected in any democratic society, composed by the fundamental rights. Whenever one of these rights has to be restricted because of an ongoing investigation, an authorization (warrant) must be issued by a judge. We are referring to actions such as entries, searches of homes, recordings of private conversations, access to personal emails, gathering of DNA samples, taking of video or photographs within a private business or a family residence, etc. It is imperative that these measures are carried out in a controlled manner, according to constitutional principles and to the laws that regulate procedural guarantees.

In Honduras, the Civil Justice System was regulated, for the past century, by the Code of Civil Proceedings of 1906. This code was promising when it came to force, but it was not able to adapt to the accelerated evolution of society or to the economic and technological changes that occurred during the last decades of the 20th Century. The

increase in litigation, the velocity of communications, the great volume of commercial transactions and the complexity of judicial processes rendered the old code obsolete, and it was necessary to adapt the system through a modern, fast, efficient and transparent process that protected the procedural rights of the parties.

In this context, a civil procedure reform was undertaken, just a few years after the Honduran criminal procedure had been reformed (in 2002). The project of a new code was started, led by the Supreme Court of Justice, the National Congress, the Bar Association and several NGOs who worked with the support of international cooperation and the counsel of experts from Latin America, Spain and the USA. The new Civil Procedure Code of Honduras (CPCH) was passed on January 22, 2007, by the National Congress of Honduras and it came to force on November 1, 2010.

The CPCH regulates, for the first time in Honduran civil procedure, the exclusion of unconstitutionally obtained evidence. It establishes that evidence obtained through the infringement of fundamental rights or procedural guarantees should not be admitted, but in case it was, it can be excluded through an incident regulated in article 237 CPCH. However, the Honduran Constitution already established, since 1982, that commercial or personal documents cannot be used in court if they were obtained through the violation of the right of secrecy of communications (article 100 of the Constitution). In spite of this, it is until now that unconstitutional evidence has been specifically regulated in the laws of civil procedure. For this reason, it is imperative to conduct a complete and rigorous study on the subject, because all efforts conducted in this field will be useful for the consolidation of the new Civil Justice System and for the instruction of Honduran jurists.

We have decided to examine, in addition, the effect that unconstitutionally obtained evidence can have in civil procedures for credit protection. The Honduran legislator included the small claims procedure, which has proven to be highly successful in Spain, in the CPCH, in order to apply it in Honduras and make it easier to recover debts up to 200.000 Lempiras (around 8.333 EUR or 9.524 USD). Statistics show that the use of the small claims procedure has increased each year in the courts of Francisco Morazán, Honduras. In 2011, 17 procedures were filed, while in 2012 the amount ascended to 229 and in 2013 to 265.

I became interested in the study of the new CPCH at the beginning of 2007, when I witnessed, in Congress, the discussion and approval of the Code. I had just finished my internship when I started working as a technical assistant in the Area of Justice and Anticorruption of the Federation of Organizations for Honduran Development (FOPRIDEH), with Dr. Rigoberto Cuéllar (Doctor in Laws by Universitat Jaume I and one of the main Honduran promoters of the CPCH). On my second day of work I found myself at the National Congress of the Republic, observing the debates on the future CPCH –a stimulating experience for someone who had just finished Law School–. I had the opportunity of meeting different people who were working on the Code: congress deputies, Supreme Court justices, lawyers, social leaders and international consultants. This is how I met Prof. Juan Luis Gómez Colomer, who has been kind enough to tutor this doctoral thesis, along with Prof. Andrea Planchadell Gargallo. Both of them contributed with their expertise to the reform of the Honduran Civil Justice System.

I came to Spain looking forward to developing my thesis under their supervision. Also, I chose Spain because of the cultural influence it has over Honduras (over Latin America, actually), which obviously extends to the legal sphere. As a matter of fact, the CPCH partly takes as a model the Spanish Civil Procedure Act of 2000 (CPA). On the other hand, Spain is exemplar in terms of jurisprudence, because of its case-law and legal-scientific studies. Spanish authors and judgements are frequently studied and applied in Honduras by judges, law professors and other jurists.

This is why I did not hesitate when I had the chance to apply for a research scholarship in Spain. I came to Universitat Jaume I in 2008, under the Santiago Grisollá Program of the Generalitat Valenciana. With this scholarship and another one granted by the University, I was able to obtain the Master of Laws degree. Also during this period I passed the exams required to validate my Law Diploma in Spain.

In 2010, I entered the Doctoral Program with a Research Fellowship granted by the Ministry of Economy and Competitiveness. As a part of the doctorate, I accomplished a four months research stay in New York, at Pace University, under the supervision of Prof. Thomas McDonnell. This allowed me to study the historical evolution of the Exclusionary Rule in the United States.

The methodology employed in our research is based on the comparative analysis of diverse legal figures. Spain has been taken as a point of reference in order to investigate different institutions, principles, proceedings, guarantees and rights that set the foundations for this thesis. We have studied the characteristics of each figure in order to understand the problems that might arise in court and the different solutions that have been (or should be) proposed.

The main sources of our study have been ordinary and constitutional legislation, scientific doctrine and the case-law formed by courts. We have analyzed the judgements of the Spanish Constitutional Court and Spanish Supreme Court in relation to different topics. For the evaluation of more specific issues, we have studied the judgements of Provincial Courts and Courts of First Instance.

Simultaneously, we have analyzed how the different topics were regulated and applied in Honduras. Due to the interdisciplinary approach of this thesis, which requires the study of different branches of Law, we had to consult diverse Honduran laws such as the Civil Code, the Commercial Code, Code of Family Law, the laws regarding the rights of children, the Code of Criminal Procedure and, of course, the Constitution.

We have also examined the treatment of unconstitutionally obtained evidence in international Law. As part of our research, we have studied the position of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, because their influence so strong in Spain and Honduras, respectively.

In addition, we studied the case-law of the United States Supreme Court, since it has been decisive in the creation and development of the Exclusionary Rule, the fruit of the poisonous tree doctrine and its exceptions. These theories have been applied in Spain and Honduras and they are essential in order to determine the legal treatment of illegally obtained evidence.

The exclusion of unconstitutional evidence is a guarantee that originated in the context of criminal procedure, both in the USA and Germany. In Spain, the exclusionary principle was first recognized in 1984, but in a case of labor law. In 1985 the Organic Law on the Judiciary directly established that evidence obtained through the

violation of fundamental rights could not be used in court. With this Law, the Exclusionary Rule was made applicable to all procedures, criminal and non-criminal.

In spite of that, the Exclusionary Rule has mainly been studied in the context of criminal procedure because that is where fundamental rights are more frequently limited (hence violated) during the investigation of crime. As a result, judgements and legal studies on the Exclusionary Rule are more abundant in relation to Criminal Procedure. On the contrary, in the context of civil procedure the study of this figure is less frequent. We have found it necessary, from a historical and systematic point of view, to examine several aspects of our thesis in relation to criminal procedure and compare them afterwards to civil procedure. When it comes to the poisonous tree, we are not only interested in its fruits, but also in its roots.

Regarding the methodology employed, we must refer some limitations encountered. Particularly, when analyzing the Honduran legal system, we lacked national sources of good scientific quality. Honduras produces very few legal academic works and it is until recent years that editorial houses have begun to publish works about the new CPCH, most of them written by Spanish authors –in this way we look forward to contributing with our research to the building of Honduran jurisprudence–. We have found ourselves in a similar situation regarding the judiciary because only some judgements of the Supreme Court of Honduras are available online, and they have to be accessed through a very basic search engine. In spite of this, we have managed to obtain several judgements, handbooks and statistics contacting directly with the CEDIJ (Electronic Center of Judicial Information and Documents) and the Judicial School, but even then the sources were scarce.

Our research is structurally divided into three parts. Part I (Chapter 1), as an introduction, studies the constitutional right to the use of evidence and its application in civil procedures. Part II (Chapters 2 to 5) analyzes the application of the Exclusionary Rule in civil procedure: its concept, foundations, effects and procedural treatment. Part III (Chapter 6) explains the influence of unconstitutionally obtained evidence in civil procedures of credit protection, particularly in the small claims procedure. The chapters are divided as follows:

- *Chapter 1. The Right to the Use of Evidence in Civil Procedure.* This chapter sets the bases for the topics that will follow. We study the right to the use of evidence as it has been established in article 24 of the Spanish Constitution, with its characteristics and the faculties it grants the parties. We analyze how it relates to other constitutional rights, guarantees and principles and how it is legally regulated in the Spanish and Honduran laws of civil procedure.
- *Chapter 2. The Concept of Unconstitutionally Obtained Evidence in Civil Procedure.* We define what unconstitutionally obtained evidence is, in order to set it apart from other similar figures, such as irregular evidence. We assay each individual element that makes up this concept: the object, the person, the timing and the procedural effect. We compare the concepts as they have been applied in Spain and Honduras, to determine how they are similar or different to each other.
- *Chapter 3. The Theoretical Foundations for the Application of the Exclusionary Rule in Civil Procedures.* To understand why evidence is excluded we must first understand the foundations underlying the Exclusionary Rule. We are referring to the values and interests of the State and of the people, which determine the course of exclusion (the protection of fundamental rights, the search for the truth, the lawfulness of the actions of official agents and citizens, judicial integrity and the deterrent effect). It has been said that these interests are at conflict, so we seek to determine if they are mutually excluding or if they can coexist in harmony, given they are all valid and legitimate. The topics in this chapter are not only studied from the Honduran and Spanish perspective but also from an international point of view, since we analyze the application of the Exclusionary Rule by the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.
- *Chapter 4. The Effects of Unconstitutionally Obtained Evidence.* This kind of evidence must be excluded, but it is important to study the specific effects of exclusion, that expand through the fruit of the poisonous tree doctrine, and are limited by the doctrines of exception. These doctrines were created by the

Supreme Court of the United States (independent source, attenuated taint, inevitable discovery, voluntary confession, plain view and good faith). We review the way in which these theories are being applied in Spain and Honduras, and the possibility of applying them in civil procedures.

- *Chapter 5. The Legal Treatment of Unconstitutionally Obtained Evidence in Civil Procedure.* We consider aspects such as: who is called to motion the suppression of evidence, in what stage of the proceedings, how is the evidence suppressed, can the judge's resolution be reviewed and which are the practical problems that the courts have faced in this matter. We also examine the treatment of unconstitutionally obtained evidence through ordinary and extraordinary appeals.

- *Chapter 6. The Exclusion of Evidence in Civil Procedures for Credit Protection.* We reflect on the economic relevance of credit protection and the different options offered by the Spanish and Honduran procedural laws in this matter. The small claims procedure is an important instrument, so we study the impact the Exclusionary Rule can have in this particular procedure. After the debtor has been summoned by the court to pay, he may oppose for many reasons, among them the unconstitutionality of the documents presented by the creditor.

With this research we look forward to presenting a new perspective about unconstitutionally obtained evidence and its role in civil procedure. In Honduras particularly, because like we said, there is a relevant need for serious, extensive and well-structured research that analyzes and applies the laws, doctrines and case-law generated in Honduras. This is one of the goals that we have pursued during the last years, under the guidance of our tutors.

We also look forward to contributing to the understanding of this figure in Spain, because we have researched and analyzed the experience of the Spanish courts during the fifteen years that the CPA has been in force, and we have been able to examine certain topics that up to now, in the civil procedure context, had remained unexplored.

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil (1889)
CCH	Código Civil de Honduras (1906)
CE	Constitución Española (1978)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal (1995)
CPA	Spanish Civil Procedure Act (2000)
CPH	Código Penal de Honduras (1984)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos / Pacto de San José (1969)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos / Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRH	Constitución de la República de Honduras (1982)
CPCH	Código Procesal Civil de Honduras (2007) Civil Procedure Code of Honduras (2007)
CPPH	Código Procesal Penal de Honduras (1999)
CSJH	Corte Suprema de Justicia de Honduras
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
ECHR	European Court of Human Rights

EEUU	Estados Unidos de América
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (1981)
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
JPI	Juzgado de Primera Instancia
L. Conc.	Ley Orgánica para la Reforma Concursal (2003)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (2000)
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882)
LICPH	Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas de Honduras (2012)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)
LOPNH	Ley Orgánica de la Policía Nacional de Honduras
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (1979)
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (1995)
LJCH	Ley Sobre Justicia Constitucional de Honduras (2005)
LSP	Ley de Seguridad Privada (2014)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
RSP	Reglamento de Seguridad Privada (1994)
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

Un árbol sano da frutos buenos, mientras que el árbol malo produce frutos malos.

*Un árbol bueno no puede dar frutos malos,
como tampoco un árbol malo puede producir frutos buenos.
Todo árbol que no da buenos frutos se corta y se echa al fuego.*

(Mt.7, 17-19)

PRIMERA PARTE.
EL DERECHO A LA PRUEBA

CAPÍTULO I.

EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

A lo largo de esta tesis doctoral estudiaremos la configuración de la prueba ilícita en el proceso civil. Como punto de partida básico debemos antes analizar cuáles son las facultades probatorias que ejercen las partes en dicho ámbito jurisdiccional. En este sentido, nos interesa saber qué es la prueba, cuál es su importancia y función como derecho fundamental y como institución procesal de derecho positivo ordinario, cuáles son sus características, y cómo se determina el contenido y los límites del derecho a la prueba.

I. LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

A. CONCEPTO DEL DERECHO A LA PRUEBA

La prueba, en sus diversas acepciones, es uno de los conceptos básicos para el estudio del proceso civil. Dependiendo del contexto en que se utilice el término, puede referirse a una actividad ejecutada por las partes, a los medios u objetos físicos con que se realiza o al resultado procesal que se obtiene. Sin embargo, es conveniente señalar una conceptualización técnica apropiada para el ámbito procesal, ya que ésta nos permitirá comprender apropiadamente el contenido y el alcance del *derecho a la prueba*.

Al hablar de *prueba* en el proceso civil, nos referimos a aquella actividad realizada por las partes con el propósito de convencer al juzgador sobre la veracidad de los datos que han aportado proceso, o bien de fijar los hechos alegados conforme a una norma legal¹.

¹ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 216 y 217. Dichos autores resaltan que, en algunas ocasiones, los medios de prueba no necesariamente pretenden lograr el convencimiento del juez, ya que legalmente está establecido que verifican la existencia de un hecho, como por ejemplo en el caso de las reglas de valoración legal o tasada de las pruebas. De manera similar, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 191; SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª edición, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2007, pp. 19-20; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el*

Resulta innegable la trascendencia de la prueba como figura procesal ya que, gracias a ella, las partes pueden demostrar sus alegaciones y desvirtuar las de la parte contraria, logrando así que el juez o tribunal dicte una sentencia que resuelva el litigio planteado. De esta forma, la actividad probatoria se convierte en el motor de la maquinaria procesal ya que lleva a los distintos sujetos que intervienen de una u otra forma en el proceso (partes, fiscal, juez) a obtener, aportar, practicar y valorar los elementos probatorios que determinarán el desenlace del litigio. Gracias a la prueba, los órganos judiciales pueden cumplir adecuadamente su función, brindando una efectiva tutela judicial a los ciudadanos que ejercen sus derechos y que buscan ante ellos la protección de sus intereses jurídicos.

Pero además de lograr la convicción del juez, otra función importante de la prueba es coadyuvar al cumplimiento de múltiples derechos fundamentales y principios procesales. Por ejemplo, la prueba es necesaria para que las partes ejerzan eficazmente su derecho de defensa y también para que el proceso se desarrolle conforme a las distintas garantías constitucionales, entre ellas la igualdad, la contradicción y la legalidad.

Debido a su relevancia, el legislador español convirtió esta institución procesal en un derecho fundamental, consignándolo en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978 (CE), que expresamente reconoce el derecho que tienen todas las personas a “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Desde entonces, el Tribunal Constitucional (TC) ha venido desarrollando mediante su jurisprudencia el contenido, las características y los límites, entre otros aspectos, del derecho a la prueba.

En Honduras, el derecho a la prueba no se encuentra expresamente consignado en la Constitución, sino que se reconoce como contenido esencial e indispensable de otros derechos y garantías procesales fundamentales, como se explicará posteriormente². No obstante, existen distintos convenios y tratados internacionales

proceso civil, 7ª ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra 2012, pp. 58-60; GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 27.

² Con relación a la legislación hondureña, definen la prueba PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Santa Rosa de Copán 2008, p. 9; DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Carmina Editores, Tegucigalpa 2011, p. 406;

suscritos por este país en los que sí figura la prueba como una garantía o derecho procesal³.

Según establece el TC español, el derecho a la prueba debe ejercerse siempre de acuerdo con el ordenamiento jurídico que lo regula y puede ser definido como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”⁴.

Para comprender mejor esta definición, hemos de analizarla por partes:

- a) Primero, podemos observar que el derecho a la prueba se trata de un poder jurídico; en este caso particular un derecho fundamental que goza de la protección especial que reviste a los mismos⁵.

PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración en el proceso penal hondureño*, Poder Judicial/ Lithocom, Tegucigalpa 2010, pp. 12-14

³ Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 131/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995\131), así como también las SSTC 165/2004, de 4 de octubre (TOL500.590); 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005\3); 30/2007, de 12 de febrero (RTC 2007\30); entre otras. Apoyan esta definición PICÓ I JUNOY, J., *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*, Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en info5.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf; al igual que SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en CASAS BAAMONDE, M.E./RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, España, Madrid 2008, p. 667; RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, *Estudios de Derecho*, vol. 64, no. 143, Colombia 2007, pp. 183 y 184.

⁵ Sobre el derecho a la prueba como una “posición jurídica” expresa RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba...”, cit., pp. 198-200, que puede entenderse desde una de dos perspectivas, la analítica o la positivista. El autor define esa posición jurídica como “la que tiene un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico y que debe entenderse, de un lado, la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y, del otro, aquella cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto de derecho”. Pero además de ser un poder o facultad jurídica, la prueba se constituye también como un derecho fundamental, lo cual explica QUEVEDO MENDOZA, E. I., “El derecho a la prueba como garantía constitucional”, IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Escuela Superior de Derecho, Buenos Aires 2007, p. 6, al decir que “la calidad de *derecho*, por oposición a *facultad* y a *poder*, proviene de su contenido –acto de voluntad del titular del poder jurídico, suficiente para obtener la tutela del interés en probar– y de su particular eficacia –nacimiento del deber del juez de ordenar la

- b) Segundo, se identifica como titulares de este derecho a aquellas personas que sean litigantes en un proceso⁶.
- c) Tercero, la definición nos indica en qué consiste este derecho, al expresar que conlleva la provocación de una actividad procesal encaminada a demostrar la existencia o, en su caso, inexistencia de los hechos alegados por las partes.
- d) Cuarto, se establece que el objetivo del ejercicio del derecho a la prueba es lograr la convicción o certeza del órgano jurisdiccional, favorable a las pretensiones solicitadas por la parte, que deberá plasmarse en el fallo correspondiente. En otras palabras, como ya hemos adelantado, el propósito del derecho a la prueba es lograr, a través del ejercicio de dicha actividad probatoria, la consecución de la convicción judicial, de manera que se brinde una satisfacción jurídica a las necesidades de las partes a través de la debida tutela judicial.

La relevancia práctica de la delimitación del concepto del derecho a la prueba radica precisamente en la posibilidad de elevar una institución procesal al plano de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, individualizarla como garantía procesal,

actividad procesal en dirección a la satisfacción del derecho a la prueba que alcanza a las partes, bajo amenaza de incurrir en responsabilidad (procesal, civil y penal)—”.

⁶ Son titulares del derecho a la prueba las partes del proceso (demandante y demandado), ya sea que se trate de personas físicas o jurídicas, si bien estas últimas con las respectivas limitaciones que ha establecido la jurisprudencia del TC (SSTC 53/1983, de 20 de junio [RTC 1983\53] y 34/1994, de 31 de enero [RTC 1994\34], entre otras). También pueden ejercer este derecho las personas extranjeras, los menores de edad y los incapaces, quienes deberán comparecer representados por su tutor o curador, abogado o procurador, según corresponda en cada caso. Por otro lado, los terceros ajenos al proceso podrán aportar pruebas pero únicamente para demostrar los hechos relacionados con su intervención incidental. De acuerdo con DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Ed. Temis, Bogotá 2002 vol. I, p. 27, el derecho a la prueba “corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso como demandantes o demandados, o coadyuvantes o litisconsortes de estos, o terceristas o intervinientes *ad excludendum*, e incluso, como intervinientes incidentales o transitorios; pero, mientras que en los últimos ese derecho está limitado a los hechos relacionados con su intervención incidental, ya que no son partes en el proceso propiamente dicho, en los demás tiene un alcance más general, limitado solo por las normas legales sobre inadmisibilidad de las pruebas”.

concediéndole una existencia autónoma y un contenido propio. En este sentido, si bien el derecho a la prueba interactúa con las demás garantías procesales constitucionales, también es cierto que tiene su propia identidad y contenido esencial que deberán ser respetados por el legislador y cumplidos por el órgano judicial, factores a los cuales nos referiremos a lo largo de este capítulo⁷.

B. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

Con la CE de 1978 se reconoció por primera vez, en España, la naturaleza constitucional del derecho a la prueba⁸. Su inclusión en el catálogo de derechos fundamentales provocó desde entonces que el desarrollo, tratamiento y ejercicio de este derecho estuvieran determinados por ciertas características particulares.

Por un lado, es posible apreciar que, tal y como ocurre con los demás derechos fundamentales, el derecho a la prueba tiene un *doble carácter*, subjetivo y objetivo⁹. Desde el punto de vista subjetivo, el derecho a la prueba es un poder jurídico inherente a

⁷ Sobre la importancia de delimitar el derecho a la prueba expresan ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (coord.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2005, pp. 20-31, que “la exacta configuración del derecho a la prueba es fundamental para diferenciar con precisión su verdadero alcance respecto a los otros derechos del art. 24CE...”, pero que, además, es relevante porque permite a las partes saber cómo y cuándo probar los hechos alegados y le da criterios al tribunal para admitir o denegar los medios de prueba propuestos.

⁸ SISO OLIVER, A./ SISO MUNTAÑOLA, G. M., “El derecho a la prueba en el proceso civil desde una perspectiva constitucional”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J/ ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, vol. II, p. 1561.

⁹ La STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981\25) indica que “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). (...) Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”. También se expresan en este sentido SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “La vertiente jurídico-constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español”, en *Revista de Derecho Político*, no. 42, 1997, p. 190; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1996, pp. 30-33; PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 10ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 250-252 y 260.

la persona y a su dignidad; se trata de un estatus personal individual en el que la obligación que se genera (al Estado, en primer lugar, y en segundo a los demás intervinientes del proceso) depende exclusivamente de un acto de voluntad¹⁰. En este sentido, son las partes, como titulares, quienes primero deben ejercer el derecho a la prueba para luego instar su cumplimiento.

En cambio, como derecho objetivo, el derecho a la prueba trasciende el ámbito subjetivo propio y se proyecta hacia el aparato organizativo estatal, convirtiéndose en un punto de referencia para la actuación de los poderes públicos, particularmente en la elaboración, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Así, el derecho a la prueba exige al Estado el cumplimiento de acciones negativas, que limitan el campo de acción estatal para asegurar la libertad del ciudadano (por ejemplo, absteniéndose el juez de violar el derecho a la prueba de las partes durante la admisión o valoración de la prueba). Pero, sobre todo, el carácter objetivo de este derecho obliga al Estado a realizar acciones positivas que se materializan a través de prestaciones normativas y fácticas (como, por ejemplo, la elaboración de normas que faciliten el procedimiento probatorio o el acceso a la justicia)¹¹.

Por otro lado, la regulación del derecho a la prueba como derecho fundamental le permite gozar de las garantías de protección reforzada que revisten a los mismos (art. 53 CE).

- a) El derecho a la prueba tiene *eficacia directa*, por lo cual puede ejercerse y reclamarse aun cuando no exista una norma de rango legal que lo desarrolle¹².
- b) Su carácter fundamental produce la *vinculación especial de los poderes públicos*, de manera que el Estado y sus órganos están obligados a garantizar a través de sus actuaciones la efectividad del derecho a la prueba¹³.

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 29. Véase también De acuerdo con RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba...”, cit., p.192.

¹¹ De esta manera lo explica RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba...”, cit., pp. 185-187 y 194-195.

¹² No se trata de un aspecto problemático en la práctica, ya que el derecho a la prueba ha sido ampliamente tratado por el derecho positivo ordinario, como podemos constatar en la LEC o el CPCH.

- c) Otra garantía de los derechos fundamentales es *la reserva de ley*, por la cual se exige la regulación del derecho fundamental a través de normativa con rango de ley orgánica, establecida por el Poder Legislativo mediante las formalidades requeridas al efecto¹⁴.
- d) Además, el derecho a la prueba está reforzado por las garantías constitucionales de la delimitación de su *contenido esencial*.
- e) Este derecho goza de la protección especial que le brinda el *recurso de amparo*, mismo que conocerá el Tribunal Constitucional.

Otra característica derivada de la inclusión del derecho a la prueba en el artículo 24 CE es su configuración como *garantía procesal pública*. Como garantía procesal constitucional, podemos resaltar su “efecto universal” en el ámbito jurisdiccional, ya que se aplica a toda clase de procesos¹⁵. En cambio, su carácter público se debe, en

¹³ La consignación del derecho a la prueba como derecho fundamental viene a traducirse, en la práctica, en una mayor sensibilidad para con las normas relacionadas a la prueba. Para el Legislador, conlleva el deber de regular el derecho a la prueba adecuadamente, de conformidad con el contenido constitucional del mismo. Por otro lado, los órganos judiciales deben reconocer este derecho y no obstaculizarlo, prefiriéndose el exceso y no la carencia en su ejercicio. Para ello, debe hacerse una lectura amplia y flexible de las normas probatorias, dándose una interpretación restrictiva de los preceptos que limitan la eficacia de la prueba y permitiendo la subsanación de los defectos procesales que no afecten los derechos de la otra parte ni alteren la regularidad del proceso. En este sentido, RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba...”, cit., pp. 187-193; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 108-111; ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (coord.), *Problemas actuales de la prueba civil*, cit., pp. 31-36.

¹⁴ En sentido contrario, la reserva de ley implica que un derecho fundamental no puede ser desarrollado primariamente por el Poder Ejecutivo a través de un reglamento o un decreto-ley (aunque sí podría haber normas de este tipo que incidieran indirectamente en el ejercicio del derecho). Con relación a la garantía de reserva de ley y su aplicación al derecho a la prueba exponen DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., “Artículo 24. Garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, t. III, p. 100.

¹⁵ De acuerdo con MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 105. En este mismo sentido se pronuncian DE URBANO CASTRILLO, E., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ LÓPEZ LÓPEZ, E. (coord.), *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de formación continuada nº 22, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid 2005, p. 550; ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (coord.), *Problemas actuales de la prueba civil*, cit., p. 29; SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (Un recorrido por la jurisprudencia constitucional)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, no. 5, p. 522. Por otra parte, también la jurisprudencia del TC enfatiza que “conviene recordar que el art. 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, *ejercitable en cualquier tipo de proceso...*” (la cursiva es nuestra, STC 173/2000 de 26 de junio [RTC 2000\173]).

primer lugar, a que su operatividad se rige a través de normas de derecho público y, en segundo lugar, a que es un derecho que los particulares ostentan frente al Estado¹⁶.

A diferencia de la CE, la Constitución de la República de Honduras (CRH) de 1982 recoge los derechos fundamentales bajo la rúbrica de “derechos individuales”; regulados en el capítulo II del título III, denominado “De las declaraciones, derechos y garantías”, específicamente en los artículos 65 al 110 CRH. Como hemos adelantado, no se consigna entre ellos, de manera expresa, el derecho a la prueba. Sin embargo, nos atrevemos a sostener que en el ordenamiento hondureño, la prueba como garantía procesal ostenta además el rango de derecho fundamental. Basamos nuestra opinión en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la prueba es una garantía que ha sido incluida en distintos convenios y tratados internacionales suscritos por el Estado de Honduras. Estos instrumentos internacionales hacen referencia al derecho que tienen las personas de disponer de “los medios adecuados para la preparación de su defensa”, así como al derecho de obtener la comparecencia y el interrogatorio equitativo de testigos y peritos¹⁷. De acuerdo con la CRH, una vez que los tratados internacionales entran en

¹⁶ Reconoce el carácter público del derecho a la prueba MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 106-108. Sobre los rasgos propios de los derechos fundamentales públicos puede consultarse a DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra 2008, p. 41.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 11.1 DUDH, “toda persona acusada de delito tiene derecho a que (...) se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El PIDCP indica a la vez que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” (art. 14.3). A pesar de la expresa referencia al proceso penal, creemos que esta garantía puede trasladarse a la jurisdicción civil conforme indica el artículo 14.1 PIDCP cuando dice que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y *con las debidas garantías* por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella *o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*” (la cursiva es nuestra). Por otro lado, la CADH, conocida también como Pacto de San José, se pronuncia en términos análogos a los del PIDCP con relación a las garantías judiciales (art. 8.1 y 8.2 literales c y f).

También la CSJH ha reconocido la vigencia de derechos fundamentales procesales que, aunque no se encuentren consignados expresamente en la CRH, han sido introducidos al ámbito hondureño por los tratados internacionales (sentencia de la Sala Constitucional AP1082 de 18 de mayo de 2004). Con relación a la prueba y su inclusión como garantía judicial en los tratados y convenios internacionales

vigor, su contenido pasa a formar parte del derecho interno del Estado en una posición prácticamente supralegal¹⁸.

En segundo lugar, la naturaleza constitucional del derecho a la prueba en Honduras se debe a que éste es esencial e indispensable para otros derechos y principios procesales que sí han sido reconocidos expresamente en la CRH y que no podrían hacerse efectivos si se obviara el derecho a la prueba. Nos referimos especialmente al derecho de defensa (art. 82 CRH), al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 90 CRH) y al principio de contradicción (art. 94 CRH)¹⁹.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que la lista de derechos individuales contemplada en la CRH no es exhaustiva y admite el reconocimiento de otros derechos o garantías que no estén expresamente referidos en el texto constitucional. En este sentido expresa la misma Constitución, en el artículo 63, que:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la

aplicables en Honduras, véase DE PRADA SOLAESA, R./ PÉREZ-CADALSO ARIAS, G. A., *El nuevo Código Procesal Penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José*, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras/ CSJH/ Agencia Española de Cooperación Internacional/ Consejo General del Poder Judicial de España, Tegucigalpa 2001, pp. 176-187.

¹⁸ De acuerdo con la CRH, “Honduras hace suyos los principios y prácticas del Derecho Internacional que propenden (...) al afianzamiento de la paz y la democracia universales” (art. 15 CRH). Así, “los tratados internacionales, celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno” (art. 16 CRH). Pero además, debe observarse que “en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero” (art. 18 CRH). Sobre la preeminencia de los tratados internacionales y de las normas constitucionales sobre la legislación ordinaria versan las sentencias de la Sala Civil de la CSJH CC0953 de 4 de junio de 2003 y CC0761 de 9 de junio de 2004.

Comenta el contenido de estos artículos SANTIAGO Y ANTUÑA, P., *Derecho constitucional. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa 2007, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/Constitucional/>, p. 70. También OLEA GODOY, W.F., *Derecho constitucional hondureño. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Comayagua/ La Ceiba 2008, pp. 24-28, concuerda con la opinión de que debe reconocerse el carácter fundamental de las garantías procesales no enunciadas expresamente por la CRH, pero que ha sido incorporadas al ordenamiento hondureño a través de la ratificación de tratados internacionales.

¹⁹ Reconoce la inclusión del derecho a la prueba como parte indispensable de otras garantías procesales constitucionales el autor hondureño ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, 2ª ed., Litografía López, Tegucigalpa 2008, pp. 163, 173 177, y 178. También se pronuncia en este sentido OLEA GODOY, W.F., *Derecho constitucional hondureño...*, cit., pp. 24-28.

soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre²⁰.

En consecuencia, el derecho a la prueba, a pesar de no estar reconocido expresamente en la CRH, tiene rango constitucional y aplicación jurídica en Honduras debido a su incorporación en los tratados y convenios internacionales vigentes en el país y también por relación directa con los demás derechos y principios procesales contemplados de manera directa en la norma constitucional.

C. RELACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA CON OTROS DERECHOS PROCESALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El ejercicio del derecho a la prueba dentro de un proceso conlleva su interacción con otros derechos procesales fundamentales, así como con diversos principios que están consignados en la Constitución. En este sentido, el artículo 24 CE vincula de forma especial el derecho a la prueba con el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva²¹. Hemos de analizar la relación del derecho a la prueba con distintos derechos fundamentales y principios procesales para determinar la influencia que éstos pueden tener sobre el ejercicio del primero dentro del proceso civil²².

²⁰ La misma CSJH ha recurrido a este artículo para indicar que, por el espíritu mismo de la CRH, ésta “...no se agota en sí misma sino que es abierta a la evolución de los derechos fundamentales, encaminado cada día a un porvenir más humanista, por ello el artículo 63 constitucional enuncia un sistema de protección de derechos de carácter abierto en procura de realizar la aspiración prescrita en el artículo uno constitucional; a partir de esta idea central el juzgador al apreciar la normativa constitucional deberá hacerlo en la vía que más protección ofrezca al individuo y por ende a la sociedad...” (sentencia de la Sala Constitucional, AF0080 de 27 de julio de 2004).

²¹ Sobre este particular, el TC ha expresado que “[el derecho a la prueba] presenta íntimas conexiones, como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve en distintas ocasiones (entre ellas, en la STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4) con otros derechos constitucionalizados en el art. 24 CE. Hemos hecho hincapié, en concreto, en sus estrechas relaciones con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que, entre sus múltiples vertientes, engloba el derecho a obtener una resolución razonable, motivada, fundada en Derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el seno del proceso, así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable” (STC 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003\133]).

²² Así, nos abstenemos de analizar otros derechos y principios que, aunque relevantes en materia probatoria, son de aplicación exclusiva en el ámbito procesal penal (como lo son, por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia y el principio de oficialidad).

1. El derecho a la tutela judicial efectiva

Dentro del proceso civil, y particularmente con relación al derecho a la prueba, la tutela judicial efectiva comprende la prohibición de indefensión, el principio de contradicción, el derecho al proceso debido y la motivación de la sentencia²³. Nos enfocaremos, por ahora, en este último elemento ya que los demás serán tratados en los acápitales subsiguientes.

La trascendencia de la fundamentación jurídica del fallo radica en que es una garantía básica de la función jurisdiccional, que evita la arbitrariedad y enmarca las actuaciones de jueces y magistrados dentro del principio de legalidad. Así, la motivación de las sentencias permite, por un lado, que las partes corroboren la validez jurídica de la resolución y, por otra, que el tribunal *ad quem* revise el razonamiento realizado y la aplicación de las normas de Derecho²⁴. En consecuencia, el derecho a la prueba ejercido por las partes del proceso permitirá al órgano judicial determinar cuáles son los hechos probados que constituirán el fundamento racional y fáctico de la

²³ En general, son elementos del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, aplicables en la jurisdicción civil: a) El acceso a la justicia, que permitirá a las personas acudir a los tribunales para solicitar la tutela de sus derechos e intereses; b) La prohibición de indefensión; c) La garantía de la contradicción; d) La emisión de una resolución de fondo que se pronuncie sobre las peticiones de las partes; e) La motivación de la resolución que debe basarse en el Derecho; f) La firmeza e invariabilidad de la sentencia que deberá cumplirse sin que puedan los tribunales o las partes ignorar arbitrariamente su contenido; g) La eficaz ejecución de la sentencia; h) El derecho a un proceso con todas las garantías; i) El acceso que las partes deben de tener a los recursos. Con relación a este último aspecto, el acceso a los recursos, se ha sostenido por la doctrina –pero no de forma unánime– que solamente forma parte de la tutela judicial efectiva en los procesos penales, pero no en los civiles. MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 432 y 433. Abordaremos este tema posteriormente, al hablar de la tutela judicial del derecho a la prueba.

²⁴ En este sentido, advierte el TC que “... el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (...). Esta exigencia constitucional entronca con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano judicial tienen la Ley y la Constitución (...). Por otra parte, no debe olvidarse que la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho...” (STC 23/2010 de 27 de abril [RTC 2010\23]).

sentencia y, a partir de éstos, cuál es el Derecho aplicable al caso concreto²⁵. En sentido contrario, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva si de la sentencia no se desprende de forma lógica y clara cuáles criterios (de hecho y de derecho) han llevado al juez o tribunal a estimar ciertas pretensiones y desestimar otras.

De igual manera, en Honduras se considera que la inadecuada motivación de la sentencia constituye una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva²⁶. Debemos destacar que la CRH tampoco hace referencia expresa al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que lo reconoce de forma tácita al establecer que “los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes” (art. 82 CRH). Este enunciado, debe relacionarse con el artículo 90 CRH que indica que “nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece”. Así, se ha venido hablando más bien del derecho de acceso a la justicia²⁷, o del derecho de acción²⁸, que se integran

²⁵ Véase COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003; ORTELLS RAMOS, M., “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 4, 1977. CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Ed. Bosch, Barcelona 1994, pp. 203-213, explica que la motivación no es únicamente la fundamentación en Derecho, sino que la sentencia también debe aclarar por qué se aplican esas normas y cómo se enlazan con la realidad fáctica. De acuerdo con este autor, los hechos probados determinan el derecho que el juez selecciona para resolver el caso. En el mismo sentido se pronuncia TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción de FERRER BELTRÁN, J.), Ed. Trotta, Madrid 2002, p. 436. El TC también se ha pronunciado al respecto en las SSTC157/2006, de 22 de mayo (RTC 2006\157); 147/1999, de 4 de agosto (RTC 1999\147); 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000\25); 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000\87).

²⁶ Según estableció la Sala Penal de la CSJH en la sentencia AP1297 de 1 de febrero de 2011, “... el fallo recurrido ha negado a las partes procesales acceder a la razón, o las razones, que fundaron el fallo, lo cual constituye efectivamente una infracción al derecho fundamental a obtener una sentencia de fondo (motivada y fundada), lo cual, tal como ha reconocido esta Sala de lo Constitucional en reiterados fallos de amparo constitucional, es parte integrante del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, según previsto en el párrafo primero del artículo 90 de la Constitución de la República”.

²⁷ De acuerdo con la CSJ, “por el acceso a la justicia se entiende el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial” (Sentencias de la Sala Civil CC0953 de 4 de junio de 2003 y CC0761 de 9 de junio de 2004).

²⁸ “...el Derecho de Acción está contenido en la previsión constitucional que dice “toda persona o asociación de personas tiene el derecho de presentar peticiones a las autoridades ya sea por motivo de interés particular o general y obtener pronta respuesta en el plazo legal” y los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercer sus acciones en la forma que señalan las leyes”

dentro de los más genéricos derechos de petición (art. 80 CRH)²⁹ y de defensa (art. 82 CRH)³⁰, así como del principio constitucional de normal tutela judicial³¹. También la CSJH ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva está incorporado de forma genérica a la CRH a través de los tratados internacionales vigentes en el país³².

Por otro lado, y con relación al contenido de este derecho, la Corte ha señalado:

“El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, comprende la libertad de acceso a la justicia, el derecho a obtener una sentencia de fondo (motivada y fundada) en un tiempo razonable, y, que esa sentencia se cumpla, o sea la ejecutoriedad del fallo. De lo contrario el reconocimiento de los derechos establecidos en la sentencia sería vano, una mera declaración de intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica, pues la ejecución de la sentencia debe satisfacer las pretensiones de justicia que son inherentes a la sociedad como parte interesada en el proceso” (sentencia AP1297 de 1 de febrero de 2011, dictada por la Sala Constitucional de la CSJH).

(Sentencias de la Sala Civil CC0953 de 4 de junio de 2003 y CC0761 de 9 de junio de 2004). En este contexto, indica además la CSJ que la acción es un derecho “subjetivo público, potestativo autónomo y constituye una condición para el ejercicio del atributo jurisdiccional...” (sentencia de la Sala Civil CC2729-03 de 9 de junio de 2004).

²⁹ De acuerdo con la CSJH: “...la noción del derecho de acción integrado en el amplio Derecho de Petición, se encuentra debidamente previsto en el artículo 80 de nuestra Constitución de la República” (Sentencias de la Sala Civil CC0953 de 4 de junio de 2003 y CC0761 de 9 de junio de 2004).

³⁰ Así, un fallo recurrido puede violentar “...el derecho de defensa establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República, siendo parte de este derecho fundamental, el derecho al libre acceso a los Tribunales” (sentencia de la Sala Constitucional AP1082 de 18 de mayo de 2004).

³¹ Como puede corroborarse en las SSCSJH, Sala de lo Civil, CC91-07 de 18 de junio de 2007, CC9109 de 27 de agosto de 2007 y CC269-07 de 30 de mayo de 2008.

³² Indica la CSJH que el derecho a la tutela judicial efectiva está “enunciado en nuestra Carta Magna de una forma genérica, es decir, a través de los instrumentos internacionales suscritos por Honduras, así el artículo 16 de la Constitución de la República, dispone que los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno. Siendo la anterior una premisa básica, pues la tutela judicial efectiva, ha sido construida sobre textos internacionales” (sentencia de la Sala Constitucional AP1082 de 18 de mayo de 2004). En este sentido, la sentencia citada apunta particularmente los artículos 8 DUDH y 25 CADH. Por otro lado, la legislación procesal civil hondureña reconoce la importancia de la tutela judicial efectiva cuando se establece en el artículo 1.1 CPCH que “toda persona tiene derecho a peticionar ante los juzgados y tribunales la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos”. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el CPCH, véase GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa/ Santa Rosa de Copán 2008, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>, pp. 25-35.

2. El principio de legalidad procesal

En materia probatoria, el principio de legalidad implica que los actos de prueba deberán ajustarse siempre a la regulación procesal, tanto al derecho positivo ordinario como a las normas de rango constitucional³³. Con relación al derecho a la prueba, el TC enfatiza que “tratándose de un derecho de configuración legal (...) el interesado debe, en efecto, ejercer el derecho que invoca en los términos dispuestos por el legislador” (STC 45/1996 de 25 de marzo [RTC 1996\45]), de forma que la operatividad de este derecho “debe enmarcarse dentro de la legalidad” (STC 167/1988 de 27 de septiembre [RTC 1988\167])³⁴.

Según la doctrina, el cumplimiento de la legalidad probatoria puede sintetizarse en dos puntos³⁵. En primer lugar, la Ley determina cuáles son los medios probatorios que se utilizarán en el proceso (arts. 299 LEC y 251 CPCH), de forma que no se puede recurrir a otros que no estén legalmente tipificados; en segundo lugar, el principio de legalidad obliga a que los medios de prueba sean propuestos, practicados y valorados en la forma que la Ley establece.

“[El ejercicio del derecho a la prueba] ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que para apreciar su pretendida lesión es necesario que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. Por eso hemos afirmado que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa ‘cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda’ (STC 149/1987, de 30 de septiembre, y 212/1990, de 20 de diciembre, ambas en su FJ 3)” (SSTC 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996\1] y 173/2000 de 26 de junio [RTC 2000\173]).

³³ El principio de legalidad se encuentra regulado principalmente en los artículos 9.1 y 9.3 CE, así como el 1 LEC. En la legislación hondureña, hacen referencia a este principio, entre otros, los artículos 221 CRH y 3, 7, 12.1 CPCH.

³⁴ Así, nos remitimos a las reglas señaladas para la obtención, proposición, práctica y valoración de la prueba establecidas en la LEC (capítulos II, III, V y VI del Título I del Libro II) y en el CPCH (el libro segundo y los arts. 405 al 413).

³⁵ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 155-158.

La actividad probatoria en cuya realización se vulnere el principio de legalidad puede provocar la anulabilidad o nulidad de la actuación viciada³⁶, así como la exigencia de sanciones disciplinarias o penales a la persona responsable de la infracción³⁷. El principio de legalidad, por tanto, constituye un límite para el ejercicio del derecho a la prueba. Cuando una actuación probatoria sobrepase la barrera de la legalidad, la prueba será ilegal (irregular o ilícita), de manera que recibirá una sanción procesal correspondiente a la gravedad de la infracción que se haya producido. Sobre este particular ahondaremos en los Capítulos II y IV de esta tesis.

3. El principio de contradicción

El principio de contradicción implica que las partes tienen la potestad de comparecer en el proceso y ejercer su defensa a través de la aportación de alegaciones y medios probatorios que sustenten su posición, contrarrestando los argumentos de la contraparte³⁸. Este postulado rige en toda clase de procesos y en todas las etapas³⁹, siendo aplicable tanto a la parte activa como a la pasiva⁴⁰.

³⁶ Con relación a la nulidad de pleno derecho, producida cuando se haya causado indefensión, véase los artículos 225.3 LEC y 238.3 LOPJ; y en el ordenamiento hondureño el 212.4 CPCH. Sobre la anulabilidad (y posible subsanación) versan los artículos 229 al 231 LEC, 242 y 243 LOPJ; en Honduras los artículos 211 y 213 CPCH.

³⁷ XIOL RÍOS, J. A. (coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000 de 7 de enero*, Ed. Sepín, Madrid 2008, vol. I., pp. 110-112.

³⁸ El artículo 94 CRH consigna este principio al establecer que “nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio”. Sobre el principio de contradicción en la Constitución hondureña véase CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras/ Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional/ Consejo General del Poder Judicial de España, Tegucigalpa 2004, p. 31; así como ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, cit., pp. 177-179.

En cambio, en la CE no se regula de manera expresa este principio, pero se considera que forma parte del contenido del artículo 24 CE ya que guarda una estrecha relación con otras garantías procesales. De acuerdo con SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, Ed. Dijusa, Madrid 2008, p. 388; la contradicción está contenida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho al proceso con todas las garantías y, además, es la vía más directa para aplicar el derecho de igualdad procesal. Asimismo, la contradicción es un requisito esencial para el ejercicio del derecho de defensa, según establece la jurisprudencia constitucional española, de modo que la falta de contradicción podría derivar en la nulidad de actuaciones si se produce indefensión a alguna de las partes. Véase la STC 143/2001, de 18 de junio (RTC 2001\143).

En el proceso civil existen varias manifestaciones del principio de contradicción⁴¹. En primer lugar, es esencial que las partes tengan conocimiento de la existencia del proceso y, sucesivamente, que conozcan también las alegaciones y los medios probatorios aportados por la contraparte, así como las resoluciones que dicte el tribunal, para lo cual desempeñan un papel muy importante los actos de comunicación judicial (arts. 149-168 LEC y 135-150 CPCH)⁴². En segundo lugar, se debe facilitar a las partes la oportunidad de contrarrestar la posición de la contraparte, es decir, de defenderse en condiciones de igualdad a través de la aportación de materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

Ya ha establecido la jurisprudencia del TC que la prueba constituye una de las manifestaciones instrumentales del derecho a la contradicción procesal⁴³. En este

³⁹ Así, los órganos jurisdiccionales deben “velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, que posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen” (SSTC 143/2001, de 18 de junio [RTC 2001\143] y 13/2006, de 16 de enero [RTC 2006\13]).

⁴⁰ De acuerdo con DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 115; SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., p. 388; y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil*, Ed. Thomson Civitas, Navarra 2008, t. I, p. 48.

⁴¹ Exponen las distintas manifestaciones de este principio MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 246-249; RIFÁ SOLER, J. M./ RICHARD GONZÁLEZ, M./ RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal civil*, Gobierno de Navarra: Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona 2006, vol. I, p. 44; SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., pp. 388-389. Entre los exponentes de la doctrina hondureña podemos señalar a CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., p.30; GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., p. 45; DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 41 y 42.

⁴² MONTÓN REDONDO, A., “El respeto a derechos y garantías constitucionales en la regulación de los actos procesales por la LEC/2000”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 50-56.

⁴³ De acuerdo con el TC “la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (...), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Del derecho de defensa contradictoria, hemos dicho, son manifestaciones instrumentales los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable. Además, su carácter nuclear y estructural convierten la posibilidad de contradicción en fundamento de las obligaciones judiciales de emplazamiento personal y congruencia, así como en exigencia de validez de la actividad probatoria...” (STC 143/2001, de 18 de junio [RTC 2001\143]; también las SSTC 218/1997, de 4 de diciembre; 138/1999, de 22 de julio [RTC 1999\138] y 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000\91]).

sentido, la posibilidad de contradecir se refleja en el conocimiento de los medios probatorios de los que se valdrá la contraparte, en la facultad de aportar su propia prueba o de instar del tribunal la realización de diligencias tendentes a producirla y en que, una vez admitidas las pruebas, sean efectivamente practicadas y sucesivamente valoradas. Asimismo, el principio de contradicción requiere que ambas partes puedan estar presentes en la práctica de los actos probatorios, tanto en aquellos que se ejecuten en la fase pre procesal como en los que se lleven a cabo durante el juicio, independientemente de quién los haya solicitado⁴⁴. En este sentido, puede decirse que se respeta la facultad de contradecir siempre y cuando las partes puedan conocer el total del material probatorio y se les permita rebatirlo, todo ello en condiciones de igualdad procesal⁴⁵.

Al contrario, el principio de contradicción rechaza la práctica de prueba secreta (permitida únicamente en los supuestos legalmente establecidos)⁴⁶, y la incorporación de elementos provenientes del conocimiento privado del juez⁴⁷. Debe aclararse que este principio no impone a las partes la obligación de aportar pruebas, sino que se trata de una facultad potestativa. En consecuencia, no podría paralizarse un procedimiento civil por la falta de reacción de una parte que, teniendo conocimiento de las actuaciones realizadas por la otra y oportunidad de rebatirlas, deja voluntariamente de actuar⁴⁸.

⁴⁴ Sobre la práctica contradictoria de la prueba versan los artículos 289.1LEC y 242.1 CPCH (en etapa de juicio); así como los artículos 295LEC y 247.1CPCH (anticipación de la prueba).

⁴⁵ En este sentido, DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, pp. 115 y 116; CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp. 30 y 31.

⁴⁶ Por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares, según lo regulan los artículos 732 y 733 LEC, así como los artículos 380.2 y 383CPCH.

⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, pp. 115; además STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (traducción de DE LA OLIVA, A.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990.

⁴⁸ Sobre la contradicción como facultad potestativa de las partes exponen SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., p.389; RIFÁ SOLER, J. M./ RICHARD GONZÁLEZ, M./ RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 46.

4. El derecho de defensa y la prohibición de indefensión

La defensa, como derecho fundamental y garantía básica del proceso, se encuentra constitucionalizada tanto en España (art. 24.2 CE)⁴⁹ como en Honduras (art. 82 CRH)⁵⁰. Hemos de destacar que en el ámbito procesal civil, este derecho es igualmente aplicable a ambas partes del proceso⁵¹.

Las principales manifestaciones del derecho aludido pueden agruparse en tres bloques⁵²:

⁴⁹ De acuerdo con ésta, “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24.1CE). Agrega a continuación que “todos tienen derecho (...) a la defensa y a la asistencia de letrado, (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...)” (art. 24.2 CE).

⁵⁰ Declara la Constitución hondureña: “El derecho de defensa es inviolable. Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma y con los requisitos que la Ley señala”. También se encuentra regulado este derecho en los tratados internacionales suscritos por el país, como lo vemos en el artículo 11 DUDH, el artículo 14 PIDCP y el artículo 8 CADH. Al respecto, véase HERENCIA CARRASCO, S., “El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, K./ MALARINO, E./ ELSNER, G. (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica) y Georg August Universität Göttingen, Montevideo 2010, vol. I, pp. 359-378. En cuanto a la legislación procesal civil, se reconoce el derecho de defensa en el artículo 1.2 CPCH, mismo que establece que “en ningún caso se puede producir indefensión para las partes del proceso...”.

⁵¹ CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998, pp. 86-91. En el proceso penal, en cambio, se enfoca de forma principal (aunque no exclusiva) en el sujeto pasivo. Véase MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed. Civitas, Madrid 1982, pp. 17-20; GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 88 y ss; PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 52; BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 27; MORENO CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 145-147.

⁵² Distinción que hace la misma norma constitucional al indicar en el artículo 24 CE que todas las personas tienen derecho a obtener la efectiva tutela judicial “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”; además, “a la defensa y la asistencia de letrado” y a “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Sostienen esta postura CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., pp. 98-100; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, cit., pp. 24 y 25; SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., pp. 392-399; BEJERANO GUERRA, F., “El derecho de defensa”, en PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (dir.), *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, CGPJ, Madrid 2009, p. 248; y entre la doctrina hondureña ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, cit., p. 163; y en Honduras, TORO PEÑA, J. A., *Modulo instruccional. Principios generales del derecho procesal civil*,

- a) En primer lugar, el derecho de defensa se manifiesta a través del derecho de acción, que permite a los ciudadanos acceder a los tribunales para defender sus derechos e intereses jurídicos.
- b) En segundo lugar, el aspecto técnico del derecho de defensa garantiza a cada parte la debida representación y defensa técnica (procurador, letrado y, en su caso, traductor)⁵³.
- c) En tercer lugar encontramos el aspecto fáctico de la defensa, el cual requiere que la parte pueda incorporar al proceso las alegaciones y los medios de prueba que le sirvan para sustentar su posición y defenderse de los planteamientos realizados por la contraparte. En vista de esta tercera manifestación, se ha establecido que el derecho a la prueba guarda una “íntima conexión” con el derecho de defensa⁵⁴, e incluso se ha afirmado que son complementarios e inseparables⁵⁵.

Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa 2007, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/Constitucional/>, p. 102.

⁵³ Con relación a la postulación procesal, deseamos manifestar que es un aspecto cuya regulación difiere en España y Honduras. De acuerdo con la legislación española (arts. 23 al 34 LEC), cada parte debe contar tanto con un defensor técnico (abogado) como con un representante procesal (procurador). En cambio, en Honduras ambas funciones recaen sobre una misma persona, el abogado (arts. 79 al 89 CPCH). Con relación al derecho de defensa y la asistencia letrada en el proceso civil hondureño, exponen GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., pp. 34 y 35; y en cuanto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 43 y 44.

⁵⁴ Resaltan la conexión que existe entre el derecho a la prueba y el derecho de defensa GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 143 y ss.; SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes...”, cit., pp. 527 y 528; CONDOMINES POLL, E., “La prueba como derecho constitucional”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J/ ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, vol. II, pp. 1613 y 1614; CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., pp. 283-286; DE URBANO CASTRILLO, E., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, cit., p. 553. De acuerdo con este último autor, “... la íntima conexión entre el derecho de defensa y el derecho a la prueba ha sido puesta de manifiesto por la doctrina constitucional, al afirmar que el segundo no es sino la concreción del más general derecho de defensa (STC 157/2000), y que, en definitiva, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa supone la garantía de todo justiciable a impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma se halle autorizada por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, podemos considerar el ‘derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa’, como el pilar de la institución probatoria, una de las manifestaciones principales del derecho de defensa”.

En materia probatoria, el derecho de defensa confiere a las partes una serie de facultades y garantías⁵⁶. Por un lado, se les garantiza que el legislador contemplará en la estructura del proceso un término probatorio que debe ser suficiente para rendir la prueba. Por otro lado, el derecho de defensa faculta a los litigantes para proponer los medios de prueba que sucesivamente deben ser admitidos, practicados y valorados.

La estrecha relación que existe entre el derecho de defensa y el derecho a la prueba se acentúa en la sede constitucional. Así, cuando se recurre en amparo la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el TC ha establecido como requisito indispensable que se haya producido una efectiva indefensión a la parte recurrente⁵⁷.

En este sentido, una mera irregularidad formal no basta para que se reconozca la vulneración constitucional del derecho a la prueba, sino que hace falta que exista un estado de indefensión material⁵⁸, es decir, que la prueba denegada sea decisiva en términos de defensa. En esta línea, ha expresado el TC en numerosas ocasiones:

⁵⁵ PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, cit., p. 35; DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 16. De igual forma, el TC ha resaltado la estrecha vinculación que existe entre estos derechos, de forma que: “Es doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 116/1983, 51/1985, 30/1986, 149/1987 y 158/1989) que la constitucionalización del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes es inseparable del derecho mismo a la defensa...” (33/1992 de 18 de marzo). En este sentido se pronuncian también las SSTC 89/1986, de 1 de julio; 147/1987, de 25 de septiembre (RTC 1987\147); 246/1994, de 19 de septiembre (RTC 1994\246) y 97/1995, de 20 de junio (RTC 1995\97).

⁵⁶ CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., pp. 286-306.

⁵⁷ MEDINA GUERRERO, M., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J/ ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, vol. I, pp. 438-443; SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes...”, cit., pp. 527-529; ROMERO REY, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil. Jurisprudencia constitucional (1997 – 2000)”, en *Revista General de Derecho*, no. 673-674, 2000, pp. 12816-12822; GESTO ALONSO, B., “El derecho a los medios de prueba pertinentes en el texto constitucional”, en *Revista General de Derecho*, no. 619, 1996, pp. 3848-3850.

⁵⁸ En oposición a la *indefensión formal*, que se produciría por la infracción de la legalidad procesal, según indicó el mismo TC a partir de la STC 48/1984, de 4 de abril (RTC 1984\48). Apoya esta distinción ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2007, p. 377. Sin embargo, otro sector de la doctrina discrepa con este criterio y defiende la existencia de un solo tipo de indefensión. De

“Es doctrina reiterada de este Tribunal, aplicable con carácter general, que el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa resulta condicionado por su carácter de garantía constitucional de índole procedimental, lo que exige que para apreciar su vulneración quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, que se traduce en la necesidad de argumentar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente” (STC 44/2009, de 12 de febrero [RTC 2009\44])⁵⁹.

En consecuencia, se produce un estado de indefensión con afectación del derecho a la prueba cuando se priva ilegítimamente a la parte de la oportunidad de alegar y probar, de forma que sus derechos o intereses se ven judicialmente desprotegidos⁶⁰. No existirá indefensión si la falta de la realización de la actividad probatoria se debe a la negligencia de la parte; al contrario, es necesario que dicha inactividad sea imputable al órgano judicial. Por otro lado, debemos recordar que la

acuerdo con CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., p. 367-371, “... la distinción entre una posible ‘indefensión jurídico constitucional’ y otra ‘meramente procesal’, es profundamente errónea y debe ser desechada, debiéndose preservar el empleo del término *indefensión* en un único sentido, para designar el resultado de la infracción de la garantía de la defensa *procesal*”. De acuerdo con este autor, la diferenciación entre uno u otro tipo de indefensión equivaldría a “diferenciar dos contenidos de las garantías del sistema procesal: uno, constitucional, cuyo contenido sería establecido y controlable única y exclusivamente por ese mismo tribunal; y, otro, que sería de rango normativo inferior, legal, cuya salvaguarda correspondería sólo a los tribunales ordinarios”. Con ello, continúa criticando el autor, se acabaría “con el carácter subsidiario del recurso de amparo y la protección que brindaría el Tribunal Constitucional sería cualitativamente distinta a la que podrían prestar los demás órganos jurisdiccionales”.

⁵⁹ Se pronuncian en el mismo sentido, entre otras, las SSTC 82/2006, de 13 de marzo (RTC 2006\82); 3/2005, de 17 de enero (RTC 2005\3); 99/2004, de 27 de mayo (TOL409.917) y 133/2003, de 30 de junio (RTC 2003\133).

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., “Artículo 24...”, cit., t. III, p. 49, define la indefensión como “aquel resultado que deriva de una ilegítima privación o limitación de medios de defensa -esto es, de alegación y/o prueba- producida en el seno de un proceso o de cualquiera de sus fases o incidentes, que acarrea al justiciable, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos”. Conceptualización similar aporta GESTO ALONSO, B., “El derecho a los medios de prueba...”, cit., p. 3836. En esta misma línea, apunta el TC que “la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción” (STC 89/1986, de 1 de julio [RTC 1986\89]).

indefensión puede producirse en cualquier momento del proceso, durante los incidentes, e incluso en la sustanciación de los distintos recursos.

5. El Principio de igualdad procesal

En el ordenamiento hondureño, este principio se encuentra recogido en el artículo 5CPCH, el cual establece que:

“Las partes son iguales en el proceso, teniendo los mismos derechos, obligaciones, cargas y oportunidades, en función de la posición procesal que ocupen. El órgano jurisdiccional está obligado a preservar la igualdad de las partes en el proceso y a evitar toda discriminación contra o entre ellas por razones de sexo, raza, religión, idioma, o condición social, política, económica o de otra índole”⁶¹.

Con relación a la prueba, este principio viene a establecer que las partes deben disponer de las mismas oportunidades para obtener, aportar y practicar los elementos probatorios necesarios para defender sus alegaciones y contradecir las pruebas aducidas por el contrario; además, implica que debe existir un equilibrio en el conocimiento de los hechos⁶².

La igualdad procesal se manifiesta claramente en el paralelismo de las actividades probatorias que realizan las partes. En este sentido, el legislador ha procurado que por cada acción pueda haber una reacción, de modo que se respete el principio de contradicción para que las partes puedan defenderse en condiciones de igualdad⁶³. Un ejemplo de ello es el incidente a través del cual se dilucida la ilicitud

⁶¹ Sobre el contenido del principio de igualdad procesal en la legislación hondureña véase CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional, Tegucigalpa 2008, p. 18; DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 42 y 43; TORO PEÑA, J. A., *Modulo instruccional. Principios generales del derecho procesal civil*, cit., p. 103; TENA ARAGÓN, M. F., *Manual de derecho constitucional*, Escuela Judicial de Honduras, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/Constitucional/>, pp. 123-124.

⁶² PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, 18ª ed., Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá 2011, p. 8; y DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 116.

⁶³ Sostiene el TC que “los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas procesal, exigen que se confiera un trámite que permita a los interesados (...) efectuar las alegaciones que consideren oportunas, y a ellas se acompañan los elementos probatorios en que funden su derecho” (STC 99/2004, de

probatoria (arts. 287 LEC y 237 CPCH), para el cual la Ley estipula que se dé audiencia a ambas partes para que practiquen las pruebas pertinentes sobre el concreto extremo de la ilicitud.

No obstante, debe recordarse que este principio se aplica con ciertas matizaciones. No se trata de una igualdad de derechos materiales, y tampoco “implica necesariamente una igualdad o paralelismo mimético, exacto, con respecto a los actos del proceso, de manera que cada parte realice exactamente los mismos”. Como bien establece el CPCH, la igualdad debe interpretarse en función de la posición procesal que ostenta cada una de las partes de forma que del conjunto del proceso se deduzca que ha existido un “equilibrio o paridad de oportunidades”⁶⁴.

Así mismo, en materia probatoria el principio de igualdad debe ser concebido en función de la posición procesal que ostente el litigante. En otras palabras, no puede exigirse a las partes por igual que prueben los distintos hechos que interesan al proceso; sino que la condición de demandante o demandado determinará la necesidad de aportar ciertas pruebas⁶⁵. En consecuencia, el principio de igualdad no implica que exista una carga de la prueba homogénea para ambas partes, sino que, como se ha indicado, requiere que los litigantes tengan las mismas oportunidades de obtener, aportar y practicar las pruebas pertinentes para su defensa.

Retomando el artículo 5 CPCH, deseamos destacar que, en la práctica, la igualdad o desigualdad social y de hecho que exista entre las partes repercutirá en sus posibilidades de aducir las pruebas necesarias⁶⁶. Por ello, el legislador hace un llamado

27 de mayo [TOL409.917]).

⁶⁴ De acuerdo con TENA ARAGÓN, M.F., *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 123. Concuerda con esta opinión TORO PEÑA, J. A., *Modulo instruccional. Principios generales del derecho procesal civil*, cit., p. 103. Agrega GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., p. 53; que el principio de igualdad se aplicará de forma distinta dependiendo de la naturaleza del proceso que se desarrolla. Así pues, la igualdad se aplicará de una manera estricta en los procesos declarativos, pero de forma matizada en los procesos ejecutivos. Sobre las modulaciones del principio de igualdad en la legislación española comenta PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona 2012, pp. 159-161.

⁶⁵ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, pp. 116 y 117.

⁶⁶ Comenta GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., p. 53; que “si del plano normativo pasamos al de la realidad práctica, observamos que las desigualdades

especial a los órganos judiciales para que preserven la igualdad entre los litigantes y eviten cualquier tipo de discriminación⁶⁷.

Igual situación ocurre en España, de modo que el TC ha señalado que “el principio de igualdad impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE” (STC 225/2007, de 22 de octubre [TOL1.173.760])⁶⁸.

sociales, culturales y, sobre todo, económicas inciden en el proceso, obstaculizando, en alguna medida, el cumplimiento de la existencia legal de igualdad de las partes. En definitiva, el proceso es una institución más de las que integran la vida social y por ello no es nada anómalo que en él se reflejen, al igual que en otras realidades, las diferencias o desigualdades de todo tipo”.

⁶⁷ En efecto, los poderes públicos se encuentran obligados a velar por que prevalezca la igualdad procesal entre los ciudadanos. En primer lugar, es menester que el legislador, al elaborar las normas, las modele conforme a las exigencias de este principio, según destaca SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., p. 390. En segundo lugar, corresponde la aplicación de dichas normas, en condiciones equitativas, a los órganos judiciales. Con relación a estos últimos, la igualdad implica, por un lado, que se aplique la ley sustantiva conforme a criterios equitativos (igualdad sustantiva) y, por el otro, que el proceso se desarrolle respetando la igualdad de sus partícipes (igualdad procesal).

⁶⁸ En la CE, la igualdad procesal se fundamenta en el artículo 24 CE, particularmente en el derecho al proceso con todas las garantías y en el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 125/1995, de 24 de julio [RTC 1995\125]). A la vez, el principio de igualdad procesal se deriva de forma indirecta del artículo 14 CE, que establece la igualdad ante la Ley, según exponen MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 249; así como a SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil*, cit., t. I, p. 50; y a SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., pp. 389-390.

De forma similar, en Honduras la CSJH ha indicado que el principio de igualdad procesal está integrado dentro del más amplio derecho a la igualdad ante la Ley, de forma que su origen constitucional se encuentra en los artículos 60 y 61 CRH (sentencia de la Sala Constitucional AP1297 de 1 de febrero de 2011). En este sentido, ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, cit., pp. 139 y 140. Pero a la vez, la igualdad procesal también está relacionada con el derecho al proceso debido, consignado en el artículo 90 CRH (Sentencia de la CSJH, Sala Laboral, CL2674 de 18 de febrero de 2011).

6. Derecho a un proceso con todas las garantías

Este derecho fundamental se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (art. 24.2 CE) como en la Constitución de la República de Honduras (art. 90 CRH)⁶⁹. Así mismo, establece el art. 3 CPCH que:

“Las partes tienen derecho a que el proceso se desarrolle por los trámites previstos legalmente, a que se respeten los derechos procesales establecidos en la Constitución de la República y en las leyes ordinarias en condiciones de igualdad y sin dilaciones, y a que se dicte por órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial, una resolución de fondo justa y motivada”.

En España, el TC ha recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para ir definiendo progresivamente el contenido de este derecho⁷⁰. De esta manera, el derecho al proceso con todas las garantías ha venido a identificarse con el derecho al proceso justo o equitativo, consignado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que a la vez tiene sus raíces en el *Due Process of Law* anglosajón⁷¹. En sentido amplio, el derecho al proceso con todas las garantías incluye aquéllas referidas en el artículo 24 CE (ya sea de forma expresa o

⁶⁹ Señala el artículo 24 CE que “todas las personas tienen derecho a (...) un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”. Por otro lado, el artículo 90 CRH indica que “nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la ley establece”.

⁷⁰ Por ejemplo, las SSTC 26/2014, de 13 febrero [RTC 2014\26], 85/2003, de 8 mayo [RTC 2003\85], 219/2002, de 25 noviembre [RTC 2002\219] y 68/2002, de 21 marzo [RTC 2002\68].

⁷¹ El derecho al proceso con todas las garantías tiene raíces anglosajonas, pero fue tras la segunda guerra mundial cuando cobró mayor relevancia al ser consignado en distintas convenciones y tratados internacionales y, sucesivamente, en las constituciones de la mayoría de los países. El *Due Process of Law* se remonta al derecho medieval inglés, que posteriormente tuvo influencia sobre el derecho estadounidense, reflejándose particularmente en las enmiendas V, VI, VIII y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Analizan el desarrollo histórico del derecho al proceso debido GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 109-126; ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1995; GARCÍA RAMÍREZ, S., “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXIX, no. 117 (septiembre-diciembre), 2006, pp. 652-654; GOZAÍNI, O. A., “El debido proceso en la actualidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 2, 2004, pp. 60-62.

implícita)⁷², así como las garantías judiciales establecidas en tratados internacionales y, además, ciertas garantías relativas a instituciones básicas del proceso, entre las cuales destacamos la prueba⁷³.

De igual forma, en Honduras se ha configurado como un derecho de múltiples contenidos, que incluye las garantías, derechos y principios constitucionales de índole procesal⁷⁴, así como aquellos recogidos en los tratados internacionales⁷⁵. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el derecho al proceso debido incluye las garantías procesales generales consignadas en el artículo 8.1 CADH, así como las garantías del proceso penal recogidas en el artículo 8.2 CADH que, por interpretación extensiva, son aplicables también a los demás órdenes jurisdiccionales⁷⁶. En este sentido, la Corte IDH ha referido que los derechos y garantías

⁷² Por ejemplo, los principios de audiencia, contradicción, inmediación, oralidad e igualdad; de acuerdo con SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, cit., pp. 377.

⁷³ Gracias al artículo 10.2 CE se da cobertura también a los derechos procesales consagrados en textos internacionales. Así lo indica CALDERÓN CUADRADO, M. P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 10 (mayo-agosto), 2000, pp. 160-167. Agrega la autora que “el derecho a un proceso con todas las garantías debería dar cobertura a infracciones especialmente graves, del legislador y sobre todo del juzgador, referidas (...) a concretos presupuestos, necesariamente esenciales, de aquellas instituciones que se han considerado básicas del mismo o, incluso, a estas últimas. La prueba sería una de ellas, consecuentemente la entrada en juicio de elementos probatorios ilícitamente obtenidos y su subsiguiente valoración por el órgano jurisdiccional afectaría también al derecho a un proceso con todas las garantías”.

⁷⁴ Así, ha señalado la CSJH que “para que se cumpla con el principio del debido proceso, el Juez deberá garantizar el derecho a la jurisdicción, el derecho fundamental de igualdad de las partes, el derecho al contradictorio, que garantice una tutela judicial efectiva que debe ser brindada por el Juez como garante de la legalidad en los procesos que dirige (...)” (sentencia de la Sala Laboral CL2674 de 18 de febrero de 2011).

⁷⁵ ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, cit., pp. 173-175.

⁷⁶ La Corte Interamericana ha indicado que “en materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”. En este sentido véase la OC-11/90 de 10 de agosto de 1990 sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CADH), párr. 28; así como la sentencia del caso Ivcher Bronstein v. Perú, de 6 de febrero de 2001, párr. 103.

que integran el debido proceso constituyen un sistema dinámico y en constante formación⁷⁷.

Para poder hablar de proceso debido, es menester que exista contradicción entre ambas partes y, en consecuencia, que se les permita incorporar alegaciones y pruebas al proceso para poder defender cada una su respectiva postura. Por otro lado, para que el proceso cumpla su fin, debe existir una resolución de fondo que se fundamente en las pruebas legales y pertinentes que las partes hayan aducido.

El derecho al proceso debido exigirá, además, que se respeten los derechos y principios procesales durante todo el procedimiento probatorio, incluso en las más tempranas diligencias preprocesales⁷⁸. De este modo, el derecho al proceso debido viene a asegurar el respeto de otros derechos fundamentales de naturaleza sustantiva que en muchas ocasiones son limitados durante la etapa de investigación.

El derecho al proceso con todas las garantías se convierte así en un límite para la actuación estatal, obligando a los distintos funcionarios que participan en la investigación judicial a respetar los derechos de los ciudadanos, limitándolos únicamente en los supuestos permitidos por la ley⁷⁹. En consecuencia, la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba y la subsiguiente admisión,

⁷⁷ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva (OC) 16/99 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; párrafo 2 del voto.

⁷⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 24.

⁷⁹ En otras palabras, el derecho al proceso con todas las garantías implica que el ciudadano que se encuentre sujeto a un proceso tiene derecho “a que éste se desarrolle dentro del marco constitucional impuesto por las exigencias de los principios de igualdad, contradicción y audiencia efectiva de las partes, a que sus derechos fundamentales afectados en un marco de investigación se afecten de forma respetuosa con la configuración legal requerida por la Constitución y Leyes de desarrollo y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus formas y motivos de injerencia frente a él y sus derechos con plena supeditación a éstas normas, so pena de expulsión (art. 11.1 LOPJ)”; según expone MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 33.

práctica o valoración de la prueba obtenida de manera ilícita constituirá una vulneración del derecho al proceso con todas las garantías⁸⁰.

D. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

El contenido esencial es una garantía genérica propia de los derechos fundamentales y está formado por aquellas facultades, garantías, poderes y posibilidades de actuación que la Constitución otorga a los titulares del derecho y que, siendo indispensables para identificarlo como tal, constituyen un núcleo intangible para el legislador⁸¹.

Para identificar el contenido esencial del derecho a la prueba se debe considerar, en primer lugar, el tipo abstracto del derecho⁸², que consiste en la facultad que tiene

⁸⁰ Ha señalado el TC que “constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro” (STC 114/1984, de 29 de noviembre [RTC 1984\114]).

⁸¹ LÓPEZ GUERRA, L./ ESPÍN, E./ GARCÍA MORILLO, J./ PÉREZ TREMPES, P./ SATRÚSTEGUI, M., *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 418-420; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1996, p. 11; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 54; NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en *Ius et Praxis*, vol. 11, no. 2, 2005, pp. 15-64, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=en&nrm=iso

⁸² De acuerdo con el TC, la individualización de dicho contenido corresponde a dos criterios complementarios: en primer lugar deberá tomarse en cuenta el *tipo abstracto o noción generalizada*, indicativa de las facultades necesarias para reconocer el derecho y sin las cuales éste se desnaturalizaría; en segundo lugar, debe considerarse cuáles son los *intereses jurídicos protegidos* que le dan vida al derecho fundamental (véase la STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11]). Sobre este tema, MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 63-73; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 52-54; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, pp. 345-357. Para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental, ha de acudirse también a la interpretación sistemática de la Carta Fundamental y la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales vigentes en el país; según explican MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador...*, cit., pp. 10-23; NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales...”, cit., p. 20.

toda parte procesal para valerse de los medios de prueba que le permitan ejercer su derecho de defensa en condiciones de igualdad. En segundo lugar, ha de tomarse en cuenta, como interés constitucionalmente protegido, la realización de un proceso con todas las garantías que brinde a los ciudadanos una efectiva tutela judicial y, como fines últimos de todo ello, la seguridad jurídica, la consecución de la justicia como garantía del orden y la paz social y la tutela por parte del Estado de los derechos subjetivos e intereses individuales.

Por otra parte, el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa deberá armonizarse con las demás garantías procesales, tal y como lo hemos indicado en el epígrafe anterior. Esto significa que, para identificar el contenido esencial del derecho a la prueba, deberá tomarse en cuenta la existencia de otros derechos fundamentales, tanto los procesales como los sustantivos, de forma que nunca podría formar parte del “núcleo” del derecho en mención una potestad que lesione otro derecho fundamental⁸³. Además, servirá también como parámetro delimitador del contenido esencial del derecho a la prueba la interpretación del mismo a la luz de la normativa internacional aplicable⁸⁴.

La importancia del contenido esencial de un derecho fundamental radica en que éste constituye un núcleo intangible tutelado ante la comunidad y ante los poderes públicos. Así, establece el artículo 53.1 CE, “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”. Particularmente, la vinculación del legislador al contenido esencial de los

⁸³ Encontramos una demostración de ello en el artículo 88 CRH que establece que “sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente” y que serán nulas las declaraciones obtenidas a través de la violencia o coacción. De esta manera, se indica que el ejercicio del derecho a la prueba no puede realizarse en detrimento del derecho a la integridad personal. De manera similar, en la CE el artículo 18.2 y 18.3 protege la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones frente a un ejercicio extralimitado del derecho a la prueba. Si bien estos ejemplos aluden a las limitaciones del derecho a la prueba, tema que abordaremos posteriormente, nos son útiles para indicar que el contenido esencial del derecho a la prueba debe ser delimitado tomando en cuenta la existencia de otros derechos e intereses constitucionales.

⁸⁴ Como ya hemos referido, los artículos 10 y 11 DUDH, 14 PIDCP, al igual que los artículos 6 CEDH (en el caso de España) y 8 CADH (con relación a Honduras). En ningún caso podrá interpretarse este articulado internacional en detrimento de las garantías ya establecidas por la Constitución con relación al ejercicio del derecho a la prueba, según explica NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales...”, cit., pp. 15-64.

derechos fundamentales adquiere importancia con relación a los derechos de configuración legal, como el derecho a la prueba, ya que estos requieren “un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena eficacia”⁸⁵.

Con relación a la configuración del derecho a la prueba en Honduras, no hemos encontrado en la jurisprudencia constitucional de este país una referencia expresa al contenido esencial del derecho a la prueba. A pesar de ello, estimamos que tal derecho tiene también en el ámbito hondureño un contenido o núcleo constitucionalmente protegido, opinión que fundamentamos en dos consideraciones:

- a) La CRH reconoce implícitamente que existe un contenido constitucional de los derechos y garantías fundamentales que es intangible, es decir, que no puede ser reducido ni alterado por el legislador ni por cualquier otro ente o poder público. Así, el artículo 64 CRH señala que “no se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidas en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan”. Este artículo viene a defender la supremacía de la norma constitucional, de manera que no podrán aplicarse las leyes, los reglamentos, los autos acordados del Poder Judicial, las ordenanzas municipales, etc., que menoscaben el contenido constitucional de los derechos fundamentales⁸⁶.

- b) La Sala Constitucional de la CSJH ha reconocido que el derecho a la prueba, con relación al derecho de defensa, supone una serie de facultades que permiten a las

⁸⁵ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 127. El TC ha destacado que el derecho a la prueba “es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho...” (véase las SSTC 3/2005, de 17 de enero [RTC 2005\3]; 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003\133]; 173/2000, de 26 de junio [RTC 2000\173]; 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996\1] y 167/1988 de 27 de septiembre [RTC 1988\167]).

⁸⁶ En este sentido ROJAS CARÓN, L., *La Constitución Hondureña Analizada*, cit., p. 142. Recordemos, además, que el artículo 320 CRH enfatiza que, existiendo conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, debe aplicarse la primera.

partes procesales valerse de los medios de prueba que requieran para demostrar los hechos afirmados. En este sentido y, conforme a la jurisprudencia hondureña, “el derecho de defensa supone entre otros, que tanto el acusador como el acusado han de poder aportar al proceso y utilizar en el mismo, todos los medios de prueba, legales pertinentes y útiles para probar los hechos afirmados por las partes...”⁸⁷. Encontramos aquí un paralelismo con lo que el TC español ha identificado como el contenido del derecho a la prueba.

Asimismo en España la jurisprudencia del TC ha indicado en reiteradas ocasiones que el derecho a la prueba “tiene por contenido garantizar a las partes en todo tipo de proceso la posibilidad de impulsar la actividad probatoria acorde con sus intereses”⁸⁸. De esta forma vemos que, tanto en España como en Honduras, se ha establecido que el contenido esencial del derecho a la prueba se identifica con aquella facultad que poseen las partes para aducir en juicio las pruebas que requieran para sustentar su posición ante el órgano judicial. Claro está que esto no sólo implica la posibilidad de *obtener y proponer* prueba, sino que requiere también que las pruebas propuestas sean utilizadas en el juicio, es decir, que sean *admitidas, practicadas y valoradas*, de manera que el ejercicio del derecho a la prueba sea realmente eficaz⁸⁹.

II. EL DERECHO A LA PRUEBA COMO INSTITUCIÓN PROCESAL DEL DERECHO POSITIVO ORDINARIO

Además de ser un derecho fundamental, el derecho a la prueba se configura también como una garantía de naturaleza procesal que se encuentra regulada en la

⁸⁷ De acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional de la CSJH, AP1082 de 18 de mayo de 2004 (la cursiva es nuestra).

⁸⁸ Entre otras, podemos destacar las SSTC 44/2009, de 12 de febrero (RTC 2009\44); 99/2004, de 27 de mayo (TOL409.917) y 43/2003, de 3 de marzo (RTC 2003\43) –la cursiva es nuestra–.

⁸⁹ Comenta RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba...”, cit., p. 188: “Precisamente, la acepción de prueba como convicción se erige en el contenido esencial del derecho a probar. Este contenido esencial aglutina los demás componentes del derecho a probar: a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que éste aduzca como fundamento de su convicción”.

legislación ordinaria. Decimos procesal porque solamente en este contexto puede cumplirse el objetivo de la prueba⁹⁰.

Sin embargo, esta visión de la prueba como una entidad procesal es una idea que ha ido evolucionando. En el S. XIX, la prueba se encontraba regulada tanto en la ley procesal como en la legislación civil y mercantil, por lo cual existía duda sobre el carácter procesal o material de su naturaleza⁹¹. Así, en leyes aplicadas durante el S. XIX, -algunas todavía vigentes- se incluyó la prueba en el Código Civil español de 1888 (CC), en los artículos 1214 al 1253, referentes a “la prueba de las obligaciones”. También en Honduras se consignaron, bajo el mismo título, los distintos aspectos probatorios, en los artículos 1495 al 1538 del Código Civil de 1906 (CCH). No obstante, a partir de la reforma procesal civil, el legislador optó por normalizar la prueba desde una perspectiva puramente procesal; habiendo dejado para los ámbitos civil y mercantil aquellas cuestiones relativas a los requisitos de validez o a elementos materiales de los actos o negocios jurídicos⁹².

La función procesal del derecho a la prueba conlleva su necesaria regulación a través del ordenamiento positivo ordinario. Si bien estamos ante un derecho que ha sido consignado en la norma constitucional y en los tratados internacionales, la naturaleza de estas normas impide que en ellas se agote la totalidad de los aspectos que regirán el ejercicio del derecho a la prueba. En consecuencia, la responsabilidad de desarrollar el

⁹⁰ Según indican GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*, 5ª ed., Ed. Colex, Madrid 2014, pp. 420 y 421; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 191-193; RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba...”, cit., pp. 195 y 196; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, cit., p. 30.

⁹¹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 60-64.

⁹² Así, las normas materiales relativas a la prueba (arts. 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253) fueron derogadas en España por la disposición derogatoria única 2-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (LEC) y en Honduras por el artículo 921 del nuevo Código Procesal Civil de Honduras (CPCH). En este sentido, expresa DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, pp. 26 y 27: “¿Cuál es la naturaleza del derecho de probar? Aun cuando la noción de prueba trasciende el campo del proceso y forma parte de la teoría general del derecho, creemos que no puede hablarse del derecho de probar sino desde un punto de vista exclusivamente procesal. Existen pruebas exigidas por las leyes materiales, civiles y comerciales, para la existencia o validez de ciertos actos y contratos (...); más entonces la prueba es inseparable del acto o contrato y no cabe hablar de un derecho a aquella, sino, más técnicamente, de un derecho a ejecutar tal acto o contrato”.

contenido general del derecho a la prueba se traslada al legislador ordinario, de manera que en la normativa constitucional se consigna solamente su núcleo o contenido esencial⁹³.

En todo caso, el legislador ordinario deberá siempre respetar el marco constitucional que define el derecho a la prueba y su contenido esencial⁹⁴. En este sentido, debe abstenerse de crear situaciones que dificulten el ejercicio del derecho a la prueba, como serían la imposición de requisitos absurdos y excesivos o la regulación de la prueba de una forma demasiado estricta.

De igual modo, los órganos judiciales deberán ser flexibles al aplicar las normas relativas a la prueba, evitando formalismos desmesurados que nieguen a las partes el acceso a una tutela judicial efectiva, conforme al principio *pro actione*⁹⁵. En este sentido, el derecho a la prueba impone “...una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción del derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la

⁹³ En este extremo estriba la diferencia entre los derechos puramente fundamentales y los derechos que además requiere una configuración legal. Con relación a los primeros, es la norma constitucional la que delimita su contenido, de manera que el legislador debe ceñirse a él estrictamente, sin tener un margen para ampliarlo o desarrollarlo. En cambio, cuando se trata de un derecho de configuración legal, “el legislador adquiere una eficacia constitutiva” que le permite participar en la confección del contenido del derecho. Exponen claramente este tema MEDINA GUERRERO, M., “El derecho a utilizar los medios de prueba...”, cit., vol. I, pp. 444 y 445; quién a la vez nos remite a MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador...*, cit., pp. 23 y ss.

⁹⁴ Al respecto se pronuncian MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 105-108; GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil...*, cit., p. 143. También lo exponen las SSTC 1/1996, de 15 de enero (RTC 1996\1) y 173/2000, de 26 de Junio (RTC 2000\173).

⁹⁵ Con relación a la aplicación judicial del principio *pro actione* y de su contenido, señala el TC que: “Dicho principio, como dijimos en la STC 88/1997 y hemos reiterado en las posteriores 150/1997 y 184/1997, ‘si bien no implica, a pesar de su ambigua denominación, la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan’ sí debe entenderse que impone ‘la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican’” (STC 38/1998, de 17 de febrero [RTC 1998\38]). Sobre su aplicación con relación a la legislación procesal y el derecho a la prueba, DÍEZ PICAZO, L.M, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 429-430; así como PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales...*, cit., pp. 66-69.

admisión de pruebas que en su denegación” (STC 38/1986, de 21 de marzo [RTC 1986\38] y, en términos similares, STC 147/1987, de 25 de septiembre).

A. RELACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA CON LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DEL PROCESO CIVIL

Hemos explicado anteriormente la interacción entre el derecho fundamental a la prueba y varias garantías y principios procesales que, por su relevancia constitucional, son aplicables en los distintos ámbitos jurisdiccionales. Ahora bien, como institución procesal del derecho positivo ordinario, el derecho a la prueba también se relaciona con los principios propios del proceso civil, mismos que serán determinantes a la hora de definir el alcance del derecho a probar en esta clase de procesos. A tales efectos analizaremos, con relación a la prueba, los principios de oportunidad, dispositivo, de aportación de parte y de buena fe procesal.

No obstante, antes de comenzar dicho análisis hemos de considerar que, tanto en España como en Honduras, la estructura del proceso civil es principalmente dispositiva, si bien en algunas ocasiones se aumentan las facultades probatorias del juez⁹⁶.

1. El principio de oportunidad

A diferencia del proceso penal, que protege los intereses públicos y que se inicia bajo el mandato del principio de necesidad, en el proceso civil se ofrece a las personas interesadas (especialmente a la parte actora) la *oportunidad* o posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para solventar un conflicto legal⁹⁷. En el proceso civil, la parte solicita

⁹⁶ Nos referimos, por ejemplo, a la regulación de los procesos civiles no dispositivos (arts. 784-781 LEC y 628-675 CPCH). Esta clase de procesos se corresponde con la tutela de derechos materiales regidos por normas imperativas de derecho civil que no pueden hacerse efectivos más que por vía judicial. En materia probatoria, la peculiaridad más relevante es que el juez puede introducir pruebas al proceso (arts. 752.1 LEC y 633.2 CPCH), no encontrándose esta facultad reservada exclusivamente para las partes. Los procesos no dispositivos versan sobre la capacidad de las personas; las declaraciones de prodigalidad; la filiación, paternidad y maternidad; la nulidad de matrimonio, separación y divorcio; la guardia y custodia de los hijos, entre otras materias.

⁹⁷ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Conceptos fundamentales y prioritarios del nuevo Código Procesal Civil*, Consultoría dirigida a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, La Ceiba, 2008, parte II (Principios del proceso civil hondureño), pp. 59 y 60, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>. En un proceso como el penal, su nacimiento y objeto ya está determinados por la ley y entonces es necesaria su realización; sin embargo,

la tutela judicial de un interés privado, del cual puede disponer libremente, conforme a la autonomía de la voluntad⁹⁸.

En consecuencia, podemos observar que el proceso civil dependerá de las partes en cuanto a su nacimiento, contenido y extinción. Ha de aplicarse entonces el principio de justicia rogada, recogido en el artículo 216 LEC. También en este sentido, la legislación hondureña señala que “el proceso civil (...) sólo puede iniciarse mediante acto procesal válido de parte, que sea consecuencia de la autonomía de la voluntad” (art. 9 CPCH).

2. El principio dispositivo

Mediante este principio se reconoce que son las partes quienes disponen o determinan el inicio y el objeto del proceso, así como el objeto del debate, condicionando con ello el contenido de la sentencia y pudiendo dar una terminación distinta al procedimiento que iniciaron. Así visto, podemos identificar cuatro manifestaciones principales del principio dispositivo⁹⁹:

- a) En primer lugar, la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse por petición de parte. En este sentido, establece la Ley que, tanto los juicios ordinarios como los verbales se inician mediante la presentación de una demanda (arts. 399 y 437 LEC, así como 424.1 y 583 CPCH).
- b) El segundo elemento del principio dispositivo se refiere a la determinación del objeto del proceso y del objeto del debate. Es la parte actora, a través del

en el ámbito civil las partes pueden también acudir a métodos autocompositivos o heterocompositivos, por lo cual la iniciación del proceso judicial es más bien una oportunidad para solventar su conflicto. Véase MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pp. 60-63.

⁹⁸ “La Constitución se asienta en una concepción que reconoce a los particulares la disposición de sus intereses, su autonomía de la voluntad, su libertad para decidir tanto qué relaciones jurídicas materiales contraen como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tienen, y de ahí se deriva el principio de oportunidad...”, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 256 y 257.

⁹⁹ Estos cuatro elementos o manifestaciones del principio dispositivo los recogen MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 257 y 258.

escrito de demanda, indicativo de su pretensión, quien fija el objeto del proceso; mientras que corresponde al demandado, mediante sus alegaciones formuladas en la contestación, determinar el objeto del debate¹⁰⁰. A efectos probatorios, la importancia de esta manifestación del principio dispositivo radica en que la aportación de las alegaciones de las partes al proceso permitirá definir, además del objeto del mismo, cuáles serán los temas de prueba. En otras palabras, las partes, al disponer del objeto del proceso, serán también quienes delimiten los temas que deben probarse y, en consecuencia, la necesidad de incorporar al proceso unos u otros medios de prueba. En este sentido, no dispondrán únicamente de la determinación del objeto del proceso, sino también de sus efectos derivados: la aportación de hechos y la aportación de pruebas, según lo plantearemos a continuación.

- c) Al dictar sentencia, el órgano jurisdiccional ha de ser congruente, pronunciándose de acuerdo a los extremos fijados por la pretensión y la resistencia, o sea, resolviendo todo y exclusivamente lo que las partes hayan planteado, sin poder incluir temas o elementos que ellas no hayan incorporado al juicio¹⁰¹. Sin embargo, lo que sí le está permitido al juez es la determinación de los fundamentos jurídicos que aplicará al caso, no estando vinculado a los que las partes hayan indicado, de acuerdo con el brocardo *iura novit curia*¹⁰².
- d) El principio dispositivo también se manifiesta en la facultad que tienen las partes para terminar el proceso de forma extraordinaria, es decir, distinta a la sentencia judicial. Entre los supuestos de terminación “anormal” del proceso encontramos la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción, el

¹⁰⁰ Así, DE LA OLIVA SANTOS, A./ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./ VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2004, p. 67; SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil*, cit., t. I, p. 46 y 47; RIFÁ SOLER, J. M./ RICHARD GONZÁLEZ, M./ RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 48-51.

¹⁰¹ En este sentido los artículos 216 y 218 LEC y en Honduras los artículos 10.2 y 208 CPCH.

¹⁰² Al respecto GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit., p. 437.

sometimiento a arbitraje y la satisfacción extraprocesal (arts. 19 al 22 LEC; en la legislación hondureña los arts. 10.3 y 481CPCH; así como el 110 CRH en el ámbito constitucional).

3. El principio de aportación de parte

Este principio deriva de los dos anteriormente expuestos y es el que se relaciona más estrechamente con las facultades probatorias del demandante y el demandado. El principio de aportación de parte indica que la incorporación al proceso de los hechos y de las pruebas es potestad de las partes. Con ello, el sistema de justicia busca afianzar la imparcialidad de los jueces y tribunales, de forma que no sean éstos quienes aporten hechos o medios de prueba que, si bien podrían tener relación con el proceso, serían perjudiciales para una de las partes y beneficiosos para la otra.

La aportación de hechos al proceso será realizada, como regla general, en la demanda por la parte actora y en la contestación y reconvención por la parte demandada. No obstante, podrán las partes introducir hechos nuevos, en la forma y los supuestos legalmente establecidos, durante la audiencia previa, en la vista del juicio verbal o, en todo caso, antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia (arts. 400.1 y 426 LEC; así como el art. 460 CPCH)¹⁰³. Con la aportación de estos hechos constitutivos y de las alegaciones de resistencia se fijará, como se expresó anteriormente, el objeto del proceso, el objeto del debate y, además, el tema de prueba.

Otra consecuencia del principio de aportación de parte es la que se refiere a los medios de prueba. Así como las partes introducen los hechos al proceso, también serán ellas quienes, a raíz de los hechos que resulten controvertidos, aportarán las pruebas necesarias para demostrar al juez la veracidad de sus alegaciones. En este sentido, serán las partes las responsables de obtener las fuentes de prueba y de proponer oportunamente los medios probatorios, solicitando que posteriormente se practiquen los que hayan sido admitidos. Por consiguiente, corresponde a las partes tanto el derecho

¹⁰³ Recuérdese que puede presentarse un “escrito de ampliación de hechos” para aportar aquellos que hayan acontecido una vez precluido el período de alegaciones o que, habiendo acontecido anteriormente, no fueron de conocimiento de la parte sino hasta entonces (arts. 286 LEC y 431 CPCH).

como la carga (no obligación) de aportar la prueba al proceso (arts. 216, 217 y 282 LEC; 11.2, 229.1 y 238 CPCH).

Sin embargo, no podrán las partes, de forma irrestricta, valerse de todo y cualquier tipo de pruebas. Debe recordarse que el derecho a la prueba está vinculado a la garantía de legalidad procesal y, como resultado de ello, los medios de prueba aportados deberán ajustarse a los parámetros legales y constitucionales. Para ejercer adecuadamente el derecho a la prueba, las partes deberán aportar los medios conforme a los requisitos de pertinencia, licitud, utilidad y procedencia (sobre los que ahondaremos en un próximo apartado), pero además será preciso que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, de acuerdo con la regulación procesal correspondiente.

Debemos destacar que, entre los tres principios recién aludidos, el principio de aportación de parte es el que tiene mayor influencia sobre la configuración y operatividad del derecho a la prueba en nuestro proceso civil. Si bien se trata de tres principios complementarios, este último principio estipula que las partes tienen la potestad de aportar pruebas al proceso de conformidad con la pretensión y las alegaciones que ellas mismas han determinado. Así, el principio de aportación de parte viene a otorgar a las partes el protagonismo y empoderamiento en cuanto a la obtención y aportación de las pruebas al proceso.

4. El principio de buena fe procesal

La buena fe se incorporó legalmente al actual proceso civil español mediante el artículo 247 de la LEC 1/2000, habiendo sido reconocida anteriormente en los artículos 7 y 11 LOPJ. El principio de la buena fe procesal es el axioma que reclama a los intervinientes del proceso aquella “conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso por ser socialmente admitida como correcta”¹⁰⁴. En cambio, serían contrarios al principio de la buena fe aquellos actos que entrañen fraude procesal, es decir, que

¹⁰⁴ GOMEZ POZUETA, C. J., “La buena fe procesal”, 2009, publicado en <http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200903-58796203120475.html> Además, expresa el autor que mediante el principio de la buena fe se incorporan al proceso valoraciones sociales de tipo ético-morales que se corresponderán con los valores imperantes dicho momento histórico. Sobre este principio, véase PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona 2012.

utilicen una figura lícita como cobertura para eludir los efectos de otra actuación procesal¹⁰⁵.

El principio de la buena fe procesal vincula, sobre todo, a las partes y a sus defensores técnicos; pero también debe ser respetado por todas las demás personas que intervengan en el proceso, es decir, testigos, peritos, auxiliares judiciales, etc. En este sentido establece el artículo 6 CPCH que “las partes, los profesionales del derecho que les asistan y representen procesalmente y, en general, todos los partícipes en el proceso adecuarán su conducta a la veracidad, probidad, lealtad y buena fe procesales”¹⁰⁶.

El cumplimiento de este principio exige a las partes una conducta procesal adecuada, respetuosa de las normas y principios procesales y de los demás intervinientes.¹⁰⁷ Por el contrario, existe mala fe cuando se ha actuado con la intención de retrasar el proceso mediante acciones injustas y cuando se han realizado peticiones o suscitado incidentes que entrañan fraude de ley o procesal, o que sean un manifiesto abuso de derecho. En estos casos, el Tribunal deberá rechazar fundadamente tales peticiones y podrá imponer, a la parte que actúa de mala fe, una multa proporcional a las circunstancias y a los perjuicios que se hubieren podido causar a la otra parte (art. 247 LEC).

Con relación al ejercicio del derecho a la prueba, la mala fe suele ponerse de manifiesto cuando alguno de los litigantes introduce en el proceso un hecho de forma extemporánea, o cuando incorpora al mismo, consciente de ello, un medio de prueba que carezca de los requisitos constitucionales y legales exigibles (por ejemplo, pruebas inútiles, o pruebas obtenidas con violación de algún derecho fundamental, por ejemplo). En cambio, se actúa de buena fe cuando las partes respetan la normativa legal en el desempeño de la actividad probatoria y proceden conforme a los demás principios procesales.

¹⁰⁵ MARTI MARTI, J., “La buena fe procesal en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, año XXII, n° 5242, 7 de febrero 2001, pp. 1827-1833.

¹⁰⁶ Así mismo lo indica la legislación española al establecer que “los intervinientes de todo proceso deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de buena fe” (art. 247 LEC).

¹⁰⁷ Así lo explican RIFÁ SOLER, J. M./ RICHARD GONZÁLEZ, M./ RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 63.

La buena fe impone a las partes el deber de ajustar su actuación al principio de legalidad, de manera que los elementos probatorios respeten los requisitos legales y constitucionales correspondientes, especialmente en los momentos de obtención, proposición y práctica de la prueba. También será necesario que las partes actúen con buena fe al recurrir las decisiones judiciales referidas a la prueba, de manera que no se interpongan recursos con mera finalidad dilatoria. Además, debe señalarse que el principio de buena fe se configura como una garantía y como un parámetro que orienta el ejercicio de los derechos procesales contenidos en el artículo 24 CE y que a la vez es un principio que aglutina todos los demás principios procesales y procedimentales y que coadyuva a la efectiva aplicación de los mismos¹⁰⁸.

B. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

Hemos dicho que para que el derecho a la prueba sea verdaderamente efectivo ha de ejercerse dentro del marco desarrollado por las leyes procesales. Tanto la LEC como el CPCH establecen un procedimiento probatorio que facilita a las partes la posibilidad de obtener las pruebas y de incorporarlas al proceso, para que éstas sean practicadas y valoradas, lográndose así el objetivo de formar la convicción del juez que ha de tutelar los intereses de las partes. En este apartado veremos cómo se regula el ejercicio del derecho a la prueba dentro del procedimiento civil.

¹⁰⁸ Nos referimos a que el ejercicio de estos derechos está limitado a su vez por la necesidad de salvaguardar otros derechos, valores y libertades constitucionales. En este sentido, una parte ejercerá sus respectivos derechos procesales fundamentales con respeto de los mismos derechos ostentados por su contraparte. Comenta al respecto GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., p. 57 que “... los principios de derecho a la tutela judicial efectiva, defensa y lealtad procesal y buena fe, no solo no se contraponen sino que por el contrario se interrelacionan y conjugan armónicamente. La interpretación conjunta de estos principios, en relación con la finalidad del proceso implica la necesidad de que los jueces y tribunales tutelen a cada una de las partes superando las prácticas desleales y dilatorias en los juicios y trámites (...). Al lesionarse la razón de ser del proceso al pretender una de las partes hacer uso del mismo en forma contraria o distinta a la finalidad que le es propia el juez (...) debe encauzar nuevamente el procedimiento a su curso natural para que cumpla la finalidad social para la cual fue instituido”.

1. Obtención de las fuentes de prueba

La obtención de las fuentes de prueba constituye la primera manifestación cronológica del derecho a la prueba¹⁰⁹. Para poder probar, es indispensable que la parte pueda primero disponer de la prueba; sea que la posea físicamente o simplemente que esté a su disposición en la sede del tribunal o en otro sitio adecuado al propósito probatorio. Adicionalmente, para salvaguardar la correcta operatividad del derecho a la prueba, es necesario que esas fuentes de prueba estén protegidas y conservadas apropiadamente de forma que, ni las personas ni el estado de las cosas, puedan alterar su contenido y virtualidad probatoria.

Al hablar de la “obtención de la prueba” nos referimos al conjunto de actuaciones a través de las cuales las partes acceden a aquellos elementos que constituyen las fuentes probatorias¹¹⁰. La realización de dicha actividad de obtención suele conllevar dos finalidades complementarias. En primer lugar, la obtención permite

¹⁰⁹ Partidario de incluir la obtención de pruebas como parte del contenido del derecho a la prueba en el área civil es MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2001, pp. 199-200. El autor señala que bajo el amparo del derecho a la prueba regulado por la Constitución Española debe colocarse “el derecho a poder acceder, incluso antes de un litigio, a aquellas informaciones y fuentes de prueba que pueden razonablemente reputarse como pertinentes y útiles para su posterior empleo en un juicio”, como las diligencias preparatorias y el acceso a registros y archivos. Concuere con esta opinión ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 39-40; quien explica que el requisito de licitud probatoria “... introduce un nuevo aspecto en el régimen del derecho a la prueba, que acaso amplíe el contenido del mismo (...), de manera que no solo incluya la admisión y práctica de la prueba, sino también la obtención de las fuentes o medios de prueba”. Con relación al derecho a la obtención de los medios de prueba, véase también PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Ed. Aranzadi, Navarra 2013, pp. 25-36.

¹¹⁰ Al referirnos a las fuentes de prueba, hacemos alusión a la clásica distinción entre las *fuentes* y los *medios* de prueba. La fuente es un concepto extrajurídico que se aplica a un elemento que existe en la realidad (un albarán de entrega, una persona, un correo electrónico, una fotografía, etc.). En cambio, el medio es un concepto necesariamente jurídico y procesal, que se refiere a la forma en que la fuente se incorpora y practica en el proceso judicial (interrogatorio de testigos, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, etc.). Por ejemplo, si hablamos de la prueba testifical, la fuente sería el testigo y su conocimiento sobre los hechos, mientras que el medio sería la declaración que este testigo realiza en el juicio. Así mismo, sería fuente de prueba un vídeo; su reproducción en el juicio sería el medio de prueba. Sobre la distinción entre fuentes y medios de prueba exponen MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 146-149; CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Giuffrè Editore, Milán 1992, pp. 66-69; SENTÍS MELENDO, S., “Fuentes y medios de prueba”, en *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, pp. 141-172; DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 258.

que la parte prepare el proceso, ya que le ayuda a identificar a su contraparte y a verificar cuáles son las pretensiones que puede llevar a juicio¹¹¹. En segundo lugar, la obtención de las fuentes es esencial porque provee elementos que posteriormente, al ser aportados como medios probatorios, permitirán a la parte fundamentar sus alegaciones ante el órgano judicial. En este sentido podemos afirmar que si no hay una previa y adecuada obtención de la prueba, se corre el riesgo de frustrar la efectividad de la defensa de la parte.

Atendiendo al *criterio temporal*, es decir, dependiendo del momento en que se realiza, la obtención de la prueba puede ser *preprocesal* o *intraprocesal*¹¹². En la primera modalidad, las fuentes de prueba se obtienen antes de que inicie el proceso, es decir, antes de que se interponga la demanda. En cambio, la obtención intraprocesal se verifica una vez que el proceso judicial se ha puesto en marcha¹¹³. Con relación a la parte activa, es más frecuente la obtención preprocesal ya que, como se ha comentado, suele utilizarse las fuentes de prueba para preparar la demanda y sustentar los hechos que en ella se plantean. En cuanto a la parte pasiva, puede ser que realice la obtención en un momento preprocesal si tiene conocimiento de que se pueda realizar el futuro

¹¹¹ La legislación hace referencia a la “preparación” de un proceso cuando regula las diligencias preliminares (art. 256LEC), también conocidas como diligencias preparatorias (art. 405 CPCH). En todo caso, la preparación del proceso puede realizarse tanto por el futuro demandante o por quien con fundamento prevé que será demandado. Dicha actividad preparatoria puede ir encaminada a presentar una demanda, a preparar la estrategia de defensa, o a otras actividades tendentes a asegurar el eficaz desarrollo del procedimiento. En este sentido, comenta MARCO COS, J. M., *El proceso ordinario. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa 2006, p. 21, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>; que “mediante las diligencias preparatorias, quien se dispone a interponer la demanda procura armarse de la prueba adecuada para triunfar en el debate que se va a trabar en los tribunales o, por lo menos, despejar dudas sobre la titularidad o la existencia del objeto sobre el que girará el juicio, si llega a formularse la demanda. También pueden servir para preparar el proceso, aclarando algún elemento sobre el tema de fondo. Se ha dicho en este sentido por la doctrina procesalista que su finalidad puede ser tanto despejar dudas sobre la afirmación de titularidad que se va a hacer en un futuro proceso, pretendiendo así evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil, como preparar el futuro proceso, aclarando algún elemento desconocido del tema de fondo”.

¹¹² Sobre la obtención preprocesal de la prueba expone PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos...*, cit., pp. 37-85.

¹¹³ No debe confundirse con la práctica de los medios de prueba. Nótese que, aunque ya haya iniciado el proceso, estamos hablando específicamente de la obtención de fuentes de prueba. Enfatiza esta distinción MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, no. 7, 2002, p. 190.

proceso¹¹⁴; de lo contrario deberá preparar su defensa probatoria una vez que haya sido notificada la demanda y previo a la contestación o reconvencción. Otro supuesto de obtención de la prueba durante la fase procesal ocurre cuando existen hechos nuevos o de nuevo conocimiento, en cuyo caso se permite a las partes la aportación -y por ende, la necesaria obtención- de prueba en un momento posterior al usual¹¹⁵.

También puede analizarse la obtención de la prueba con base en el *criterio subjetivo*, es decir, atendiendo al carácter de las personas que en ella intervienen. Así visto, la obtención puede ser *privada* si la realizan las partes con auxilio de sus abogados; o *pública u oficial* si en ella interviene el órgano judicial o algún otro funcionario público¹¹⁶. Recordemos que existen fuentes de prueba que pueden ser de difícil adquisición para las partes; por ejemplo, si se encuentran bajo la posesión o administración de otra persona (sea la contraparte o un tercero). En estos casos, la parte puede recurrir al órgano jurisdiccional, quien tiene el poder jurídico coactivo necesario para ayudarle a obtener la fuente de prueba requerida, bien sea a través de la realización de una diligencia preliminar o a través del aseguramiento de la prueba¹¹⁷.

¹¹⁴ Piénsese, por ejemplo, si el futuro demandante ha pedido una medida cautelar o una diligencia preliminar. También puede ser que el futuro demandado tenga conocimiento de la intensión que tiene su oponente de interponer la demanda gracias a situaciones extrajudiciales, como podría ocurrir si tienen ambos contacto personal directo o a través de una amistad común.

¹¹⁵ En este sentido se pronuncian los artículos 286 y 400 LEC; así como el artículo 431 CPCH.

¹¹⁶ Con relación a la distinción entre la obtención privada y la obtención oficial de las fuentes de prueba, exponen ASENSIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, 4ª ed., Ed. La Ley, Madrid 2010, t. IV, pp. 119-122; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 89, 2010, pp. 80-82; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 2, 1986, pp. 346 y 347.

¹¹⁷ Tanto las personas naturales como jurídicas, públicas como privadas, deben obediencia a las instrucciones y órdenes emitidas por los órganos jurisdiccionales (arts. 118 CE y 306 CRH). Por ello, el tribunal es el ente ideal a través del cual lograr la obtención de aquellas fuentes de difícil adquisición o, así mismo, procurar la colaboración de personas e instituciones, el aseguramiento de las fuentes de prueba, el auxilio judicial de otro tribunal o la obtención de pruebas esenciales para la cual se requiera limitar algún derecho fundamental. Puede considerarse, a manera de ejemplo, la obligación de exhibir un documento (arts. 328 y 330 LEC; 281y 283 CPCH), de comparecer como testigo al ser citado por un tribunal (arts. 292.1 LEC y 294.2 CPCH), o el deber de las instituciones públicas de brindar cierto tipo de información (arts. 332 LEC y 284 CPCH). Al respecto, comenta GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2009, p. 33; que “quien, en suma, se molesta en instar la admisión y práctica de las diligencias preliminares, es porque, habiendo

Existen también algunos requisitos que deben cumplirse durante la etapa de obtención de la prueba. El más importante de ellos es que al momento de adquirir las fuentes de prueba deberá respetarse los derechos fundamentales de la contraparte y de terceras personas. En este sentido, la Ley no permite que se utilicen en el proceso aquellas pruebas que hayan sido obtenidas infringiendo derechos como la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad familiar, la integridad personal, etc.¹¹⁸ En todo caso, si fuera necesario limitar algún derecho para obtener una prueba (por ejemplo, si hay que acceder a la documentación contable de la contraparte), será necesario contar con la correspondiente autorización judicial, que deberá emitirse conforme a las formalidades legales.

2. Proposición y admisión de la prueba

Mediante la proposición de la prueba¹¹⁹, las partes presentan ante el tribunal aquéllos elementos probatorios de los cuales se servirán para demostrar los hechos alegados o, en su caso, para desacreditar aquéllos argüidos por la contraparte¹²⁰. Así, las partes deben indicar en la demanda y en la correspondiente contestación o reconvencción, cuáles son los medios de prueba de los que pretenden valerse. También podrán proponer pruebas en la audiencia previa o preliminar, si se trata del proceso

hecho uso de las vías o medios normales u ordinarios, y legítimos, dispuestos al efecto, no ha podido obtener aquellos datos o informaciones por sí mismo; y de ahí la necesidad de impetrar la ayuda del órgano judicial para poder adquirirlos de dichos terceros (voluntaria o incluso coactivamente [...]) y, así, poder preparar adecuadamente el ejercicio de su futura pretensión ante los tribunales”. También PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos...*, cit., pp. 87 y ss.

¹¹⁸ Trataremos este punto al hablar de los requisitos de admisibilidad de la prueba, así como en los siguientes capítulos de la tesis.

¹¹⁹ Se regula la proposición de la prueba en los artículos 264 al 272, 284, 286, 336.1, 399.3, 414.1, 429.1, 440 y 443.4 LEC. En la legislación hondureña, las reglas sobre la proposición de la prueba se encuentran consignadas en los artículos 239, 241.1, 424.2.h, 425, 431, 433, 436.1, 477, 463, 583, 589.2 y 593 CPCH.

¹²⁰ Sobre la proposición de la prueba en el proceso civil véase MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 243; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., pp. 226-228; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit., pp. 451 y 452. Entre la doctrina hondureña podemos referir a DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 416; PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., pp. 27 y 28; CARRERAS MARAÑA (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., pp. 233-235.

ordinario, y al inicio de la audiencia del juicio verbal o proceso abreviado¹²¹. Adicionalmente, la Ley permite aportar pruebas extemporáneamente si se trata de hechos nuevos o de nuevo conocimiento (arts. 270 LEC y 241 CPCH).

En la etapa de proposición y admisión de la prueba, el derecho que nos ocupa se manifiesta de varias formas. Para empezar, las partes tienen la facultad de presentar las pruebas que consideren necesarias y suficientes para su defensa. Sin embargo, para que la proposición sea exitosa, deberán cumplirse las exigencias formales, así como los demás requisitos legales y constitucionales de admisibilidad (licitud, pertinencia, procedencia y utilidad, según analizamos *infra*)¹²². Al respecto se ha pronunciado el TC, indicando que el derecho a la prueba...

“...no comprende, sin embargo, como es palmario, un hipotético ‘derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada’ (STC 89/1986, fundamento jurídico 3.), en virtud del cual las partes estuvieran facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer (SSTC 40/1986, 212/1990, 87/1992 y 233/1992, entre otras). Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, (...) su alcance ‘debe encuadrarse dentro de la legalidad’ (STC 167/1988, fundamento jurídico 2.). Consiguientemente, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 212/1990, 87/1992, 94/1992, entre otras muchas). El corolario que de lo expuesto se sigue es a todas luces evidente, a saber, que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa ‘cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda’ (STC 149/1987, fundamento jurídico 3.; fórmula que se reitera, en términos prácticamente idénticos, en la STC 212/1990, fundamento jurídico 3)” (STC 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996\1]).

¹²¹ Aprovechamos para hacer una aclaración sobre la terminología utilizada por la LEC y el CPCH y así evitar posibles confusiones posteriores. En primer lugar, la *Audiencia Previa* de la LEC recibe la denominación de *Audiencia Preliminar* en el CPCH. En segundo lugar, el *Juicio Verbal* de la LEC equivale al *Proceso Abreviado* del CPCH.

¹²² Cuando la prueba propuesta no cumple los requisitos legales, su inadmisión por parte del tribunal no conlleva la vulneración del derecho a la prueba (STC 233/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992\233]). Únicamente se vería lesionado este derecho si la omisión versara sobre un requisito cuya subsanación fuera posible realizar sin vulnerar los derechos de terceras personas (STC 169/1990, de 5 de noviembre [RTC 1990\169]). En este mismo sentido se pronuncia el CPCH al establecer que “el juez o tribunal procurará que un simple defecto de forma en la proposición de un medio probatorio no deje sin efecto la petición, si se deduce claramente su propósito” (art. 239.5 CPCH).

Tras examinar los distintos medios propuestos, el tribunal señala qué pruebas han sido admitidas o, en su caso, inadmitidas, a través de un auto oral¹²³. En esta fase del proceso, encontramos nuevas manifestaciones del derecho a la prueba. Por un lado, las partes tienen derecho a conocer la justificación por la cual el órgano judicial deniega alguna de las pruebas propuestas; esto significa que la inadmisión de una prueba debe motivarse en el correspondiente auto¹²⁴. Recordemos que el derecho a la tutela judicial efectiva obliga al órgano judicial a motivar sus decisiones con el fin de evitar actuaciones ilegales o incoherentes que puedan lesionar los derechos fundamentales de las partes. Además, el derecho a la prueba exige que la admisión o denegación de las pruebas propuestas se realice en el momento procesal oportuno, para evitar que se cause indefensión a cualquiera de las partes¹²⁵.

Por otro lado, el derecho a la prueba exige que a las partes se les permita recurrir la decisión del juez sobre la admisibilidad de los medios propuestos. De acuerdo con la Ley, ante dicho auto procede el recurso de reposición oral y, si se desestima, la parte

¹²³ Se regula la admisión de la prueba en los artículos 285.1 y 429 LEC; así como en los artículos 240.1, 463 y 593 CPCH.

¹²⁴ Así lo corrobora el TC en sus sentencias 40/1986 de 1 de abril, 233/1992 de 14 de diciembre, 116/1997 de 23 de junio y 198/1997 de 24 de noviembre. Entre la doctrina, destacan el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales sobre la inadmisión de la prueba GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 147; PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, cit., p. 115; ROMERO REY, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil...”, cit., p. 12812; CONDOMINES POLL, E., “La prueba como derecho constitucional”, cit., pp. 1617 y 1618; MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 243 y 244; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit., pp. 452.

¹²⁵ Esta situación queda muy clara en la STC 89/1995, de 6 de junio (RTC 1995\89), al indicar ésta que “a los efectos constitucionales, además, no es indiferente el momento procesal en que los órganos judiciales den a conocer a las partes el juicio sobre la utilidad y la pertinencia de la prueba propuesta, porque si dicho juicio se exterioriza en el momento de la apertura de la fase probatoria y no es ajustado a la Constitución, aún existe la posibilidad de que el mismo órgano judicial causante de la lesión pueda restablecer el derecho vulnerado al resolver el recurso que la parte gravada -una vez conocidas las razones del rechazo- interponga frente a aquella decisión, mientras que si el órgano judicial no traslada a las partes dicho conocimiento hasta el momento de dictar la Sentencia definitiva, aparte de incurrir con esa conducta en el riesgo de haber prejuzgado la cuestión principal, ya no le será posible restablecer la supuesta lesión...”. En este sentido se expresa también GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 146.

puede formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en segunda instancia¹²⁶. Llegados a este punto, encontramos una diferencia significativa entre la legislación española y la hondureña ya que la primera permite recurrir el auto, bien sea por la inadmisión o por la admisión de cierta prueba (arts. 285.2 y 446 LEC); mientras que la segunda permite recurrir únicamente en los casos de inadmisión (art. 240 y 593 CPCH).

3. Práctica de la prueba

Habiendo instado la realización de una actividad probatoria, las partes tienen derecho a que se practiquen aquellas pruebas que, cumpliendo todos los requisitos legales y constitucionales, hayan sido admitidas por el tribunal¹²⁷. Esta actividad se desarrolla en la audiencia probatoria del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal o abreviado¹²⁸. Así, la práctica de la prueba permite que las partes y, sobre todo, el órgano judicial, realicen la *asunción* de los resultados probatorios que de ella se produzcan¹²⁹. De esta forma se provee al tribunal de los criterios que necesitará para, posteriormente, fundamentar la sentencia y resolver el litigio.

¹²⁶ Llama la atención que, en este caso particular, el legislador haya contemplado una reposición oral, cuando usualmente se hace de forma escrita (art. 452 LEC). Se estableció así debido a la naturaleza del acto recurrido, un auto oral, y para conservar la unidad y celeridad de la audiencia previa.

¹²⁷ En España, se regula la práctica de la prueba en los artículos 289-292, 429-433, 435, 436, 443.4, 445 y 447.1 LEC. Por otro lado, en la legislación hondureña se configura la práctica de la prueba en los artículos 242-244, 466-478, y 593 CPCH. Identifican la práctica de la prueba admitida, como componente que integra el contenido del derecho a la prueba, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 109 y 110; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 21-25; GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 148; SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes...”, cit., p. 527; ROMERO REY, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil...”, cit., p. 12812; CONDOMINES POLL, E., “La prueba como derecho constitucional”, cit., pp. 1618 y 1619; PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, cit., pp. 116-118.

¹²⁸ No obstante, en algunos casos legalmente determinados está permitido practicar prueba en otros momentos del proceso, como sucede con la anticipación de la prueba (arts. 293 LEC, 246 CPCH), la prueba de hechos nuevos o de nuevo conocimiento (art. 286 LEC, 287.5 CPCH), las diligencias finales (art. 435 LEC) y, en general, la prueba que se practica separada del juicio o la vista (art. 429.4 LEC; 243 y 468 CPCH).

¹²⁹ Nos referimos a la etapa de “asunción de la prueba”, referida por DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 272; comprendida como “la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por el juez”.

En la práctica de la prueba deberán respetarse diversos principios del proceso y del procedimiento, de manera que no se lesionen los derechos procesales de las partes. Es de especial importancia la aplicación del principio de contradicción, que permitirá a los litigantes intervenir en la práctica de los distintos medios de prueba, asegurándoles la posibilidad de defenderse en condiciones de igualdad. Otros de los principios que rigen la práctica probatoria son los de inmediación, legalidad, buena fe, publicidad, concentración, oralidad y documentación¹³⁰.

Por el contrario, la falta de respeto a los principios y derechos procesales podrá provocar la nulidad de los actos efectuados si se llega a causar indefensión a alguna de las partes. En este sentido, en la tutela del derecho a la prueba durante la práctica probatoria, representa un importante papel el juez, quien con su presencia y participación garantiza el cumplimiento de la legalidad y el respeto a los derechos de las partes. Así sucede, por ejemplo, cuando el órgano judicial suscita de oficio el incidente de ilicitud probatoria (arts. 287.1 LEC y 237.3 CPCH), por entender que en la obtención de algún medio de prueba se ha vulnerado un derecho fundamental.

Por otro lado, debemos precisar que el efectivo ejercicio del derecho a la prueba durante esta etapa del proceso requerirá que las partes actúen con la debida diligencia, de manera que el derecho en cuestión solamente se considerará vulnerado cuando la falta de la práctica sea imputable al órgano judicial. En otras palabras, la falta de

¹³⁰ Al respecto se pronuncian los artículos 289 LEC y 242 CPCH. Cabe aclarar, con relación a los principios procedimentales, que no siempre se aplicarán de manera estricta, sino que deben matizarse conforme a las modulaciones y excepciones que por motivos justificados recoge la Ley. Por ejemplo, podrá excluirse la publicidad en los procesos sobre la capacidad, filiación, matrimonio y menores (arts. 754 LEC y 635 CPCH). Por otro lado, existen motivos de lugar y tiempo que afectarán el cumplimiento del principio de concentración o unidad de acto (arts. 290 LEC Y 243 CPCH). En cuanto a la doctrina, destacan la importancia de la aplicación de estos principios en la práctica de la prueba MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 244-246; ASENSIO MELLADO, J. M., “La práctica de la prueba en el proceso civil”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Ed. Iustel, Madrid 2007, pp. 567-588; BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Ed. Difusión Jurídica, Madrid 2009, pp. 175 y ss.; DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 85-92. Con relación al proceso civil hondureño, puede consultarse a GALLARDO CORREA, C., *El proceso ordinario en el nuevo Código Procesal Civil*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2009, pp. 113-117; CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., pp. 241-243; PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., pp. 51 y 52; MARCO COS, J. M., *Módulo instruccional. El proceso ordinario*, cit., pp. 121-123.

práctica de la prueba, derivada de la negligencia de la parte interesada, no constituirá una lesión al derecho de probar. Pero además, el TC ha indicado que, para considerar lesionado el derecho a la prueba, la falta de la práctica debe referirse a un medio de prueba decisivo, de manera que se haya causado indefensión a una de las partes. Así lo resume en la siguiente sentencia:

“Para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía, o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos” (SSTC 29/2008, de 20 de febrero [RTC 2008\29]; 82/2006, de 13 de marzo [RTC 2006\82]; 240/2005, de 10 octubre [TOL736.215]; 1/2004, de 14 de enero [RTC 2004\1]).

Debemos referir también las diligencias finales reguladas en los artículos 434, 435 y 436 LEC, que permiten la práctica de ciertos medios de prueba una vez que ha finalizado la audiencia probatoria y antes de que se dicte la sentencia¹³¹. Para ello, será necesario que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos referidos, es decir, que las pruebas hayan sido propuestas en tiempo y forma y que no se hayan podido practicar por causa ajena a la voluntad de la parte proponente, o bien que se trate de hechos nuevos o nueva noticia. Excepcionalmente, se podrá repetir la práctica de

¹³¹ Con relación a las diligencias finales puede consultarse NOYA FERREIRO, M. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006; LUMBRERAS MARTÍN, E. M., “Diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC: su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos”, en ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (coords.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 2005, pp. 387-413; MARTÍN OSTOS, J. S., “En torno a las diligencias finales”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 241-248 ; ROMERO REY, C., “Derecho a la prueba y nuevo proceso civil. Especial referencia a las diligencias finales de prueba”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2000, tomo V, pp. 403-428; ORTEGO PÉREZ, F., “Diligencias finales en el juicio verbal. La antítesis entre el principio de concentración que preside este juicio y el derecho constitucional a la prueba”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 3-4, 2007, pp. 218 y 219; PÉREZ BENITEZ, J. J., “Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos”, en *Diario La Ley*, no. 6554, 2006, pp. 1651 y 1663.

aquellos medios cuya práctica inicial no haya sido conducente debido a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes.

Diferente situación encontramos en la legislación hondureña, ya que el nuevo CPCH no contempla la posibilidad de realizar diligencias finales¹³². Pese a que algún autor señala, quizás por inercia, que es posible realizarlas¹³³, pareciera que su ejecución al margen de cualquier disposición legal vulneraría el principio de legalidad procesal¹³⁴.

4. Valoración de la prueba

Una vez que los medios de prueba han sido admitidos y practicados, corresponde al órgano jurisdiccional valorarlos, tomando en cuenta lo que ha sido alegado y probado por las partes, conforme a los criterios de la sana crítica y las reglas de la lógica¹³⁵. La inclusión de la valoración dentro del contenido del derecho a la prueba no significa que las partes tengan un derecho específico a que el juez necesariamente estime la prueba en el sentido que ellas la plantearon, favoreciendo sus pretensiones personales. Se trata, más bien, de que el juez debe tener en consideración todos los elementos probatorios propuestos por ambas partes y practicados en el

¹³² El anterior Código de Procedimientos Comunes de 1906 sí permitía que el juez o tribunal pudiera acordar *autos para mejor proveer*, una vez concluido el período de práctica de la prueba pero antes de pronunciarse la sentencia (arts. 170-172). En el nuevo CPCH, la supresión por parte del legislador de las diligencias para mejor proveer puede deberse a motivos de economía procesal, o a que se busque evitar la mala fe de las partes que quisieran practicar pruebas después de haber concluido la audiencia probatoria. En todo caso, se permite aportar ciertos documentos (art. 287.5 y 287.7, 476.3 CPCH) y, posteriormente, en el recurso de apelación se podrá practicar aquella prueba “que por cualquier causa no imputable al que solicite la prueba no hubiere podido practicarse en la primera instancia...” (art. 712.2.c CPCH).

¹³³ DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 421 y 422.

¹³⁴ No contemplan la posibilidad de realizar diligencias preliminares en el marco del CPCH, GALLARDO CORREA, C., *El proceso ordinario...*, cit., pp. 176-178; TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2011, t. II, pp. 426-435; PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., pp. 50-54; MARCO COS, J. M., *Módulo instruccional. El proceso ordinario*, cit., pp. 129-137.

¹³⁵ Se regula la valoración de la prueba en los artículos 217, 316, 319, 334.1, 348, 376 y 382.3 LEC; y en el ordenamiento hondureño en los artículos 13, 245, 268, 273, 280, 291.5, 311 y 355, 479 CPCH. Sobre la valoración de la prueba por parte de los tribunales y como elemento del derecho a la prueba versan, entre otras, las SSTC 133/2003, de 30 de junio (RTC 2003\133) y 147/1987, de 25 de septiembre (RTC 1987\147).

proceso, para formar así su criterio sobre los hechos que hayan sido objeto de debate y, con base en ello, fundamentar la correspondiente sentencia¹³⁶.

Referíamos al inicio del capítulo que la finalidad de la prueba es lograr el convencimiento del juez o fijar unos hechos de conformidad con la ley. Así pues, es en el momento de la valoración cuando las pruebas están llamadas a cumplir esa vocación. Si el órgano jurisdiccional deja de tener en cuenta una prueba debidamente practicada, estará privándola de eficacia y virtualidad. El juez o tribunal está entonces obligado a tener en cuenta todas las pruebas practicadas y solamente esas. De aquí se desprenden dos consecuencias: en primer lugar, si se excluye de la valoración una prueba debidamente admitida y practicada, se estará vulnerando el derecho a la prueba de la parte afectada¹³⁷; en segundo lugar, el juez no puede tomar en cuenta otros conocimientos que no se desprendan de las pruebas practicadas¹³⁸.

En esta fase del procedimiento probatorio, las partes colaboran con el órgano judicial al expresar sus conclusiones o alegaciones finales (arts. 433.2 LEC y 475.1

¹³⁶ BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 237; define la valoración de la prueba como “la operación intelectual realizada por el juez con la que se determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos mediante, según los casos, la convicción judicial o la constatación de los presupuestos legalmente previstos”. Un concepto similar aporta BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Lima 2001, p. 291; quien define la valoración de los medios de prueba como “la operación mental que realiza el juzgador con el propósito de determinar la fuerza o valor probatorio del contenido o resultado de la actuación de los medios de prueba que han sido incorporados (...) al proceso o procedimiento”.

¹³⁷ De acuerdo con el TC, se vulnera el derecho a la prueba cuando, al resolver el litigio, el órgano jurisdiccional no valora un medio de prueba que ha sido practicado (STC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000\91]). En este sentido se expresa también la doctrina: MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 110 y 111; CHAMORRO BERNAL, F., “Obligaciones de los jueces y tribunales en garantía del derecho constitucional a la prueba”, en ABEL LLUCH, J./ PICÓ I JUNOY, J./ RICHARD GONZÁLEZ, M. (dirs.), *La prueba judicial*, Ed. La Ley, Madrid 2011, p. 335; PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal”, en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid 2004, Tomo I, pp. 888 y 889.

¹³⁸ Este sería el caso si, por ejemplo, el órgano judicial se fundamenta en su conocimiento particular de los hechos o en el conocimiento extraprocesal de alguna circunstancia relacionada al caso en cuestión. De acuerdo con BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El derecho a probar...*, cit., p. 327; el derecho a la prueba “exige que el juzgador valore los medios de prueba sobre bases reales u objetivas y que se abstenga de tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso o procedimiento”.

CPCH), que en ningún momento son vinculantes para éste último, sino que solamente orientativas. La valoración de la prueba, que tanto en el proceso civil español como en el hondureño es de naturaleza mixta, deberá realizarse de forma razonada, lógica, atendiendo a los criterios técnicos y jurídicos precisos, así como a las máximas de la experiencia aplicables¹³⁹. En este sentido se expresa el artículo 479.1 CPCH al establecer que “el tribunal deberá valorar la prueba conforme al principio de libre valoración, atendiendo siempre a las reglas de la sana crítica, de conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo a las normas que rigen el razonamiento lógico, motivando siempre la sentencia de manera precisa y razonada”.

Dado que la valoración es un proceso mental y abstracto, la norma constitucional (arts. 120.3 CE) y las normas legales (arts. 218.2 LEC y 207 CPCH) exigen que ésta se materialice a través de la motivación de la sentencia. Como referimos en el apartado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, la motivación será indispensable para que las partes conozcan el fundamento del fallo, para que el tribunal *ad quem* pueda verificarlo y, en general, para evitar la arbitrariedad de la decisión¹⁴⁰.

Será importante que, para garantizar la tutela judicial efectiva de ambas partes y la eficacia del derecho a la prueba, la motivación de la sentencia no se limite a referir las pruebas practicadas, sino que debe ponerlas en relación con los hechos

¹³⁹ Tanto la LEC española como el CPCH contemplan un sistema de valoración mixto de la prueba, en el que se combinan criterios de valoración tasada (referidos a los documentos públicos y el interrogatorio de las partes) con criterios de valoración libre (aplicables al resto de los medios de prueba). Con relación a la configuración de este sistema de valoración de la prueba, DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Conceptos fundamentales y prioritarios...*, cit., pp. 119 y 120; TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. II, p. 430. También la CSJH se ha pronunciado al respecto y diserta sobre la valoración de la prueba conforme a la sana crítica y los correspondientes criterios legales en la SSCH CC2096-01 de 19 de enero de 2004.

¹⁴⁰ Se establece la interdicción de arbitrariedad en los artículos 245.1 y 13.3 CPCH. Señala éste último que: “En todo caso el juez ha de exponer en su sentencia los razonamientos que lo condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas para fundar su convencimiento, exista o no norma que le obligue, quedando prohibida la arbitrariedad”. Por otro lado, la exteriorización de la valoración de la prueba a través de la motivación de la sentencia cumple varias funciones: además de la comunicación entre el tribunal y las partes, ayuda a formar jurisprudencia, a interpretar la legislación, a asegurar el cumplimiento de un proceso transparente y con todas las garantías y, además, es elemento de control público para con el poder judicial. Destaca la importancia de la motivación de la sentencia como elemento para controlar la racionalidad de la misma TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, cit., pp. 435-438.

correspondientes. Así lo establece el artículo 218.2 LEC al señalar que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho (...)”¹⁴¹. Por este motivo, resulta peligrosa la aplicación abusiva de la apreciación conjunta de la prueba como método para conformar la motivación de los fallos judiciales, ya que en ella no se manifiesta de manera individual la valoración de cada prueba ni su relación con los hechos que se consideran demostrados¹⁴².

C. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Como bien sabemos, los derechos fundamentales no son ilimitados ni desmedidos, sino que se relacionan y complementan entre sí. Los derechos de una persona encuentran su frontera en los derechos de otra, o en el ejercicio de otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos¹⁴³. En este sentido, también el

¹⁴¹ En este sentido se pronuncian también los artículos 245.2 y 479.3 CPCH. Destaca la doctrina que la motivación fáctica de las sentencias es exigible tanto en el proceso civil como en el proceso penal. Hacén hincapié en este aspecto CHAMORRO BERNAL, F., “Obligaciones de los jueces y tribunales en garantía del derecho constitucional a la prueba”, cit., pp. 336-338; BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El derecho a probar...*, cit., p. 326.

¹⁴² A nuestro parecer, la apreciación conjunta de la prueba es necesaria para *valorar* los medios de prueba practicados, para comparar y ponderar los unos con relación a los otros, tal y como se desprende de los artículos 218.2 LEC y 479.3 CPCH. Esto quiere decir que será necesario que, para realizar la valoración de la prueba, el tribunal tome primero en consideración cada uno de los medios de prueba practicados y que los analice individualmente. Una vez realizada esta tarea, debe proceder a analizar de manera global la validez de todas las pruebas en conjunto. En este sentido, coincidimos con DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, pp. 289-294. Sin embargo, estimamos que como forma de *motivar* la sentencia, la apreciación conjunta deja mucho que desear ya que no llega a expresar una verdadera fundamentación razonada y coherente. Se pronuncian en contra de la apreciación conjunta de las pruebas MONTERO AROCA, J., “Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, anuario 2007, pp. 146-170; DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 28-30; CHAMORRO BERNAL, F., “Obligaciones de los jueces y tribunales en garantía del derecho constitucional a la prueba”, cit., pp. 336-338; PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal”, cit., p. 889.

¹⁴³ Establece el artículo 62 CRH que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. En España, la jurisprudencia del TC ha establecido desde el inicio que “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que (...) establece la CE por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos...” (STC 2/1982, de 29 de enero [TOL110.845]).

derecho a la prueba está delimitado por la norma constitucional y, de manera particular, por las leyes procesales que establecen un marco de reglas formales y requisitos temporales dentro del cual las personas deben ejercer tal derecho¹⁴⁴. Según el TC:

“[El derecho a la prueba] no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas” (SSTC 19/2001, de 29 de enero [RTC 2001\19]; 133/2003, de 30 de junio, [RTC 2003\133]; 88/2004, de 10 de mayo [RTC 2004\88]).

En consecuencia analizaremos los requisitos que ha de cumplir la prueba para ser admitida en el proceso –la licitud, la pertinencia, la procedencia y la utilidad–, requisitos que, como veremos a continuación, vienen a establecer unos límites legales y constitucionales al ejercicio del derecho a la prueba¹⁴⁵.

1. La licitud

Éste es el primer requisito para la admisibilidad y eficacia de la prueba. Como hemos dicho anteriormente, el ejercicio del derecho a la prueba debe realizarse dentro de un marco legal y constitucional previamente establecido. La infracción de tales

Sobre este tema se pronuncia también la doctrina española, de acuerdo con LÓPEZ GUERRA, L./ ESPÍN, E./ GARCÍA MORILLO, J./ PÉREZ TREMP, P./ SATRÚSTEGUI, M., *Derecho constitucional. Volumen I...*, cit., pp. 134-136; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 48-52.

¹⁴⁴ De acuerdo con el autor PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, cit., pp. 39-115, los límites del derecho a la prueba pueden clasificarse en dos distintas categorías: los límites intrínsecos (relacionados a la pertinencia, utilidad y licitud de la prueba) y los límites extrínsecos (que pueden ser genéricos o específicos). Estos límites vienen a ser parámetros a los cuales deben ajustarse los medios de prueba propuestos por las partes dentro del proceso ya que de no ser así el juez puede inadmitirlos u omitir su valoración. En sentido similar se pronuncia DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 319, al recalcar que son requisitos intrínsecos los que “atañen al medio mismo utilizado en cada caso, incluyendo su objeto” y son extrínsecos aquellos que “se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio pero que se relacionan con él y lo complementan”.

¹⁴⁵ En esta sección hemos optado por delimitar el significado de cada uno de los requisitos probatorios, basándonos en la clasificación realizada por el artículo 236 CPCH, que identifica las cuatro categorías aludidas (pertinencia, procedencia, utilidad y licitud).

normas provocará la disminución de la eficacia probatoria o incluso su nulidad: entre mayor sea la irregularidad, más graves serán las consecuencias procesales.

La licitud de la prueba puede comprenderse en sentido amplio o en sentido estricto. Por ejemplo, se establece que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley” (art. 283.3 LEC), pudiendo albergarse dentro de este concepto múltiples supuestos, incluso irregularidades formales que no afecten a derechos fundamentales¹⁴⁶. Sin embargo, la ilicitud que nos interesa en este estudio es la que se refiere, en sentido estricto, a la que se produce cuando se vulnera algún derecho fundamental en la obtención de la prueba (arts. 287 LEC y 237 CPCH)¹⁴⁷.

A estos efectos será útil recordar la clásica distinción entre fuentes y medios de prueba¹⁴⁸. Cuando se vulnera algún derecho fundamental en la obtención de una fuente de prueba, estaremos hablando de que la prueba es *ilícita o prohibida*, y deberá ser excluida del proceso, según analizaremos a lo largo de esta tesis. De acuerdo con el artículo 11.1 LOPJ, “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. En cambio, cuando se vulnera una norma legal atinente a la práctica del medio de prueba, estaremos ante una prueba *ilegal*, que puede ser subsanada o que deberá ser sancionada de la forma que indique la Ley, según el caso concreto.

También en Honduras, la legislación procesal civil excluye aquellas pruebas que “se hayan obtenido vulnerando derechos fundamentales”, así como las que “vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República, en los convenios

¹⁴⁶ Sobre ilicitud en sentido amplio, véase MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, 4ª ed., Ed. Praxis, Barcelona 1993, p. 75.

¹⁴⁷ Comenta al respecto MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 19-22. Hay innumerables supuestos de ilegalidad probatoria, unos más graves que otros, de forma que abundan las teorías y clasificaciones en cuanto a este tema. Por ejemplo SERRA DOMÍNGUEZ, M., en ALBALADEJO, M. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª edición, Edersa, Madrid 1991, vol. II, tomo XXVI, p. 95; explica que la ilicitud puede tener tres motivos: (a) porque la ley expresamente prohíba dicha prueba, (b) porque la prueba carece de las formalidades que son garantías para las partes y (c) por obtenerse o practicarse con violación de derechos fundamentales.

¹⁴⁸ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., pp. 167-176.

internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Honduras” y en el CPCH (arts. 236.1 y 237.1 CPCH)¹⁴⁹. Más aún, la misma Constitución hace referencia a la nulidad de la prueba ilícita en los artículos 88 y 100 CRH.

La exclusión de la prueba prohibida tiene como principal propósito la protección de los derechos humanos fundamentales¹⁵⁰. Un Estado de Derecho no puede permitir que sus funcionarios y ciudadanos lesionen los derechos de otras personas para procurar un beneficio procesal a través de la utilización de cierto medio de prueba de procedencia ilícita, ya que, como sabemos, el fin no justifica los medios¹⁵¹.

La prohibición de usar pruebas ilícitas se extiende también a las que de ellas se deriven, lo que se conoce como efecto reflejo o teoría de los frutos del árbol envenenado¹⁵². Esto quiere decir que, además de la ineficacia de la prueba que fue

¹⁴⁹ Es importante señalar que la licitud, como requisito indispensable de la prueba, es una reciente incorporación al proceso civil hondureño, introducida mediante el CPCH que fue aprobado en el año 2007 (en el anterior Código de Procedimientos Comunes de 1906 solamente se contemplaban, en el artículo 301, las figuras de pertinencia y utilidad). Igual situación sucedió con la LEC del año 2000 en España, en donde anteriormente regía una ley procesal también centenaria (LEC de 1881). Resulta de especial trascendencia el desarrollo de este tema en la LEC ya que ésta fue la ley que sirvió como base para la creación del CPCH hondureño. En materia de prueba prohibida, el legislador hondureño también concordó la regulación del tema en el CPCH con el reciente Código Procesal Penal que entró en vigencia en el año 2002 (artículos 94 y 200).

¹⁵⁰ De acuerdo con el Tribunal Constitucional, “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables” (STC 50/2000 de 28 de febrero [RTC 2000\50]).

¹⁵¹ En ese sentido MARTÍN OSTOS, J., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1776; expresa que “un Estado de Derecho no debe permitir que en el proceso, reconocido precisamente por él para la correcta administración de justicia (y aceptado socialmente, tras alcanzar un grado óptimo -aunque perfeccionable- de civilización), se produzcan situaciones de infracción legal que afecten a su legitimación. Cuando la ilicitud versa sobre una materia como la prueba, de vital importancia para la debida resolución de la contienda, la cuestión adquiere especial gravedad.” De manera similar se expresa DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, p. 516; que el proceso “no es un campo de batalla en el cual sean permitidos todos los medios útiles para triunfar; por el contrario, es un trámite legal para resolver jurídicamente los litigios en interés de la colectividad y secundariamente para tutelar los derechos particulares que en él se discuten”.

¹⁵² En particular, sobre el desarrollo de esta teoría y su aplicación en Estados Unidos y España puede consultarse GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J.L (coord.), *Prueba y proceso penal*,

directamente obtenida vulnerado derechos fundamentales, también excluirán del proceso aquellas otras pruebas que, aunque hayan sido obtenidas de forma legal, sean consecuencia de esa primera prueba viciada.

Siguiendo la línea de salvaguarda de los derechos fundamentales y el principio de legalidad, podemos explicar por qué la exclusión de la prueba ilícita se aplica también al proceso civil. Está claro que la instrucción penal es un ámbito en donde surgirán con mayor frecuencia y facilidad casos de prueba prohibida, sin embargo, en los demás procesos (civiles, laborales, contencioso-administrativos) también las partes utilizan -y por consiguiente deberán obtener- pruebas que igualmente están supeditadas a la Constitución y las leyes. La vulneración de derechos fundamentales puede ocurrir en cualquier ámbito procesal, a manos de funcionarios públicos y también de personas particulares, antes y durante el proceso, por lo cual resulta necesario extender su protección a estos espacios¹⁵³.

2. La pertinencia

Según indica el artículo 24CE, el derecho a utilizar los medios de prueba se refiere a aquellos instrumentos que sean *pertinentes* para la defensa dentro de un proceso judicial. El ordenamiento procesal civil -tanto en España como en Honduras- establece que no se admitirán por ser impertinentes aquellas pruebas que no guardan relación con el objeto del proceso o, visto de otra forma, que no “pertenezcan” a él (arts. 283.1LEC y 236CPCH). Esta limitación al derecho a la prueba se establece porque, tal y como reza el principio romano, *frustra probatur quod probatum no relevat* (en vano se

Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 107-147; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2014; SALAS CALERO, L., “El futuro de la doctrina de la prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos”, en CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ ORTS BERENGUER, E./ CUERDA-ARNAU, M.L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, vol. II, pp. 1737-1752; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, no. 47, 2003, pp. 53-66.

¹⁵³ Con relación a la aplicación de la regla de exclusión en el proceso civil comentan MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 168; así como GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil...*, cit., p. 127. Nuevamente, se trata de un tema sobre el cual profundizaremos en un capítulo posterior de este trabajo.

prueba lo que, una vez probado, no tiene relevancia). A efectos prácticos, carecería de eficacia un medio de prueba desvinculado del objeto del proceso y, al mismo tiempo, afectaría la economía, concentración, y celeridad del juicio; diluyendo a las partes y al juez en asuntos ajenos e irrelevantes¹⁵⁴.

Para comprender el sentido de la pertinencia, debe analizarse el medio de prueba con relación al hecho que se intenta demostrar y también con relación a la función que este hecho cumpla dentro del proceso¹⁵⁵. En este sentido, los hechos a los que haga referencia el medio de prueba deben de haber sido incorporados al proceso por las partes, sea por el demandante cuando se fija el objeto del proceso, o por el demandando cuando se establece el objeto del debate. Por consiguiente, serían impertinentes las pruebas que versen sobre hechos no afirmados por las partes o sobre hechos que, si bien fueron afirmados, ello se hizo de manera extemporánea y por ende quedaron fuera del proceso. Al respecto, cabe aplicar las indicaciones del Tribunal Supremo español, el cual estableció que los hechos que sean objeto de prueba deben ser fundamentales, esenciales, relevantes e influyentes para el proceso¹⁵⁶; es decir, que pueden incidir en la sentencia¹⁵⁷.

Afirman algunos autores que la dificultad que conlleva la pertinencia radica en establecer *a priori* cuál es la relación precisa entre un medio de prueba y el objeto del

¹⁵⁴ Señala el TC que el derecho a la prueba consignado en el artículo 24.2CE faculta a la "... admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* (...) ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal del art. 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (...), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE" (SSTC 17/1984, de 7 de febrero [RTC 1984\17]; 1/2004, de 14 de enero [RTC 2004\1] y 82/2006, de 13 de marzo [RTC 2006\82]).

¹⁵⁵ Así lo indica MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., pp. 160-163.

¹⁵⁶ STS de 5 de marzo de 1982.

¹⁵⁷ De acuerdo con GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, pp. 28-33; "para analizar la pertinencia de una prueba no se puede separar el hecho que se quiere probar, del medio de prueba que se propone sobre aquél". En cuanto a los hechos y su relación con el objeto del litigio, sostiene que habrá pertinencia cuando el hecho haya sido alegado por las partes y que sea controvertido, pero que además debe ser un hecho esencial y relevante para la construcción del supuesto fáctico de la norma aplicable.

proceso; ya que, aun cuando suele ser clara, en ciertos casos puede no ser tan aparente, sobre todo porque no se exige a las partes que detallen la finalidad y el alcance de cada medio propuesto¹⁵⁸. Por ello, con el fin de salvaguardar el derecho a la prueba, el juez deberá analizar los distintos medios propuestos y, ante la duda, preguntar a la parte cuál es el objetivo de la prueba cuestionada. En todo caso, es preferible que se admitan pruebas en exceso y no que se viole el derecho de defensa y el derecho a la prueba de las partes.

3. La procedencia

El CPCH consigna la procedencia como un requisito autónomo para la admisión de los medios de prueba (arts. 235 y 236 CPCH). De acuerdo con esta norma, “son improcedentes las pruebas no necesarias”, es decir, aquellas relacionadas con hechos no controvertidos por las partes, con hechos sobre los cuales exista plena conformidad o con hechos notorios.

a) *Los hechos no controvertidos y los hechos sobre los cuales hay conformidad.*

Puede suceder en el proceso que un hecho afirmado por una parte no sea contradicho por la otra (hecho no controvertido); o que ambas partes estén expresamente de acuerdo sobre un hecho (plena conformidad)¹⁵⁹. En estos casos, los hechos no son tema de prueba, de manera que no hace falta probarlos¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Ver MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial...*, cit., p. 240; y también SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., pp. 286- 287. Ante la inadmisión de una prueba considerada impertinente por el juez, la parte afectada puede recurrir mediante reposición y explicar cuál es el vínculo de ese medio de prueba con el objeto del proceso.

¹⁵⁹ Procesalmente, se verifica la conformidad con los hechos durante la audiencia previa o preliminar, si se trata de un juicio ordinario (arts. 428 LEC y 462 CPCH), o en la vista o audiencia si se trata de un juicio verbal o abreviado (arts. 443.4 LEC y 591.2 CPCH). En esta etapa del proceso, el juez o tribunal debe fijar el tema de la prueba, identificando cuáles son los hechos sobre los que existe disconformidad y cuáles han sido admitidos por las partes, quedando por ello estos últimos exentos de prueba.

¹⁶⁰ Es importante aclarar que la exención probatoria de los hechos no controvertidos se aplica de manera distinta en los procesos no dispositivos, ya que en éstos la conformidad de las partes no vincula al juez. En tales casos está vedado al órgano judicial resolver el litigio basándose exclusivamente en la conformidad de las partes, o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria (arts. 752.2 LEC y 633.3 CPCH). En este sentido, en los procesos no dispositivos debería permitírsele a las partes proponer pruebas aún con relación a los hechos no controvertidos o sobre los cuales exista conformidad, de manera que queden objetivamente fijados en el proceso. Así se desprende del artículo 281.3 LEC, que establece: “Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de

b) *Los hechos notorios*. Son aquellos “cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en el que se produce la decisión judicial”¹⁶¹. La notoriedad de un hecho está limitada a un lugar, tiempo y grupo de personas específicas (criterios geográfico, temporal y social). En consecuencia, para que un hecho notorio sea liberado de prueba, se requiere que estos tres criterios concurren en el órgano judicial que conozca el asunto; es decir, que el hecho debe ser notorio no solo para las partes sino también para el juez. Dado el caso que el juez desconozca el hecho, será necesario probarlo a través de los medios legalmente establecidos¹⁶².

4. La utilidad

De acuerdo con la legislación procesal civil, prueba inútil es aquella que conforme a criterios racionales y seguros no contribuirá a esclarecer los hechos controvertidos (arts. 283.2 LEC y 236.3 CPCH)¹⁶³. La utilidad se trata de que el medio de prueba en sí mismo, atendiendo a criterios lógicos o técnicos, pueda o no verificar los hechos.

disposición de los litigantes” (la cursiva es nuestra). En la legislación hondureña, concuerda con el anterior enunciado el artículo 235.1 CPCH.

¹⁶¹ Definición de MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p 87. Comparte este criterio RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Ed. Atelier, Barcelona 2008, t. I, p. 604. Procesalmente, la notoriedad de un hecho deberá declararse durante la audiencia preliminar, habiéndola señalado la parte que por ella se vea beneficiada. Seguidamente, el juez deberá reconocer y admitir la notoriedad, excluyendo dicho hecho de los temas de prueba que se substanciarán durante el debate (arts. 281.4 LEC, 447 y 462 CPCH).

¹⁶² Puede darse el caso que los hechos considerados notorios para el juez de instancia no lo sean para el tribunal *ad quem*. En este supuesto el tribunal de alzada puede solicitar a las partes que aporten la prueba correspondiente para acreditar tales hechos. Al respecto expone MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria...*, cit., p. 45.

¹⁶³ De acuerdo con los autores ABEL LLUCH, J./ PICÓ I JUNOY, J. (coords.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2006, p. 116, la utilidad alude “a la relación de idoneidad del medio de prueba con referencia al hecho que se pretende probar, debiendo inadmitirse la prueba por este motivo cuando el medio no es adecuado para acreditar afirmaciones de hechos (...) o cuando el medio de prueba es superfluo, al haberse practicado antes...”. En el mismo sentido se expresa SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes...”, cit., p. 526; al decir que “la utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho. La inutilidad supondrá, por tanto, que el medio de prueba no resulta apto para probar el hecho que se pretende”.

Debido a la amplitud del término “utilidad”, algunos autores han propuesto otra expresión que nos parece más apropiada para designar este requisito probatorio: la *conducencia*¹⁶⁴. Entendido en sentido negativo, una prueba inconducente no nos lleva hacia el punto donde deseamos llegar, que es en este caso la comprobación de un hecho. Un medio de prueba es inconducente generalmente porque no se adecua al hecho que se quiere demostrar (criterio cualitativo) ya que es impropio para verificar esa afirmación. Sin embargo, puede también ser inconducente un medio que pretende probar algo que ha sido ya comprobado anterior y completamente por otro medio de prueba (criterio cuantitativo)¹⁶⁵.

Cabe mencionar que el criterio de utilidad corre el mismo riesgo que planteamos al hablar de la pertinencia: la dificultad que puede tener el juez para valorar *a priori* la conducencia de la prueba, más aún si desconoce los fines específicos de cada medio propuesto. Ante esta disyuntiva reafirmamos lo establecido anteriormente en el criterio de pertinencia; es decir, la posibilidad de que la parte sea oída para defender la utilidad de la prueba que ha propuesto, bien sea por iniciativa del juez o interponiendo el recurso de reposición (o formulando protesta, según proceda) si la prueba ha sido inadmitida por considerarse inútil. Además, siguiendo el criterio *pro probatione*, resulta más adecuada la admisión de la prueba de dudosa utilidad que la vulneración del derecho a

¹⁶⁴ La palabra “utilidad” se refiere, de forma genérica y etimológica, a la eficacia de la prueba; por lo cual las pruebas impertinentes, innecesarias, ilícitas, superfluas, imposibles, etc. también resultarán inútiles en la práctica, es decir, que no producirán los efectos deseados. En cambio, el término *inconducencia* (del latín *conductionis*, que significa llevar o guiar hacia algo) resalta la idea que el medio de prueba debe conducir el conocimiento del juez hacia la verificación de un hecho. Se refieren a la prueba útil como prueba conducente, entre otros, los siguientes autores: MUÑOZ SABATÉ, L. *Fundamentos de prueba judicial...* cit. p. 242; DE LA OLIVA SANTOS, A./ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./ VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2012, p. 114. Caso particular es la clasificación que realiza DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., vol. I, pp. 319 y ss. Este último autor separa los conceptos de conducencia (eficacia del medio para demostrar el hecho a que se refiere) y utilidad (conveniencia del medio, que “preste un servicio” y sea necesario).

¹⁶⁵ Sobre los aspectos cualitativos y cuantitativos de la utilidad probatoria se pronuncian MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit. p. 166 y 167; GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil...*, cit., p. 125; GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad...*, cit., pp. 102-107.

la prueba y el derecho a la defensa de las partes, resultante al excluir sin fundamento las pruebas que hayan sido por ellas propuestas¹⁶⁶.

D. RECURSOS CONTRA LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA

En la sustanciación de los procesos judiciales pueden surgir discrepancias sobre la realización de uno u otro acto procesal. Además, existe la posibilidad de que los litigantes estén en desacuerdo con las resoluciones emitidas por el órgano judicial, o incluso de que el juez realmente haya cometido un error al dictar la sentencia. En vista de ello, la Ley establece que las partes tienen derecho a recurrir las resoluciones que les afecten desfavorablemente (arts. 448 LEC y 690 CPCH). El sistema contempla así una serie de instrumentos que permiten a las partes solicitar, a un órgano judicial superior, la tutela de los derechos que consideren vulnerados en una instancia. Sin afán de agotar el tema, que será tratado en un capítulo posterior, veremos cuáles son los recursos ordinarios, extraordinarios y constitucionales de los cuales pueden valerse los litigantes cuando consideren que se ha lesionado su derecho a la prueba.

1. Recursos ordinarios

En primer lugar encontramos la *reposición*, a través de la cual se recurren las resoluciones interlocutorias (providencias y autos no definitivos) ante el mismo órgano judicial que las haya dictado, con el propósito de que las enmiende¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Explican ABEL LLUCH, J./ PICÓ I JUNOY, J. (coords.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, cit., p. 117; que antes de la práctica de la prueba, el órgano judicial no cuenta con los suficientes elementos para discernir con claridad si una prueba resultará útil. En ese sentido debe prohibirse la anticipación de la prueba (institución alemana *Verbot der Beweisantizipation*), es decir, la realización de juicios apriorísticos sobre la utilidad de la prueba. Respecto a la relación entre la utilidad de los medios de prueba y la posible indefensión de las partes, comenta GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad...*, cit., pp. 110 y 111; “los conceptos de utilidad e indefensión deben ser entendidos en el sentido de que los medios de prueba sean apropiados para obtener la convicción del juzgador con relación a los hechos concretos con la finalidad de aclarar la cuestión litigiosa, contribuyendo con decisiva influencia a la más segura investigación de la verdad, que justifican la necesidad de acogida de la prueba propuesta (...)”.

¹⁶⁷ El recurso de reposición se encuentra regulado en los artículos 451 al 454 bis LEC y 694 al 699 CPCH. Dicho recurso procede principalmente contra aspectos procesales, no contra cuestiones materiales relativas a la relación jurídica sustantiva, según nos recuerda CARRERAS MARAÑA, J. M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil. Módulo instruccional*, plan de capacitación continua de la

En materia probatoria, el recurso de reposición se utiliza, por ejemplo, ante la inadmisión de un medio de prueba que, a pesar de cumplir con todos los requisitos legales y constitucionales, ha sido denegado por el órgano judicial (arts. 285 LEC y 240.2 CPCH). Como hemos ya referido en un acápite anterior, en el juicio ordinario se interpone de forma oral, resolviéndose en el acto y, de ser desestimado, debe acompañarse de la respectiva protesta para poder hacer valer el derecho conculcado en la segunda instancia. En cambio, en el caso de la inadmisión de pruebas en el juicio verbal, la LEC solamente indica que se puede formular protesta (arts. 446 LEC)¹⁶⁸, mientras que el CPCH admite la reposición y posteriormente la protesta (593 CPCH). Otro supuesto probatorio importante para la utilización del recurso de reposición es aquel que se refiere al incidente de ilicitud probatoria (arts. 287.2 LEC y 237.4 CPCH).

Un segundo recurso ordinario es el de la *apelación*, que es de naturaleza devolutiva y procede contra las sentencias y autos definitivos. Se trata de un medio de impugnación que tiene por objeto la revocación de la resolución recurrida para que, a través del examen de las actuaciones realizadas y de la enmienda de la aplicación e interpretación de las normas sustantivas y adjetivas empleadas para resolver el caso, se dicte otra favorable al recurrente¹⁶⁹.

Escuela Judicial de Honduras, Santa Rosa de Copán, 2008, p. 38, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>.

¹⁶⁸ En los procesos verbales procede la protesta contra la inadmisión de pruebas o contra la admisión de pruebas ilícitas (art. 446 LEC). En este sentido, MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 1133-1135; MONTERO AROCA, J., “Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, no. 12, 2006, p. 95; SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil*, cit., t. II, pp. 448 y 449; CABEZAS GARCÍA, J., *El juicio verbal*, Ed. Civitas, Madrid 2002, pp. 83 y 84. Por otro lado, un sector de la doctrina ha indicado que en el proceso verbal convendría permitir la interposición del recurso de reposición. Esto se desprende de la interpretación de la misma LEC que, por un lado, hace remisión a las reglas del juicio ordinario, pero por el otro dice expresamente que se formulará protesta, sin aludir al recurso de reposición. En este sentido, MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 239 y 240; comentan que: “Lo dispuesto en la citada norma [art. 446 LEC] no impide, sin embargo, que pueda solicitarse en el acto la reconsideración y reposición de la resolución denegatoria, y ello (...) porque de este modo se facilita la revisión y corrección en el acto de un posible error de apreciación que se hubiere sufrido por el juez en cuanto a la utilidad o pertinencia de la prueba, remediándolo entonces, en lugar de diferir esa decisión y ese remedio para la segunda instancia”.

¹⁶⁹ El recurso de apelación se encuentra regulado en la legislación española en los artículos 455 al 467 LEC y en la hondureña por los artículos 705 al 715 CPCH. Si bien es cierto que el concepto de recurso de

Con relación a la tutela del derecho a la prueba, cobra especial interés la “apelación por infracción de normas o garantías procesales”, regulada en el artículo 459 LEC¹⁷⁰. Esta modalidad del recurso tiene por objetivo la subsanación del defecto producido, o bien la declaración de nulidad de las actuaciones¹⁷¹. De acuerdo con el citado artículo, deberá incluirse en el escrito de interposición la expresión de las normas que se consideran vulneradas, así como la alusión a la indefensión sufrida y la acreditación de la denuncia oportuna de la infracción en el momento en que se produjo.

El recurso de apelación contribuye a la tutela del derecho a la prueba en diversos casos. Puede impugnarse, entre otras cosas, la inadmisión de un instrumento probatorio que cumpliera los requisitos legales y constitucionales; la falta de práctica, ajena a la voluntad y diligencia del recurrente, de una prueba que fue admitida; la incorporación al proceso de una prueba ilícita; y con relación a la sentencia, la inadecuada valoración de las pruebas realizada por el tribunal *a quo* o las conclusiones erróneas que sobre dichas pruebas haya expresado en la sentencia a través de los hechos probados.

apelación no coincide siempre con el de doble instancia, puede observarse que, conforme a la normativa establecida por la LEC y el CPCH, lo que se regula es un recurso más cercano a la apelación limitada, ya que no se realiza un proceso completamente nuevo, sino que se revisan únicamente los aspectos impugnados por el apelante. Sin embargo, esta apelación limitada combina algunos elementos propios de la apelación plena (como la posibilidad de aportar nuevos hechos y nuevas pruebas, efectuándolo siempre dentro de los parámetros establecidos por la Ley). En este sentido, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 450-453; HOYA COROMINA, J., *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 82-84; ARAGONESES, P./ GISBERT, M., *La apelación en los procesos civiles*, 2ª ed., Ed. Thomson Civitas, Madrid 2008, pp. 101-104. Con relación a la legislación hondureña, comentan este aspecto CARRERAS MARAÑA, J.M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., pp. 51-52; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2012, pp. 151-153.

¹⁷⁰ La legislación hondureña, en cambio, no reconoce expresamente una “apelación por infracción de normas o garantías procesales”. Sin embargo, el CPCH establece que uno de los objetos del recurso de apelación es “la enmienda de la aplicación e interpretación (...) de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso” (art. 705.1 CPCH). Además, se refuerza la tutela del derecho a la prueba al indicarse que el recurso aludido “tiene como objeto la revisión tanto de los hechos dados como probados en la resolución recurrida, como de la valoración de la prueba” (art. 705.2 CPCH). Analizan el contenido del artículo 705 CPCH los autores CARRERAS MARAÑA, J.M. (coord.), *Código Procesal Civil comentado*, cit., pp. 863-865; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., p. 187

¹⁷¹ HOYA COROMINA, J., *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 88-91.

2. Recursos extraordinarios

Hasta ahora, hemos venido comparando simultáneamente la regulación de los recursos ordinarios en la LEC y en el CPCH. Sin embargo, en lo que se refiere a los medios de impugnación extraordinarios, consideramos que la existencia de diferencias sustanciales entre uno y otro ordenamiento nos obliga a separar el análisis de los recursos españoles y hondureños.

a) *Los recursos extraordinarios en España*

Encontramos en primer lugar el *recurso de casación*, cuyo objetivo se centra en la unificación y creación de jurisprudencia y a través del cual se logra corregir las infracciones de las normas materiales aplicables en la resolución del objeto del proceso¹⁷². Por ello, no será posible tutelar el derecho a la prueba a través de la casación, ya que ésta no abarca las infracciones de naturaleza procesal¹⁷³.

Así pues, las vulneraciones que se hayan realizado en materia probatoria han de impugnarse más bien a través del *recurso extraordinario por infracción procesal*¹⁷⁴.

¹⁷² MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 475-477. De acuerdo con estos autores, el recurso de casación también se distingue por otras notas como su carácter público, el acceso restringido, un ámbito objetivo confinado y legalmente limitado y una competencia a favor de un tribunal situado en la cima de la organización judicial. En este sentido, se pronuncian sobre los caracteres del recurso de casación ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 257; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit., pp. 633-636.

¹⁷³ El recurso de casación se encuentra regulado en los artículos 477 al 489 LEC, que deben ser interpretados a la luz de la Disposición Final decimosexta (DF 16ª) de la misma Ley y del Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS, de 30 de diciembre de 2011 (titulado “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”). Según esta regulación, son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siempre y cuando en la resolución impugnada concurra uno de los requisitos de artículo 477.2 LEC. Con relación a los supuestos en que cabe interponer el recurso de casación exponen MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 368-497; SALAS CARCELLER, A., *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 57-59.

¹⁷⁴ De acuerdo con la concepción inicial de la LEC, la decisión del recurso extraordinario por infracción procesal sería competencia de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468 LEC). Sin embargo, para ello era indispensable que se reformara el artículo 73 LOPJ y se concediera a los TSJ dicha potestad. Mientras se producía la reforma, la DF 16ª de la LEC estableció que, de manera transitoria, sería competente para conocer del recurso la Sala de lo Civil del TS. Este régimen sigue vigente hoy en día,

Como bien lo indica su nombre, este recurso devolutivo tiene un carácter y un contenido puramente procesal: su objetivo es denunciar la infracción de presupuestos, normas, garantías y derechos fundamentales de este tipo. A través de dicho medio se impugnan las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia y se solicita el examen de la aplicación y observancia de las normas y garantías procesales, con el propósito de que se anule la sentencia recurrida y se reponga las actuaciones al momento previo a la producción de la infracción¹⁷⁵.

Por su naturaleza extraordinaria, este recurso no puede plantearse contra la generalidad de las resoluciones, como sucede con la apelación, sino que procede únicamente por los motivos expresamente consignados en la Ley (art. 469.1 LEC), entre los cuales se incluye la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE. Sin perjuicio de retomar el análisis de este recurso en un capítulo posterior, podemos indicar que permitirá impugnar vulneraciones relativas a la prueba, por ejemplo, si hay errores en la motivación fáctica de la sentencia, si se han aplicado erróneamente las reglas sobre la carga o la valoración de la prueba, si en el fallo se ha tomado en consideración alguna prueba ilícita o si durante el proceso se causó indefensión a la parte¹⁷⁶.

más de quince años después de la entrada en vigor de la LEC. Así, tal y como sucede con el recurso de casación, la operatividad del recurso por infracción procesal se rige en la actualidad no sólo por los correspondientes artículos de la LEC (arts. 468 al 476 LEC), sino que también por la DF 16ª LEC, que a su vez debe interpretarse a la luz del Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS, de 30 de diciembre de 2011. MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 470-472; ESTIVAL ALONSO, L., “El controvertido recurso extraordinario por infracción procesal”, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 19, no. 2, 2007, p. 214

¹⁷⁵ De acuerdo con MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil...*, cit., pp. 39-42. Resaltan los autores que este recurso cumple una función pública ya que “trasciende del concreto interés de los litigantes, pues con él se pretende procurar la seguridad jurídica y asegurar el cumplimiento de las normas que rigen los actos y garantías del proceso”. Sobre los caracteres del recurso extraordinario por infracción procesal exponen SIERRA GIL DE LA CUESTA, I./ PÉREZ LÓPEZ, E./ ORTÉU CEBRIÁN, F., *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Ed. Bosch, Barcelona 2002, p. 19; SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil*, cit., t. II, p. 595.

¹⁷⁶ Según nos indica el TS, podrá interponerse este recurso por la vulneración de las normas sobre la valoración tasada de la prueba y también cuando en la valoración se aprecie un “error ostensible o notorio” (STS 518/2011 de 30 de junio [RJ 2011\5845]), algún “criterio desorbitado o irracional” (STS 58/2010 de 19 de febrero [RJ 2010\1287]) o unas “conclusiones absurdas” (STS 778/2011 de 26 de octubre [RJ 2012\1123]). En este sentido, SALAS CARCELLER, A., *Práctica procesal civil de los*

Por otro lado, las partes podrían interponer también el *incidente excepcional de nulidad de actuaciones*, que se encuentra regulado en los artículos 228 LEC y 241 LOPJ. A través de este mecanismo, se permite excepcionalmente a las partes –o a quien hubiera debido serlo– solicitar la nulidad de una resolución firme por considerar que en el proceso se ha vulnerado algún derecho fundamental, siempre y cuando el motivo de nulidad no se hubiese podido alegar antes de que se dictara la sentencia que puso fin al proceso. Ahora bien, se exigirá a la parte que haya interpuesto el incidente que acredite el no haber podido denunciar el defecto durante el proceso o los recursos. Resta indicar que, en aquellos casos en que se haya vulnerado el derecho a la prueba, se tomará en cuenta la relevancia de la prueba en cuestión, de forma que, para estimar el incidente de nulidad, hace falta que la parte haya padecido una indefensión material¹⁷⁷.

b) Los recursos extraordinarios en Honduras

En el ordenamiento hondureño encontramos un solo mecanismo de tutela extraordinaria para velar por la eficacia del ejercicio del derecho a la prueba, éste es el recurso de *casación*, que abarca tanto infracciones procesales como materiales. Al igual que en España, en Honduras el recurso de casación cumple con una doble finalidad: la protección del *ius litigatoris* y del *ius constitutionis*¹⁷⁸. De acuerdo con el CPCH, son recurribles en casación aquellas resoluciones que pongan fin a los procesos en segunda

recursos de casación..., cit., pp. 75-78. En todo caso, debe tratarse de un vicio grave en la valoración realizada en la sentencia recurrida. Conforme al Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS, de 30 de diciembre de 2011: “La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental”.

¹⁷⁷ De acuerdo con el ATS, Sala Primera, de 31 de enero de 2012, el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones “exige acreditar no haber podido denunciar el defecto (art. 228.1 LEC) y haber padecido una indefensión material, que, recordemos, el Tribunal Constitucional excluye cuando la alegada indefensión se ha debido a pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representen o defiendan (SSTC 112/93, 364/93, 158/94, 262/94, 18/96, 137/96, 99/97 y 140/97)”.

¹⁷⁸ Esto significa que protege los derechos de las partes y también el derecho objetivo del Estado. Exponen al respecto CARRERAS MARAÑA, J.M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., pp. 149-152; MORENO CATENA, V./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ GUZMÁN FLUJA, V./ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Explicación instructiva del nuevo Código Procesal Civil de Honduras*, USAID/ Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras, Tegucigalpa 2007, pp. 71 y 72.

instancia, siempre que sean dictadas por las Cortes de Apelaciones y como resultado de un proceso ordinario¹⁷⁹. El órgano competente para conocer este recurso será la Sala de lo Civil de la CSJH (art. 718 CPCH).

Los motivos que permiten interponer este recurso están regulados en el artículo 719 CPCH y, en materia probatoria, incluyen los actos y garantías procesales que hayan producido nulidad o indefensión y las infracciones relativas a la forma y el contenido de la sentencia. En este sentido, es posible recurrir situaciones como la violación de los principios de contradicción o inmediación, la admisión extemporánea de documentos, la admisión de pruebas ilícitas, la denegación indebida de un medio de prueba o su práctica viciosa¹⁸⁰.

Como hemos indicado, se podrá recurrir por la vulneración de las normas que regulan la forma y contenido de la sentencia. Sin embargo, no se podrán revisar los hechos ni la interpretación y valoración de las pruebas contenidas en la sentencia impugnada (art. 720.1 CPCH), sino que solamente se podrá verificar la existencia de una motivación fáctica suficiente, razonada y lógica, siempre que el aspecto controvertido sea determinante para el fallo (art. 720.2 CPCH). Con ello se pone de relieve el carácter extraordinario de este recurso, que está circunscrito a una serie de motivos tasados y que no debe convertirse en una tercera instancia del litigio¹⁸¹.

¹⁷⁹ Entonces, quedan excluidas del ámbito casacional las sentencias de apelación dictadas por los jueces de letras (art. 706.1 CPCH) y las que sean producto de un proceso abreviado. En este sentido, CARRERAS MARAÑA, J.M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., p. 156 y 157. Además, serán recurribles en casación aquellas otras sentencias que establezca la Ley. Por ello, son recurribles en casación, a pesar de sustanciarse por los trámites del procedimiento abreviado, aquellas sentencias que se dicten en los procesos de divorcio y nulidad matrimonial (art. 654 CPCH) y las que resulten de los procesos de tutela sumaria (art. 688.3 CPCH).

¹⁸⁰ Así lo indica CARRERAS MARAÑA, J.M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., p. 165.

¹⁸¹ En este sentido, indican MORENO CATENA, V./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ GUZMÁN FLUJA, V./ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Explicación instructiva...*, cit., p. 72, que: "... el recurso de casación se regula como un recurso en derecho, un recurso para revisar únicamente cuestiones de derecho. Se excluye tajantemente del ámbito de la casación la posibilidad de que puedan revisarse, ni siquiera de forma limitada, la fijación de los hechos y la valoración de la prueba resultante de la primera y segunda instancia (art. 720). La casación no es una tercera instancia y sólo puede dar lugar a una revisión del juicio de derecho efectuado en las dos instancias, pero nunca a la revisión del juicio de hecho, que deviene intocable una vez formulada la sentencia de apelación. Sin embargo, desde el momento en que es

3. Recurso de amparo

Recogido en el artículo 53.2 CE encontramos el recurso de *amparo constitucional*, cuyo objetivo consiste en restablecer o preservar los derechos o libertades que se estimen vulnerados. A través de este recurso, que goza de una naturaleza extraordinaria y supletoria¹⁸², se logra proteger los derechos fundamentales de las personas (función subjetiva) y se alcanza la interpretación y defensa de la Constitución (función objetiva)¹⁸³. El recurso de amparo se encuentra regulado asimismo en los artículos 41 al 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

De acuerdo con la LOTIC, la demanda de amparo deberá interponerse contra la vulneración de un derecho o libertad fundamental causada por un poder público (art. 41 LOTIC). Será indispensable que la demanda exponga de forma clara y concisa los hechos que determinan la infracción alegada y también que se precise cuáles son los preceptos constitucionales infringidos (art. 49.1 LOTIC). Así mismo, se deberá justificar la especial trascendencia constitucional del recurso formulado.

Para recurrir en amparo la vulneración del derecho a la prueba, no sólo será necesario cumplir los requisitos establecidos en el artículo 44 LOTIC¹⁸⁴, sino que también habrá que reunir ciertas exigencias establecidas por la jurisprudencia del TC. Será necesario que a la parte se le haya causado una efectiva indefensión, sin embargo se ha de tener en cuenta que “no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma

posible distinguir lo que es la decisión sobre el juicio de hecho de lo que es la justificación o motivación de dicha decisión, la casación permite al amparo de art. 720.2 efectuar un control de la motivación fáctica de la resolución siempre que éste fuera determinante de un sentido diferente del fallo. Este control no puede conducir a cambiar la decisión sobre el juicio de hecho sino a establecer si existe una justificación o motivación suficiente y que responda a las reglas de la razón y de la lógica”.

¹⁸² SISO OLIVER, A./ SISO MUNTAÑOLA, G. M., “El derecho a la prueba en el proceso civil...”, cit., p. 1570.

¹⁸³ MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos...* (1ª ed.), cit., pp. 1239-1242.

¹⁸⁴ Véase CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIEDO, J. M., “Requisitos generales de admisión del recurso de amparo”, en *Diario La Ley*, no. 7838, 2012, disponible en www.diariolaley.es; así como GONZÁLEZ RIVAS, J. J., “El recurso de amparo constitucional. Examen de los requisitos procesales en la aplicación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1-3, 2003, pp. 276 y 277.

indefensión material constitucionalmente relevante” (STC 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003\133]).

“En concreto, para que se produzca [la] violación [del derecho fundamental a la prueba], ha exigido reiteradamente este Tribunal que concurren dos circunstancias: a) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas); y, b) la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)”¹⁸⁵.

Por otro lado, en la legislación hondureña el recurso de amparo se encuentra regulado tanto en la Constitución de la República (art. 183 CRH) como en la Ley Sobre Justicia Constitucional (arts. 41 al 73 LJCH)¹⁸⁶. La finalidad de este recurso, planteada originalmente como la tutela de los derechos consignados en la Constitución¹⁸⁷, se ha extendido para abarcar también aquellos derechos que, como el derecho a la prueba, se encuentran recogidos en los tratados, convenios e instrumentos internacionales suscritos por Honduras (art. 41 LJCH).

¹⁸⁵ De acuerdo con la STC 133/2003, de 30 de junio (RTC 2003\133). Continúa diciendo que: “Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y práctica de la prueba objeto de la controversia habría podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso - comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3; y 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3, por todas)”.

¹⁸⁶ Analiza esta norma BREWER-CARIAS, A., *Ley sobre Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2012.

¹⁸⁷ A diferencia de la CE, que limita el recurso de amparo a aquellos derechos considerados fundamentales, la CRH permite tutelar en amparo la totalidad de los derechos y de las garantías que en ella se consignan. Por tanto, el amparo no incluye solamente los derechos individuales, sino que también los derechos sociales. En este sentido, GÓMEZ BUESO, F. D., “El derecho de amparo en Honduras conforme a la nueva Ley Sobre Justicia Constitucional”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, no. 12, 2006, p. 196.

En la LJCH se establece cuáles son las condiciones para la admisibilidad del recurso de amparo (art. 46 LJCH). Entre otras cosas, se requiere que, previo a interponer el amparo, se hayan agotado todos los demás recursos disponibles. Así lo reitera cuando expresa que “es inadmisibile el recurso de amparo (...) en los asuntos judiciales puramente civiles, con respecto a las partes que intervengan o hubieren intervenido en ellos y a los terceros que tuvieren expeditos recursos o acciones legales en el mismo juicio...” (art. 46.7 LJCH). La Ley indica además una serie de circunstancias en las que resultará inadmisibile el recurso de amparo¹⁸⁸.

¹⁸⁸ En este sentido, no se admitirá el amparo: a) cuando se alega una violación de mera legalidad; b) cuando se interponga contra una resolución dictada en otro juicio de amparo; c) cuando no se haya ejercitado, dentro de los términos legales correspondientes, los recursos o acciones orientados a reparar la infracción del derecho; d) cuando la acción de amparo se ejerza fuera del plazo establecido; e) cuando se constate que la acción tiene por objeto la dilación del proceso.

SEGUNDA PARTE.
LA PRUEBA ILÍCITA
EN EL PROCESO CIVIL

CAPÍTULO II.

LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA DENTRO DEL PROCESO CIVIL

I. NOCIONES PRELIMINARES DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

A. NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Durante este último siglo, la comunidad jurídica internacional ha identificado y consolidado la figura de la prueba ilícita como un mecanismo procesal cuya función es garantizar, durante la etapa de obtención de la prueba, el respeto a los más fundamentales derechos humanos. En este sentido, tanto el derecho positivo, como la jurisprudencia y la doctrina, se han encargado del análisis, el desarrollo y la regulación de la prueba ilícita, habiendo logrado identificar su naturaleza, su función y sus efectos.

Sin embargo, al estudiar el tema, nos hemos encontrado con matizaciones que no dejan de ser importantes, ya que influyen finalmente en la aplicación práctica de la prueba ilícita y, por consiguiente, repercuten en la constitucionalidad del proceso. Estas variaciones terminológicas y conceptuales surgen tanto en la esfera nacional como en el ámbito internacional y se deben a una multiplicidad de factores pertenecientes al contexto jurídico, histórico y social en el cual se estudia y aplica el concepto de las prohibiciones probatorias.

Por ello, deseamos coadyuvar en la delimitación de los contornos del concepto de “prueba ilícita” y en el esclarecimiento de algunos aspectos que todavía parecen plantear dudas innecesariamente. Por otro lado, quisiéramos resaltar otros aspectos que creemos que merecen mayor atención por parte de la comunidad científica y que, en ocasiones, han pasado casi desapercibidos. Para lograr este propósito, hemos sistematizado los elementos que consideramos esenciales para la conformación del concepto de prueba ilícita, apuntando la función que cada uno de ellos desempeña como factor de una ecuación común.

Además, deseamos aclarar que no es posible señalar un único concepto de prueba ilícita que sea universalmente válido, ya que la comunidad jurídica de cada Estado determina la operatividad de esta figura. No obstante, existen denominadores comunes consignados en tratados y convenios de aplicación internacional que constituyen las bases de las prohibiciones probatorias en el Derecho Comparado, estos son el derecho al proceso debido y el respeto a los derechos humanos. Partiendo de estas premisas, estudiaremos la configuración del concepto de la prueba ilícita en los dos países que son objeto de esta investigación, España y Honduras, enfocándonos particularmente en la esfera procesal civil y enriqueciendo algunos aspectos con la experiencia forjada en el proceso penal.

B. ANÁLISIS TERMINOLÓGICO PRELIMINAR

1. Origen jurídico e histórico del uso de los términos “prueba prohibida” y “prueba ilícita”

Habiendo explicado en el capítulo anterior qué es la prueba, procederemos ahora a realizar un análisis de lo que, a primera vista, podría entenderse por prueba “prohibida” o “ilícita”; identificando también el origen del uso de estas expresiones y la forma en que fueron incorporadas al sistema jurídico español y posteriormente al hondureño.

En primer lugar, debemos referir que la palabra “prohibido” deriva del término latín *prohibēre* y se refiere a aquello que está vedado o impedido en cuanto a su uso o ejecución. Jurídicamente, la prohibición se refiere a los imperativos negativos que proscriben un comportamiento, ya sea éste una acción o una omisión. Se trata de normas de *ius cogens* que no suelen estar redactadas directamente en forma de prohibición, sino que más bien excluyen la posibilidad de realizar una conducta al imponer una sanción al infractor¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Así lo describe GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al estudio del Derecho*, 52ª ed., Ed. Porrúa, México D.F. 2001, pp. 90-91 y en términos similares LLEDÓ YAGÜE, F./ ZORRILLA RUIZ, M.M., *Teoría General del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid 1998, pp. 254-255. En este sentido, hace referencia a las prohibiciones legales la CRH al indicar en el artículo 70 que a nadie se le puede impedir que ejecute aquello que la ley no prohíbe.

En segundo lugar, el vocablo “ilícito”, derivado de la voz latina *illicitus*, se refiere a aquéllo que no está permitido legal o moralmente. El Derecho Civil hace alusión a este concepto para indicar que, tanto los actos jurídicos como los contratos deben de tener fines y objetos lícitos, que la realización de un acto ilícito genera obligaciones y, además, que una importante consecuencia de la ilicitud puede ser la nulidad¹⁹⁰.

En España, la incorporación histórica de la prueba ilícita, como figura procesal, se realizó a través de la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114). En esa ocasión, el TC resolvió un recurso de amparo en el cual el recurrente alegaba la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y de su derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), basándose en la utilización de una grabación fonográfica que había servido de base para su despido laboral y para las sentencias que posteriormente lo ratificaron. La sentencia del TC, que denegó el amparo, desarrolló a través de su fundamentación jurídica una amplia y sólida argumentación que implicó la introducción jurisprudencial al sistema jurídico español de la prohibición de utilizar procesalmente las pruebas que hubiesen sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Un año después, dicha prohibición fue reconocida legalmente en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Debido a que la STC 114/1984 constituía su primer acercamiento a la prueba ilícita, el TC acudió al Derecho Comparado para poder enriquecer la fundamentación de dicha sentencia, indicando de forma expresa cuál fue la jurisprudencia que se tomó en cuenta como antecedente para estructurar la teoría que desarrolló. En este sentido, el

¹⁹⁰ Con relación a la ilicitud se pronuncian los artículos 6.3, 1089, 1275 y 1305 del CC, entre otros. En la legislación hondureña se consigna en los artículos 9, 1346, 1564 y 1565 del CCH. Por condiciones ilícitas o inmorales se entiende aquellas “contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, que tienden a promover un comportamiento contrario a la ética o al derecho, y que se sancionan con su nulidad por ser contrarias al derecho como normativa social y controlador de la autonomía de la voluntad”; Diccionario jurídico de la base de datos *El Derecho*, EDI 3356/1625. Sin embargo, esta forma de comprender la ilicitud resulta demasiado amplia ya que refiere conceptos dispares y con múltiples significados; SABORIDO SÁNCHEZ, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 120-122.

Tribunal se remitió a la experiencia italiana, francesa, estadounidense y también a algún caso resuelto por el TEDH (caso Malone, sentencia del 2 de agosto de 1984 [TEDH 1984\1]).

En cuanto a la denominación de la figura en cuestión, la sentencia aludida utilizó aleatoriamente expresiones como “instrumento ilegítimamente adquirido”, “prueba ilícitamente obtenida”, “pruebas de posible origen antijurídico”, “prueba tachada de ilegítima”, “instrumentos probatorios con causa ilícita”, “obtención inconstitucional de una prueba” y “prueba ilícita”; refiriéndose a ésta última únicamente una vez en su fundamento jurídico segundo -obsérvese que en ningún momento la sentencia se expresó en términos de “prueba prohibida”-. Finalmente, tanto la STC 114/1984 (fundamento jurídico cuarto) como la LOPJ (art. 11.1) se decantaron por utilizar una expresión más precisa en cuanto a delimitación conceptual, refiriéndose a esta figura procesal como “prueba obtenida violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Otro aspecto importante en el análisis de la terminología utilizada por esta STC, es que a su vez nos remite a la jurisprudencia de Estados Unidos e Italia. En la doctrina norteamericana ya se hablaba de la *exclusionary rule* desde 1914 a raíz del caso *Weeks v. United States*¹⁹¹. Desde entonces, la jurisprudencia norteamericana continuó desarrollando distintas teorías sobre la *illegally obtained evidence* que tendrían una importante repercusión en el derecho español. En Italia, en cambio, se introdujo durante la década de los 70, el principio del cual se desprendería posteriormente la denominada

¹⁹¹ El desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión en Estados Unidos se expondrá con mayor amplitud en un capítulo posterior. Algunos de los autores que recopilan dicha evolución son SALAS CALERO, L., “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias”, en GOMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 467-500; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona 2011, pp. 29-34; DÍAZ CABIALE, J.A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid 2001, pp. 76-79; FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1LOPJ*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, pp. 107-216; THAMAN, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Ed. Springer, Nueva York 2013, pp. 3 y ss.

prova illecita, a través de la sentencia 34/1973 de 6 de abril, dictada por la *Corte Costituzionale italiana*¹⁹².

Por otra parte, la expresión “prueba prohibida” se deriva de las teorías alemanas sobre las “prohibiciones probatorias” (*Beweisverbote*) que, como se verá más adelante, se asemejan a nuestra prueba prohibida pero no son conceptualmente equivalentes¹⁹³. En Alemania, fue Beling quien acuñó el término de “prohibiciones probatorias” a principios del Siglo XX¹⁹⁴. Gracias a los estudios de Derecho Comparado, la doctrina española paulatinamente fue incorporando y adoptando la denominación de “prueba prohibida”¹⁹⁵.

¹⁹² Establece dicha sentencia que “las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas”. Con relación al tratamiento de la prueba ilícita en Italia, CHIAVARIO, M., “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas” en GOMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 361-401; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 42-45; THAMAN, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, cit., pp. 235 y ss.

¹⁹³ La doctrina alemana expone ampliamente los distintos tipos de prohibiciones probatorias, agrupándolas de diversas formas según el objeto sobre el que recae la prohibición, que bien podría ser el tema investigado, los métodos de investigación, el medio de prueba en sí mismo, la forma de incorporar dicho medio al proceso, la producción de sus efectos o su valoración por parte del órgano judicial. En este sentido, AMBOS, K., “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 325-360; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán: Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, pp. 133-138; ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal* (traducción de la 25ª ed. alemana), Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, pp. 188-207.

¹⁹⁴ BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Ed. Schletter, Breslau 1903. Expresa GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., p. 133, que “No sólo en español, también la denominación alemana (*Beweisverbote*) es considerada incorrecta, por lo menos no propiciadora de unidad terminológica (...). En realidad (...) es un nombre cómodo y gráfico para designar aquellos supuestos en los que la prueba es inadmisibile (ilícita en terminología italiana), es decir, no se puede practicar, o en los que sus resultados no pueden tener aplicación, ser aprovechados en el proceso. En cualquier caso, el término “prueba prohibida” es una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea dichos términos siempre en plural, se refiere siempre a ‘prohibiciones’ de pruebas, dado que existen varios supuestos y no uno sólo”.

¹⁹⁵ Previo a la STC 114/1984 de 29 de noviembre (RTC 1984\114), la doctrina jurídica española ya había analizado el tema de las prohibiciones probatorias, partiendo de la experiencia alemana, principalmente, pero también de la italiana y norteamericana, como podemos constatar en las obras de SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, tomo I, pp. 69-70; MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca 1977, pp. 196-203; DE MARINO, R., “Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en *Primeras*

2. Uso actual y connotaciones de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”

Si nos detuviéramos a considerar la aplicación de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita” en su sentido literal, veríamos que estos términos son demasiado ambiguos, ya que podrían referirse a cualquier contravención del ordenamiento positivo (ordinario y constitucional) que aconteciera durante el desarrollo del procedimiento probatorio. Aunado a ello, existe también una amplia variedad de voces que han sido utilizadas para designar esta figura¹⁹⁶, lo cual ha llevado a la doctrina a reconocer que la unificación terminológica en el estudio de la prueba ilícita es un aspecto problemático¹⁹⁷, más aún cuando las divergencias pasan del ámbito formal al conceptual.

A raíz de estas consideraciones, hemos analizado la forma en que distintos autores aplican los términos “prueba prohibida” y “prueba ilícita”, con el objetivo de identificar la tendencia que actualmente predomina entre la doctrina española. En todo caso, debemos partir de una premisa que ha sido ya aceptada de forma unánime: la distinción entre aquella prueba en cuyo origen se ha vulnerado un derecho fundamental y aquella otra que surge del quebrantamiento de la legalidad ordinaria. En este sentido,

Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo (Secretaría Técnica), Madrid 1983, pp. 613-620.

¹⁹⁶ Por ejemplo, la jurisprudencia se refiere a “prueba obtenida violando un derecho o una libertad fundamental” (STC 64/1986, de 21 de mayo [RTC 1986\64]), prueba de “procedencia constitucionalmente ilícita” (STC 85/1994, de 14 de marzo [RTC 1994\85]), “prohibición absoluta de valoración de las pruebas” (STC 86/1995, de 6 de junio [RTC 1995\86]), “ilegitimidad constitucional” de la prueba (STC 81/1998 de 2 de abril [RTC 1998\81]), “ilicitud de la fuente de prueba” (STS, sala 1ª, no. 386/2007 de 29 de marzo [RJ 2007\1760]), “material probatorio obtenido ilícitamente” (STS, sala 1ª, no. 175/2010 de 8 de abril [RJ 2010\3529]), e “ilegalidad de la obtención” de la prueba (STS, sala 1ª, no. 278/2011 de 28 abril [RJ 2011\3722]).

¹⁹⁷ Comentan el problema terminológico en el estudio de la prueba ilícita LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, Madrid 1989, p. 82-83; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., p. 338; ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid 1989, pp. 75-77; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, 6ª ed., Ed. Aranzadi/ Thomson Reuters, Navarra 2012, pp. 75-77; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 17-19; BAYARRI GARCÍA, C. E., “La prueba ilícita y sus efectos”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, no. XXIX, CGPJ, Madrid 1993, p. 424.

la discusión radica en qué nombre debe asignarse a uno u otro tipo de prueba. Así, procedemos a identificar el tratamiento que los distintos sectores de la doctrina española han concedido a las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita”, apuntando las matizaciones y los usos específicos que se han asociado a cada una de ellas.

En un primer bloque de la doctrina, podemos agrupar a los autores que se decantan por el uso exclusivo de uno u otro término; es decir, que el autor utiliza una de las dos expresiones para referirse a la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. Estos autores no suelen entrar en discusiones terminológicas, sino que se centran directamente en los aspectos de fondo, ya sean constitucionales o procesales. Este sector de la doctrina no apunta ninguna diferencia entre la prueba prohibida y la prueba ilícita, sino que se atiene a la nulidad absoluta de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y señala un tratamiento distinto para las pruebas que infringen la legalidad infraconstitucional¹⁹⁸.

Por el contrario, a diferencia del bloque anterior que utiliza los términos prueba prohibida y prueba ilícita de forma excluyente, un segundo sector de la doctrina opta por utilizar ambas expresiones como sinónimos. Estos autores alternan en sus estudios entre el uso de una u otra expresión, dejándonos entender que ambas se refieren a una misma figura: la prueba en cuyo origen se lesión algún derecho fundamental¹⁹⁹.

Un tercer bloque de la doctrina, ha preferido el uso exclusivo del término “prueba ilícita”, pero ha indicado que esta expresión puede ser entendida tanto en un

¹⁹⁸ Entre los autores que se decantan por el uso de “prueba prohibida” podemos citar a GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 107-115; ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pp. 75-77. Por el contrario, prefieren la expresión de “prueba ilícita” DÍAZ CABIALE, J.A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 22; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 47; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba,” en CORDÓN MORENO, F./ MUERZA ESPARZA, J./ ARMENTA DEU, T./ TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra 2001, vol. I, p. 1025.

¹⁹⁹ En este grupo podemos ubicar a MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 188. Por otro lado, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 82-85, señala que, si bien le parece más apropiado el término “prueba prohibida”, utiliza en su obra ambas expresiones indistintamente.

sentido amplio como en un sentido estricto. La primera concepción se referiría a cualquier prueba que contravenga una disposición legal, ya sea de índole constitucional u ordinaria, mientras que la segunda se refiere a la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental. Tras realizar esta aclaración, los autores de este grupo suelen adoptar la expresión de “prueba ilícita” en el sentido estricto para referirse a la figura cuyo estudio nos ocupa²⁰⁰.

Un cuarto grupo de la doctrina es aquel que señala que la prueba prohibida y la prueba ilícita son dos figuras conceptualmente distintas: la primera vulnera derechos fundamentales y la segunda infringe garantías procesales legales²⁰¹. La particularidad de

²⁰⁰ En este bloque encontramos autores como PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 3-4, 2005, pp. 61-65; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 17-27; PÉREZ CEBADERA, M. A., “La prueba ilícita en el proceso civil”, en *El Derecho: Revista de Jurisprudencia*, año VII, no. 1, junio 2011, p. 1; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 78-79; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita en el proceso civil. Supuestos en que puede ser planteada por la parte y resolución”, en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, Vol. 7, Núm. 76, Noviembre 2010, pp. 19-20; ÁLVAREZ ALARCÓN, A./ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J./ RODRÍGUEZ TIRADO, A./ SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Civil I*, Ed. Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela 2007, t. I, pp. 293-296. Especial matización del concepto de prueba ilícita realizan DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 75-77, al indicar que usan el término de “prueba ilícita” en un sentido amplio, es decir, refiriéndose a prueba obtenida o practicada con violación de normas constitucionales u ordinarias siempre y cuando se vea vulnerado un derecho fundamental. En este sentido, explican estos últimos autores que “no es lo esencial, por tanto, que se trate de una infracción constitucional o infraconstitucional (...) porque la vulneración de un derecho fundamental, siempre conectado para tener trascendencia procesal al artículo 24 CE, no se produce siempre sobre el ‘núcleo fundamental’ del mismo sino, la mayoría de las veces, a través de su desarrollo legal...”.

²⁰¹ Realiza una distinción de fondo entre prueba prohibida y prueba ilícita MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 103-106; así como GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, cit., t. IV, p. 118. Apunta también esta diferenciación PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las ocho sentencias más importantes de la jurisprudencia española en materia de prueba prohibida: un breve comentario”, en Gómez Colomer, J.L. (coord.)/ Donna, E. A. (dir.), *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2010, pp. 125-126; para quién la expresión prueba prohibida se refiere a “aquellas pruebas que se obtienen vulnerando los derechos fundamentales” y a las cuales se debe aplicar la sanción del artículo 11.1 LOPJ. La prueba ilícita sería, en cambio, aquella que vulnera “los requisitos legalmente exigidos para ella, de forma que, cuando dicha infracción no supone una vulneración de los derechos fundamentales, esta prueba sí que puede, dentro de los límites legales, ser tomada en consideración”. Encontramos en esta última exposición un punto de encuentro entre el sector de la doctrina que distingue materialmente la prueba prohibida de la ilícita y aquel otro sector que indica que la prueba ilícita se puede entender en sentido amplio o estricto. En uno u otro caso,

esta clasificación es que utiliza ambos términos, pero para designar figuras materialmente distintas. Sin embargo, somos de la opinión que esta clasificación sólo nos reconduce al debate terminológico, ya que en el fondo nos encontramos ante la diferenciación clásica entre la afectación o no de derechos fundamentales. En este sentido, la separación que estos autores realizan entre prueba prohibida y prueba ilícita, es la misma diferenciación que hace el resto de la doctrina entre la prueba prohibida o ilícita y la prueba ilegal o irregular.

Finalmente, encontramos un quinto bloque de la doctrina que, posiblemente insatisfecho por la problemática terminológica que plantean las expresiones típicamente utilizadas, optan por referirse en otros términos a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. De esta manera, se ha llegado a hablar de “ilicitud de las fuentes de prueba”, “prohibiciones probatorias” o sencilla y literalmente “prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”²⁰².

A nuestro parecer, el uso de las expresiones “prueba prohibida” y “prueba ilícita” se ha extendido por dos motivos básicos; en primer lugar, porque la jurisprudencia ha recurrido constantemente a los conceptos de *prohibiciones probatorias* y de *ilicitud de la prueba* y, en segundo, por la operatividad de dichos términos. Además, comprendemos que ambas expresiones son correctas y que, en la actualidad, la mayoría de la doctrina las utiliza para referirse a la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental. Sin bien es cierto que cada autor puede elegir entre el uso de una u otra expresión, en el fondo viene a tratarse de una misma figura y, por el contrario, las pruebas que vulneran la legalidad ordinaria suelen llamarse “ilegales” o “irregulares”, según constataremos en un apartado posterior.

En este sentido, nosotros utilizamos los términos “prueba prohibida” y “prueba ilícita” de manera indistinta para designar la prueba obtenida con vulneración de

como hemos señalado, las consecuencias procesales se determinarán por la existencia de la violación de un derecho fundamental.

²⁰² Respectivamente, nos referimos a MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 167-169; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., p. 338; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 43-51.

derechos fundamentales y cuyo efecto procesal es la ineficacia total. A las demás pruebas, afectadas por otra clase de vicios y que conllevan consecuencias procesales distintas a la *inutilizabilidad*, las identificaremos como pruebas ilegales o irregulares.

II. LOS ELEMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

Habiendo señalado que existen distintas opiniones sobre la prueba ilícita o prohibida, deseamos extraer, de forma preliminar, un concepto básico general que nos sirva como referencia o punto de partida para realizar las distintas reflexiones que a lo largo de este capítulo desarrollaremos. Con este objetivo acudiremos a la definición legal que en España se ha dado a la prueba ilícita a través del artículo 11.1 LOPJ, el cual establece que: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Por consiguiente, al amparo de este artículo se puede establecer que *la prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida, directa o indirectamente, violentando un derecho o libertad fundamental y que, por tanto, no puede surtir efecto.*

Para analizar dicho concepto de forma metódica y estructurada, hemos identificado los distintos elementos que componen la prueba ilícita. Estos elementos son aspectos diversos que al unirse nos permiten reconocer la existencia de una prueba prohibida o ilícita y que, además, nos facilitan el estudio de dicha figura en el Derecho Comparado²⁰³. En este sentido, al analizar cómo cada país ha configurado los distintos elementos, podremos comprender qué es y qué tratamiento recibe la prueba ilícita en ese lugar. En general, se puede sintetizar los elementos de la prueba ilícita de la siguiente forma²⁰⁴:

²⁰³ Para individualizar estos elementos, hemos partido del modelo planteado por ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 67-102; quien se refiere a la existencia de: a) el elemento temporal, b) el elemento subjetivo y c) el elemento normativo. Nosotros, sin embargo, replanteamos este último, orientándolo hacia la infracción que origina la prueba ilícita y no particularmente al tipo de norma vulnerada, como la hace la citada autora. Por otra parte, proponemos la suma de un cuarto elemento a la ecuación de la prueba ilícita, porque consideramos que su existencia y configuración es primordial para determinar la esencia de la figura procesal que es objeto de nuestro estudio. Nos referimos al elemento procesal o adjetivo, cuyo contenido e importancia, al igual que el de los demás elementos, expondremos a continuación.

²⁰⁴ Sobre los distintos componentes que integran el concepto establecido en el artículo 11.1 LOPJ exponen MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación...*, cit., pp. 47-60; ASECIO MELLADO, J.

- a) *El elemento objetivo*: consiste en el ilícito *per se*; es una infracción al ordenamiento jurídico que resulta tan grave que merece ser sancionada con la ineficacia procesal total. Sin perjuicio de la distinta configuración que este elemento pueda presentar en diferentes ordenamientos jurídicos, en el ámbito español y conforme con el artículo 11.1 LOPJ, el elemento objetivo de la prueba ilícita estará constituido por la violación de un derecho fundamental.
- b) *El elemento subjetivo o personal*: está integrado por la persona (sujeto) responsable de la comisión de la infracción que genera la ilicitud probatoria. Es muy importante determinar la naturaleza de dicho sujeto y las circunstancias que lo rodean, ya que son aspectos que han planteado divergencias en cuanto al tratamiento procesal de las pruebas ilícitas. Con relación a este aspecto, nada insinúa la LOPJ, ya que no hace referencia alguna a quién obtiene esa prueba ineficaz. De este silencio puede deducirse que, conforme al ordenamiento español, la sanción de ineficacia no se limita a las pruebas obtenidas por cierto tipo de sujeto (por ejemplo, funcionarios públicos), sino que se aplica de manera general a cualquier prueba obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, sin importar quién haya cometido esa vulneración.
- c) *El elemento temporal*: está conformado por aquél momento –etapa del proceso o de la investigación– en que puede producirse la ilicitud probatoria. No debe confundirse con aquel otro momento en el que se *alega* la ilicitud. El elemento temporal se trata más bien de un período de tiempo en el cual se realiza la infracción por la cual luego se aplicará la sanción de ineficacia. Conforme el artículo 11.1 LOPJ, el elemento temporal se circunscribe a la obtención de la prueba.
- d) *El elemento procesal*: junto al elemento objetivo, es uno de los factores más importantes en la determinación de lo que un ordenamiento considera prueba

M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pp. 80-89; FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales"...* cit., pp. 30-39; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 49-67; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona 1996, pp. 315-367.

ilícita. Este cuarto elemento se refiere a la consecuencia procesal que lleva aparejada la prueba ilícita; usualmente es la ineficacia total (como lo señala la LOPJ) o, en otras palabras, la exclusión (EEUU) o inutilizabilidad (Italia).

Al concurrir, estos cuatro elementos forman la prueba ilícita, de manera que la configuración individual de cada uno de ellos influirá en el resultado final, es decir, en el concepto que se maneja en un ordenamiento jurídico sobre lo que debe considerarse prueba ilícita o prohibida, cuál es su fundamento y qué tratamiento procesal se le debe otorgar. En este sentido, repercute en la delimitación del concepto estudiado una variación en el elemento objetivo (por ejemplo, si la ineficacia pudiera aplicarse por vulneración de preceptos legales, como parece insinuar el CPCH), en el elemento subjetivo (si se limita la exclusión a los casos en que la vulneración haya sido cometida por un funcionario público, según sucede en EEUU), en el temporal (si las vulneraciones realizadas durante la práctica también produjeran la ilicitud, como sostiene una parte de la doctrina española) o en la consecuencia procesal (es necesario determinar si se aplica la regla de exclusión o el régimen general de nulidades, la extensión de los efectos reflejos, etc.). Sobre estas peculiaridades disertaremos en los apartados subsiguientes.

A. EL ELEMENTO OBJETIVO: LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

El elemento objetivo viene a ser la causa normativa por la cual se produce la prueba ilícita, es decir, la infracción de un derecho constitucional con rango fundamental. En este apartado veremos cómo se limitan estos derechos en el contexto de los procesos judiciales y, además, los requisitos que han de cumplirse, principalmente el respeto del principio de proporcionalidad. En este sentido, cuando no se cumplen tales requerimientos, la limitación del derecho genera una vulneración constitucional y es entonces cuando habrá de aplicarse la regla de exclusión. No obstante, para lograr una mejor comprensión del tema hemos de tomar como referencia el proceso penal, y seguidamente veremos cómo pueden aplicarse estos conceptos en el ámbito procesal civil.

1. El conflicto de intereses y la limitación del derecho fundamental a la prueba como puntos de partida para analizar la prueba ilícita

Para hablar sobre prueba ilícita es necesario partir del conflicto de intereses en el seno del cual surge esta figura. Cuando un medio probatorio ha sido obtenido a través de la vulneración de un derecho fundamental, se genera la colisión de distintos intereses protegidos por el Estado, como veremos en seguida.

Así pues, por un lado se encuentra la denominada “búsqueda de la verdad” y la recta impartición de justicia, que mueven a las partes y al aparato judicial. Para aquellos que defienden la prevalencia de este interés, la tutela del derecho individual vulnerado durante la investigación judicial debe sucumbir ante el interés general de la sociedad por la consecución de una sentencia justa –y el castigo de un delito, en el caso de los procesos penales–. En este sentido, la rectitud del fallo judicial puede lograrse únicamente si el órgano jurisdiccional cuenta con todos los medios de prueba que le permitan conocer la verdad sobre los hechos debatidos, sin importar la procedencia de los mismos. Este sector de la doctrina entiende que el derecho individual vulnerado debe protegerse a través de la sanción directa y personal del infractor, ya sea ésta administrativa, civil o penal, pero que no debería excluirse la prueba ilícita del proceso ya que es un elemento importante para conocer la verdad sobre los hechos y formar la convicción judicial²⁰⁵.

Por el otro lado, la protección de los derechos fundamentales es una de las funciones básicas del Estado, por lo que sería ilegítimo que éste permitiese la utilización jurisdiccional de un elemento probatorio que ha sido obtenido en contravención de dichas garantías. En otras palabras, un Estado, que se califique como democrático de Derecho, no puede avalar las violaciones de derechos fundamentales permitiendo que la prueba proveniente de tales vulneraciones sea utilizada en un juicio; ello sería como si

²⁰⁵ Entre los defensores de esta postura podemos citar al juez norteamericano Benjamin Nathan Cardozo y, con referencia a la doctrina española, GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aguilar, Madrid 1947, tomo II, vol. II, 1947, pp. 583-584; así como PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1985, p. 761. No siendo partidario de esta postura, la sintetiza y expone LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 86-88; quien a la vez señala entre los principales defensores de esta postura a SCHÖNKE, A., “Los límites de la prueba en el derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 3, 1955, p. 375 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria...*, cit., pp. 75-83; FLEMING, M., *Of Crimes and Rights*, Ed. Norton, Nueva York 1978, pp. 150 y ss.; WIGMORE, J. H., *Evidence*, Boston 1940, p. 37.

el órgano judicial tuviera los ojos vendados ante la infracción cometida y se aprovechara de ella en cuanto le resultara conveniente para completar los medios probatorios de un enjuiciamiento. Por consiguiente, no puede un juez o tribunal consentir que una parte se aproveche del ilícito que ha cometido y tampoco puede permitir que se infecte el proceso mediante la tolerancia y permanencia de un elemento espurio. No basta con que se castigue a la persona que directamente cometió la vulneración del derecho fundamental, sino que también es necesario preservar la pulcritud del proceso evitando la utilización de la prueba contaminada. En todo caso, la persona es el fin supremo del Estado y éste tiene el deber de proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, sin hacer excepciones que corroboren de forma directa o indirecta alguna infracción cometida en perjuicio de tales derechos (como lo sería aprovecharse de los resultados de una prueba ilícita). Esta última ha sido la posición predominante en España a partir de la STC 114/1984 de 29 de noviembre (RTC 1984\114)²⁰⁶.

Este conflicto entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos fundamentales nos conduce a la siempre necesaria ponderación de intereses. Existen múltiples bienes cuya protección entra en juego en cierto momento, pero es menester decantarse por uno u otro. En el caso de la prueba ilícita, al tener que priorizar entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales, tanto la jurisprudencia como la legislación y la doctrina se han inclinado por la segunda opción, es decir, que ha prevalecido la protección de tales derechos.

Sin embargo, debe subrayarse que ello ocurre únicamente cuando se trata de derechos *fundamentales*, ya que constituyen un interés de rango constitucional, al igual que la búsqueda de la verdad en los procesos judiciales para lograr la adecuada impartición de justicia. Por el contrario, si se tratara de la vulneración de derechos legales y no fundamentales, entonces prevalecería la búsqueda de la verdad como

²⁰⁶ Así lo hace notar dicha sentencia, especialmente en la exposición que realiza en su fundamento jurídico cuarto. Sobre el conflicto de intereses como premisa para comprender la prueba ilícita puede consultarse MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 53-65; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 53-57; ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pp. 75-77.

interés protegido²⁰⁷. En este último, la prueba no recibiría el tratamiento de ineficacia absoluta establecido en el artículo 11.1 LOPJ -y desarrollado en el art. 287 LEC-, sino que el derecho legal vulnerado tendría que reivindicarse a través de otros mecanismos procesales también indicados en la ley²⁰⁸.

Además de los ya mencionados, existen también otros intereses constitucionales que entran en juego cuando se analiza la exclusión de una prueba ilícita, particularmente la STC 114/1984 destaca el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa²⁰⁹. El primero de estos derechos funciona con relación a la parte que se encuentra desfavorecida por la introducción de la prueba ilícita al proceso, que es, por lo general, la misma parte que sufrió la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, resulta claro que un proceso que permita que se violen derechos fundamentales materiales y procesales de una de las partes no puede considerarse un proceso desarrollado conforme a las garantías constitucionales.

²⁰⁷ Indica la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114) que: “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

²⁰⁸ En este caso, sería aplicable, por ejemplo, el régimen de nulidad indicado en el artículo 238 LOPJ, que fue trasladado al proceso civil a través del artículo 225 LEC. Pero también es posible que, si la infracción legal no fuese de gran relevancia, la actuación probatoria pudiese ser subsanada.

²⁰⁹ Entre otros intereses se encuentra, por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia, de especial relevancia en el proceso penal. Con relación al derecho al proceso con todas las garantías, el derecho a la prueba y el derecho a la igualdad procesal indica la sentencia citada que: “Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las ‘garantías’ propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de ‘medios de prueba pertinentes’ que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse ‘pertinente’ un instrumento probatorio así obtenido”.

Pero además, la exclusión de la prueba ilícita pone en juego el derecho a la prueba de la parte que necesita valerse de ese medio probatorio para sustentar sus alegaciones ante el órgano judicial. Sin embargo, en este caso se justifica la limitación del derecho a la prueba porque se está protegiendo otros intereses que también tienen rango constitucional (el respeto de otros derechos fundamentales, vulnerados en la obtención de la prueba)²¹⁰. Por consiguiente, la limitación del derecho constitucional a la prueba a través de la aplicación de la Regla de Exclusión únicamente podrá realizarse cuando en la obtención de la prueba se haya vulnerado algún derecho cuyo rango sea igual o mayor al derecho a la prueba²¹¹. Al respecto el TS ha declarado que:

“Dicho artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, con carácter más general, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada inefectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba...” (SSTS, Sala Primera, número 839/2009 de 29 diciembre [RJ 2010\406] y 109/2011 de 2 de marzo [RJ\2011\2616]).

En consecuencia, la ponderación de los intereses y la primacía de aquellos que se encuentran protegidos por la Constitución nos llevan a definir el elemento objetivo del concepto de prueba ilícita. Si la exclusión del artículo 11.1 LOPJ se pudiera aplicar indistintamente tanto ante la violación de derechos fundamentales como de derechos legales, se estaría vulnerando el derecho a la prueba de quien propuso el instrumento viciado. Por otro lado, la no aplicación de la regla de exclusión, es decir, la permisón absoluta de utilización de pruebas, aún de las que tengan origen ilícito, estaría violentando el derecho a un proceso con todas las garantías de aquella parte que se ve perjudicada por la prueba viciada.

²¹⁰ Recordemos que la falta de valoración (exclusión) de una prueba admitida y practicada en el proceso, puede constituir una lesión del derecho a la prueba y del derecho de defensa cuando dicha omisión sea imputable al Tribunal. Al contrario, no se vulneraría si la prueba fuera ilícita, porque en este caso el vicio sería imputable a la parte, que es quien infringió un derecho constitucional al obtener dicha prueba.

²¹¹ Así lo indica RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita en el proceso civil”, en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, Vol. 7, Núm. 76, Noviembre 2010, p. 37. En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (destaca la STS, sala 1ª, no. 839/2009 de 29 de diciembre [RJ 2010\406] y la STS, sala 1ª, no. 109/2011 de 2 de marzo [RJ\2011\2616]).

Visto todo ello, el empleo de la sanción de ineficacia absoluta de la prueba ilícita nos obliga a perseguir un estado de balance entre la búsqueda de la verdad, la adecuada impartición de justicia y la protección de los derechos fundamentales como bases del Estado de Derecho.

Considerando los distintos intereses en juego se comprende por qué la regla de exclusión ha sido aplicada únicamente a los supuestos en donde se vulnera un derecho de rango fundamental. En consecuencia, el elemento objetivo del concepto de prueba ilícita estará integrado por *la violación de un derecho fundamental* constitucionalmente protegido.

2. La limitación judicial de los derechos fundamentales

a) La vulneración de un derecho fundamental como elemento objetivo de la prueba ilícita

Hemos de recordar que el derecho a la prueba está circunscrito por unos límites intrínsecos y extrínsecos y, así también, cada derecho fundamental está demarcado por la existencia de otros derechos y libertades constitucionales de igual importancia. En este sentido, una persona se estaría extralimitando en el ejercicio de un derecho si con ello merma la libertad o el derecho de otra²¹². Pero además de estas fronteras naturales que los derechos establecen entre sí, existen también situaciones en las que la misma legislación autoriza que el Estado limite los derechos fundamentales de los particulares porque, como se ha dicho, existe un interés predominante²¹³. Dentro de estos supuestos, el más frecuente es el desarrollo de un proceso judicial dentro del cual, siguiendo los

²¹² Establece el artículo 62 CRH que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. En sentido similar se pronuncia el artículo 10 CE.

²¹³ Ha indicado la jurisprudencia del TC que existen “fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución” (STC 22/1984, de 17 de febrero [RTC 1984\22]). Por ejemplo, la CE prevé en el artículo 55 la suspensión temporal de algunos derechos y libertades cuando se declare estado de excepción o de sitio y, con relación a ciertas personas, cuando judicialmente se investiguen actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas. En la CRH también se permite restringir ciertos derechos fundamentales en casos de epidemia o invasiones del territorio nacional, entre otros (arts. 187 y 188 CRH).

parámetros y requisitos previamente establecidos por la ley, el juez está legitimado para limitar algún derecho a una persona determinada²¹⁴. En este contexto debemos realizar una importante aclaración: es imperativo diferenciar lo que es una *limitación legítima o legal* de lo que constituye una *vulneración o violación* de un derecho fundamental.

Desde un punto de vista procesal, la *limitación* del derecho fundamental conlleva una interrupción temporal de la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo. Esta limitación responde a un motivo particular y se circunscribe a un momento específico. Sobre todo, la característica principal de la limitación del derecho fundamental es que tiene origen en una actuación legítima del Estado, es decir, una acción que está amparada por la Ley y la Constitución²¹⁵. Esto sucede, por ejemplo, cuando dentro de un proceso y cumpliendo con todos los requisitos legales, un juez autoriza la entrada y el registro de un recinto privado. En este caso, el derecho a la inviolabilidad del domicilio se ve suspendido durante ese momento específico en el cual se realice la diligencia de investigación, de acuerdo con los motivos y la extensión que fija la resolución judicial. No se trata de que el individuo pierda indefinidamente su derecho, ni de que cualquier persona pueda realizar el registro, sino que la limitación del derecho fundamental está circunscrita directamente a lo que establece la orden judicial y, así mismo, a lo que indique la ley.

Cosa distinta es la *vulneración o violación* del derecho fundamental. Con relación a los supuestos generadores de prueba ilícita, podemos indicar que dicha violación ocurre cuando, actuando fuera de los parámetros mandados por la ley, un sujeto procede a coartar el derecho fundamental de otro de manera que lesiona algún componente del contenido esencial de ese derecho fundamental. Esto quiere decir que la

²¹⁴ También este tipo de limitación está admitida por la Constitución, por ejemplo en los artículos 17 y 18.2 CE, así como en los artículos 84 y 99 CRH, se permite realizar detenciones (limitación del derecho a la libertad de circulación) y registros (limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio) cuando estén debidamente autorizados por un órgano judicial.

²¹⁵ Indican PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J./ FERREIRO BAAMONDE, X.X./ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R./ SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Civitas/ Thomson Reuters, Pamplona 2010, p. 308; que “medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental es aquella que incide en su contenido básico en un sentido reductor, al atribuir el ordenamiento jurídico al órgano del poder público la potestad de afectar, bajo presupuestos de legalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad, el ámbito protector que constituye su esencia”.

violación del derecho fundamental conllevará dos aspectos: por un lado la ilegalidad y, por el otro, la afectación del contenido esencial del derecho. En este sentido, la violación de un derecho fundamental se trata siempre de un acto arbitrario, abusivo de poder (cuando lo comete un funcionario público) o abusivo de derecho (cuando lo comete un particular)²¹⁶. Son estas vulneraciones, no las limitaciones legales, las que atentan contra la “inviolabilidad” de los derechos fundamentales²¹⁷.

Por consiguiente, debe entenderse que el desarrollo de un proceso, la búsqueda de la verdad y la recta impartición de justicia son intereses de una relevancia constitucional tan alta que llegan a justificar la *limitación* de algunos derechos fundamentales, pero en ningún momento pueden servir de fundamento para la *violación* de estos derechos. Esta es una idea básica para la comprensión de la prueba ilícita ya que la barrera que separa la “limitación” de la “violación” es la misma que determinará si la prueba será válida y podrá ser valorada por el juez, o si más bien se declarará radicalmente ineficaz y será expulsada del proceso. En consecuencia, si el elemento objetivo de la prueba ilícita está integrado por la violación de un derecho fundamental, la limitación legal de un derecho no generará supuesto alguno de prueba ilícita ni de aplicación de la regla de exclusión con su respectivo efecto reflejo.

*b) Requisitos para la limitación judicial de los derechos fundamentales:
el principio de proporcionalidad y su aplicación en el proceso civil*

A pesar de lo expuesto, existen algunos casos en los que no es tan sencillo definir la frontera entre la limitación y la vulneración de un derecho fundamental. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico permite a los órganos judiciales restringir

²¹⁶ En cualquiera de los dos casos, es decir, tratándose de un sujeto público o privado, puede llegar a constituir un delito, dependiendo de la gravedad de la infracción.

²¹⁷ Comenta MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 195: “Como es bien sabido, la restricción de un derecho fundamental exige (...) la existencia de una ley de desarrollo que habilite o autorice la restricción del derecho y que, a su vez, señale los límites o condiciones para que esa restricción sea admisible. Así pues, no es posible restricción alguna de derechos fundamentales a lo largo del procedimiento, ni siquiera con autorización judicial, si no existe una previa habilitación legal o autorización judicial. (...) en el proceso civil sólo podrán limitarse aquellos derechos sobre los que exista una concreta y específica habilitación legal en la propia norma procesal o en cualquier otra norma especial que autorizase esta limitación en su ámbito concreto. Si la prueba se obtiene al margen de estos preceptos, aunque cuente con intervención o autorización judicial, será ilícita, ya que limitaría un derecho fundamental sin tener posibilidad legal de hacerlo”.

puntualmente la eficacia de los derechos fundamentales de un sujeto con el propósito de obtener alguna fuente de prueba, ello debe cumplir necesariamente un elenco de requisitos constitucionales para que la intervención sea válida²¹⁸. Por ello, el juez debe realizar una serie de consideraciones y ponderaciones para cada supuesto concreto con el objetivo de determinar qué medida de investigación en la más correcta. Caso contrario, la falta de cumplimiento de un requisito constitucional provocará la ilicitud de la intervención y, por ende, la prueba obtenida carecería de eficacia procesal. De manera general, puede decirse que la limitación judicial de derechos fundamentales en la fase de investigación u obtención de la prueba debe respetar siempre el principio de proporcionalidad²¹⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho “que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el art. 1.1 C.E. y de la referencia del art. 10.2 C.E. a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas) y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas”²²⁰. La

²¹⁸ Sobre los requisitos que debe de cumplir la limitación judicial de los derechos fundamentales con relación al principio de proporcionalidad puede consultarse a MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 165-223.; ASECIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 119-124; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J./ FERREIRO BAAMONDE, X.X./ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R./ SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *Derecho Procesal Penal...*, cit., pp. 307-310; MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios...”, cit., pp. 78-81. Con relación al proceso hondureño véase PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 169-193.

²¹⁹ En palabras de GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990, p. 333-334; “Dado que la inobservancia del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales infringe los preceptos constitucionales que garantizan estos últimos, la valoración de las pruebas que sean obtenidas a consecuencia de injerencias desproporcionadas habrá de considerarse inadmisibles, desde un punto de vista constitucional y legal, como se ha señalado, y tanto si la vulneración del derecho ha sido obra de un órgano del Estado, como si es debida a la actuación de un particular, y de igual modo también si la prueba ha sido obtenida directa o indirectamente en relación con la lesión del derecho infringido”.

²²⁰ De acuerdo con la STC 49/1999, de 5 de abril (TOL81.121). Continúa indicando esta sentencia que “el

importancia de este principio radica en que, como criterio hermenéutico, lleva al operador jurídico a tratar de alcanzar el equilibrio entre los diversos intereses que, en una situación particular, entran en conflicto.

A la luz del principio de proporcionalidad, las medidas judiciales limitativas de derechos fundamentales deben reunir los siguientes presupuestos y requisitos²²¹:

- a) Como presupuestos de admisibilidad deben cumplir con las exigencias de *legalidad* y de *justificación teleológica*.

Con relación a la legalidad, cabe indicar que las medidas procesales que restringen los derechos fundamentales deben estar expresamente reguladas, ya sea a nivel constitucional u ordinario. En consecuencia, “la ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos”²²². Es por esto que suele decirse que el

ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.; 66/1985, fundamento jurídico 1.; 19/1988, fundamento jurídico 8.; 85/1992, fundamento jurídico 5.; 50/1995, fundamento jurídico 7.). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor "justicia" (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6.; 50/1995, fundamento jurídico 7.; 173/1995, fundamento jurídico 2.), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, fundamento jurídico 3.; 50/1995, fundamento jurídico 7.) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”.

²²¹ Procedemos a clasificarlos y explicarlos de acuerdo con el modelo planteado por GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., pp. 67-282, que se corresponde con la visión del principio de proporcionalidad que actualmente maneja la doctrina y la jurisprudencia española. En este sentido, el TC ha dicho que “conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo” (STC 207/1996, de 22 de enero [RTC 1996\207]).

²²² Ver GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 77. Además, indica la jurisprudencia del TC que “tampoco podemos olvidar que nuestra Constitución

Legislador es el primero en estar obligado a respetar el principio de proporcionalidad²²³. Pero además de la legalidad formal, se exige también la legalidad material de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, es decir, que en su ejecución deben apegarse estrictamente a lo que indica la legislación²²⁴.

Por otro lado, la justificación teleológica se refiere al fin que debe cumplir la medida restrictiva de los derechos fundamentales, que deberá ser constitucionalmente legítimo y socialmente relevante²²⁵.

Tanto la legalidad como la justificación teleológica son aspectos que, en el sistema jurídico, existen antes que la medida limitativa particular y que se aplican de forma general a los distintos tipos de intervenciones. Por ejemplo, en varios procesos podría decretarse la intervención de la correspondencia de distintos sujetos, pero cada una de estas intervenciones respondería a una misma normativa (la ley procesal) y a una misma finalidad abstracta (la investigación de unos hechos, la tutela judicial efectiva, el ejercicio del derecho a la prueba, etc.).

b) Una vez que concurren los presupuestos previos para la adopción de las

exige que toda limitación de un derecho fundamental esté prevista en la ley (art. 53.1 CE) y que dicha limitación sea adecuada a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, necesaria para alcanzar un fin legítimo, proporcionada al efecto y, en todo caso, respetuosa del contenido esencial del derecho...” (SSTC 181/1995, de 11 de diciembre [RTC 1995\181]; 292/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000\292]; 169/2001, de 16 de julio [RTC 2001\169]).

²²³ Sobre la habilitación legal de las injerencias judiciales sobre los derechos fundamentales véase BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 82-86. Para este autor “la vulneración de los derechos fundamentales puede provenir tanto del legislador, por insuficiente habilitación legal de injerencias en los derechos fundamentales dirigidas a la obtención de fuentes de prueba, como de los órganos jurisdiccionales que adoptan las resoluciones judiciales desconociendo en el caso concreto los requisitos de la afectación legítima a los derechos fundamentales”.

²²⁴ ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., p. 98.

²²⁵ Ha manifestado el TC que “del principio de proporcionalidad (...) se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio” (STC 49/1999, de 5 de abril [TOL81.121]). En este sentido también se pronuncia la STC 123/2002 de 20 de mayo (RTC 2002\123).

medidas judiciales que restringen los derechos fundamentales, debe además de cumplirse con los requisitos extrínsecos de *judicialidad y motivación*.

Por un lado, el requisito de judicialidad significa que la intervención debe ser ordenada en el contexto de un proceso por un órgano jurisdiccional y que, posteriormente, será necesario que éste continúe supervisando la ejecución de la medida. En este sentido, el juez o tribunal no se limitará a ordenar la intervención, sino que deberá controlarla hasta el cese de la misma.

Por otro lado, el requisito formal y constitucional de motivación implica que no basta con que la medida sea ordenada por un órgano judicial, sino que debe hacerse a través de una resolución debidamente motivada. Hemos de recordar que el sistema constitucional concede a los derechos fundamentales una protección reforzada, por lo que la restricción de uno de estos derechos genera una especial obligación de motivación. Con relación a este tipo de intervenciones, la motivación, además de cumplir con los objetivos que referimos en el capítulo anterior, permite también corroborar que se ha realizado la debida ponderación de intereses y que, por consiguiente, la medida ordenada no es desproporcionada. En todo caso, la motivación debe ser estricta, indicando las razones por las que se estima pertinente la adopción de la medida -debe existir indicios que lleven al órgano judicial a considerarla idónea, necesaria y proporcionada-, así como la extensión subjetiva y material de la misma. En consecuencia, estas decisiones judiciales deben materializarse a través de autos o sentencias, ya que estas resoluciones permiten exponer una motivación como la que se exige para tales casos²²⁶.

²²⁶ Así lo explica GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., pp. 141-149. Por otro lado, expone el TC que “el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 C.E.), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996). La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz

- c) Constatado el cumplimiento de los presupuestos y los requisitos extrínsecos necesarios, para que se ejecute debidamente la medida restrictiva de los derechos fundamentales, deberá respetarse también, como requisitos intrínsecos, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con el principio de idoneidad, el órgano jurisdiccional debe evaluar si la intervención es realmente útil, es decir, si la medida puede cumplir el fin previsto. No se trata únicamente de conseguir un fin abstracto o teleológico, sino también de lograr el fin concreto de la intervención –que podría ser obtener cierta información o adquirir una fuente de prueba, entre otros–. Para determinar la idoneidad de la medida debe tomarse en cuenta la adecuación cualitativa (si esa medida en particular puede cumplir el fin propuesto), la adecuación cuantitativa (duración e intensidad exigidas por la finalidad) y la determinación del ámbito subjetivo (a quién tendría que afectar la intervención)²²⁷.

El segundo principio lleva al órgano judicial a determinar si la medida es verdaderamente necesaria, para lo cual debe hacer una evaluación comparativa entre las distintas medidas idóneas, escogiendo entre ellas la menos gravosa. En este sentido, se pretende aplicar la medida que obtenga el fin propuesto pero que sacrifique en menor grado los derechos fundamentales de la persona investigada y, de esta forma, se optimiza el grado de eficiencia de los derechos fundamentales.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el que se cumple cuando el órgano judicial pondera los valores individuales y sociales en juego para determinar si la aplicación de la medida restrictiva es

ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)” (STC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996\207]).

²²⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., pp. 151-185.

justificada. En todo caso, si se estima que la medida es excesiva con relación al tema investigado y los intereses en juegos, no se realizará la intervención aunque se cumplan los demás requisitos²²⁸.

En síntesis, estos requisitos integran el principio de proporcionalidad, cuyo contenido constitucional debe respetarse para asegurar la legitimidad de las medidas judiciales restrictivas de derechos fundamentales adoptadas con el propósito de obtener una prueba²²⁹. Ahora bien, este esquema, desarrollado originalmente para el ámbito procesal penal, puede y debe también aplicarse en los procesos de las distintas jurisdicciones ya que la validez y protección de los derechos fundamentales es vigente de igual forma en todas ellas²³⁰.

En la legislación española, la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisdicción civil se pone de manifiesto especialmente en dos supuestos: la negativa a la práctica de las diligencias preliminares y la limitación de los derechos fundamentales del concursado. El primero de estos casos lo encontramos en el artículo 261 LEC²³¹.

²²⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., p. 225.

²²⁹ En palabras del TC “La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta-...” (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996\207] y 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002\70]).

²³⁰ Entre los autores que analizan la aplicación del principio de proporcionalidad y la limitación de derechos fundamentales en el proceso civil destacan RODRIGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, Ed. Bosch, Barcelona 2004, pp. 57 y ss.; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 82-99; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 195-196; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...*, cit., p. 80.

²³¹ En su redacción inicial, el artículo 261 únicamente señalaba que debía de haber indicios suficientes o sospecha fundamentada de que los objetos buscados se encontraban en el lugar al cual se entraba. Pero además, el artículo indicaba que la medida se acordaba mediante providencia, lo cual generó muchas críticas por parte de la doctrina; como es el caso de L. Conc.A NAVARRETE, A. M., “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional”, en *La Ley*, no. 6, 2000, pp. 1928-1930; CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas”, en *Actualidad civil*, no. 1, 2006, pp. 31-41.

A pesar de que la redacción de este artículo no aporta mayores detalles sobre los requisitos, las condiciones y el procedimiento bajo los que operará la limitación de los derechos fundamentales frente a la negativa de realizar una diligencia preliminar, o a falta de oposición a ella, sí hace alusiones claras al respeto del principio de proporcionalidad. Por ejemplo, al principio del artículo se establece que debe respetarse el principio de jurisdiccionalidad, en el sentido que la medida será acordada por un órgano judicial a través de un auto motivado. Sobre todo, se indica que las medidas descritas se han de aplicar “cuando resulte proporcionado”, lo cual, a nuestro punto de vista, debe entenderse como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, incluyendo el juicio de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad *stricto sensu*. Más adelante, el artículo señala que las entradas y registros procederán cuando el tribunal aprecie que existen indicios suficientes, lo cual creemos que también deberá de encontrarse debidamente expuesto y fundamentado en el auto que ordene la diligencia.

Con relación al requisito de legalidad, creemos que la única diligencia permitida por esta norma es la entrada y registro, ya que sólo ésta se menciona expresamente. Si bien el apartado 5º del artículo 261 LEC señala que el tribunal ordenará “las medidas de intervención necesarias”, la amplitud e indeterminación de esta expresión impide que se pueda efectivamente adoptar otra clase de medidas. Por ejemplo, una intervención de las comunicaciones del requerido sería improcedente, ya que dicha medida no cumpliría el requisito constitucional de legalidad al no estar expresamente autorizada por la LEC. En todo caso, su ejecución constituiría un supuesto de prueba ilícita, ya que se estaría vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del sujeto por una extralimitación del tribunal.

Por el contrario, existe otro supuesto en el que sí se regula directamente, entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones en un proceso de naturaleza civil.

Posteriormente, la Ley 19/2006, de 5 de junio sobre Propiedad Intelectual e Industrial, vino a modificar dicha norma y a incorporar como requisitos la ordenación de la medida a través de auto motivado y el juicio de proporcionalidad. En cuanto a la idoneidad de la medida, sostienen algunos autores que ésta se analiza al admitir a trámite la solicitud de diligencia preliminar (art. 258.1 LEC, 408.1 y 409.2 CPCH). Sin embargo, no queda claro si el juicio de idoneidad referido en dicho artículo se refiere únicamente a la diligencia preliminar solicitada, o si también abarcaría la posibilidad de una futura diligencia de entrada y registro si el sujeto requerido se negara a entregar el objeto o documento en cuestión. En todo caso, creemos que el requisito de proporcionalidad referido en el artículo 261 reformado abarca la realización del juicio de idoneidad de la diligencia de entrada y registro.

Nos referimos a los procesos concursales, particularmente a las medidas que restringen los derechos fundamentales del concursado establecidas en el artículo 1º de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (L. Conc.). En este caso la limitación de derechos fundamentales no se realiza específicamente con la finalidad de obtener fuentes de prueba, sino que se trata de la adopción de unas medidas cuya naturaleza oscila entre cautelar, ejecutiva y de medidas de investigación²³². Estimamos que, actualmente, esta norma constituye el ejemplo más claro de aplicación del principio de proporcionalidad -y de restricción judicial de derechos fundamentales- en el ámbito civil.

Para analizar esta norma, debemos de comenzar remitiéndonos a las particularidades del proceso concursal y al papel que en él desempeña el deudor. Por un lado, cabe destacar que este tipo de proceso tiene una naturaleza *sui generis*, ya que combina fines ejecutivos y declarativos²³³. Debido a ello, no se regula una actividad probatoria en sentido estricto, sino que se realizan actos de investigación para determinar el patrimonio exacto del concurso, las causas de la insolvencia y la naturaleza de los créditos²³⁴. Por otro lado, al deudor se le impone un deber amplio de

²³² Diserta ampliamente sobre la naturaleza de estas medidas RODRIGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención judicial...*, cit., pp. 57-64, para quien son primordialmente actos de naturaleza cautelar y ejecutiva. Otros autores resaltan más bien la naturaleza cautelar, como CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, 2a ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2005, p. 93. Sin embargo, DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2006, p. 113; enfatiza que algunas de ellas son auténticos actos de investigación. Indica este último autor que “aun cuando la L. Conc. las regula de modo conjunto, tales medidas limitativas de derechos fundamentales presentan una distinta naturaleza: las que limitan el secreto de las comunicaciones o autorizan la entrada y registro domiciliario son *actos de investigación*, dirigidos a la obtención de información y documentos que sean relevantes a los fines del concurso, mientras que la que establece un concreto deber de residencia o el arresto domiciliario es una *medida cautelar*, cuya adopción se supedita a la existencia de un “peligro de fuga” o de ocultación personal del deudor al proceso concursal”. Comparte esta última opinión ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor”, en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, Madrid 2005, t. I, p. 505.

²³³ Sobre la naturaleza del proceso concursal véase MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 866-868; DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, cit., pp. 24-25; CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, cit., pp. 34-35.

²³⁴ ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones...”, cit., t. I, p. 504. Creemos que, al igual que sucede con la obtención de fuentes de prueba, los actos de investigación realizados en el marco de un proceso concursal también serán ilícitos si vulneran un derecho fundamental,

colaboración, por lo cual debe “comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido” y, además, se ve obligado a “colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso” (art. 42.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Por ende, el incumplimiento de este deber especial de colaboración da lugar a que el órgano judicial adopte medidas que restrinjan los derechos fundamentales del deudor (art. 41 de la Ley Concursal), con el propósito de asegurar la consecución de los objetivos del concurso.

De acuerdo con el artículo 1 L. Conc., las medidas que pueden adoptarse con relación al deudor - independientemente de que sea persona natural o jurídica- son la intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia en la población de su domicilio, el arresto domiciliario, o la entrada y registro. La imposición de estas medidas limitaría, en consecuencia, alguno de los derechos consignados en los artículos 17, 18 y 19 CE (libertad, intimidad personal y familiar, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libre elección de la residencia y libre circulación).

Con relación al cumplimiento del principio de proporcionalidad, el numeral 3 del artículo 1 L. Conc. establece los criterios que deben respetarse cuando se adopte alguna de las medidas anteriormente aludidas²³⁵. En primer lugar, debemos destacar que los requisitos extrínsecos se cumplen en esta normativa, ya que la medida es ordenada por un órgano judicial a través de una resolución motivada. Agrega la L. Conc. otro requisito más con la finalidad de procurar el mayor grado posible de efectividad de los derechos fundamentales: antes de adoptarse la medida debe oírse al Ministerio Fiscal. En segundo lugar, el artículo alude también a los que hemos referido como requisitos intrínsecos. Se indica que el juez debe considerar la idoneidad de la medida (1.3.a L. Conc.), la necesidad (en cuanto al aspecto temporal, 1.3.d L. Conc.) y la proporcionalidad en sentido estricto (1.3.c L. Conc.).

ya sea por el incumplimiento de un requisito constitucional en su autorización o bien por alguna extralimitación que pueda darse en su ejecución.

²³⁵ CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, cit., pp. 93-95; así como RODRIGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención judicial...*, cit., pp. 79-104.

Por otra parte, la L. Conc. cumple también con el presupuesto de legalidad, en el sentido que las medidas limitativas de derechos fundamentales están reguladas en una ley orgánica. Así mismo, se comprende que existe una justificación teleológica que, en sentido general sería el cumplimiento de los objetivos del concurso, y en sentido específico contemplaría la finalidad de la medida ordenada en el caso concreto (conforme al art. 1.3.b L. Conc.).

A pesar de los evidentes esfuerzos del legislador para recoger en esta norma los distintos componentes del principio de proporcionalidad, aún existen algunos aspectos del artículo 1 L. Conc. que han llevado a la doctrina a poner en duda su constitucionalidad. Por ejemplo, se estima que el presupuesto de legalidad no se ha cumplido a cabalidad, ya que el artículo no se pronuncia sobre algunos requisitos necesarios para ordenar o ejecutar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del deudor²³⁶. Por otro lado, se considera que el principio de necesidad tampoco se ha contemplado en su totalidad, sino que únicamente con relación a la duración de la medida, y aun así se critica que se haya hecho de forma muy ambigua (art. 1.3.d L. Conc.)²³⁷.

En todo caso, si bien es cierto que el artículo 1 L. Conc. no abarca la totalidad de los componentes del principio de proporcionalidad, creemos que su aplicación puede

²³⁶ Con relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas, se ha reprochado su remisión al artículo 579 LECRIM, ya que también éste ha sido tildado de dudosa constitucionalidad, al no cumplir con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para la limitación judicial de los derechos fundamentales. En cuanto a la intervención de las demás formas de comunicación, se recrimina el silencio del artículo 1 L. Conc., ya que no indica cómo han de realizarse y tampoco se remite a otra norma que pueda aplicarse análogamente. Además, con relación al incumplimiento del deber de residencia, la doctrina discrepa con que el artículo indique que “el juez podrá adoptar las medidas necesarias”, sin establecer cuáles son. Por consiguiente, únicamente podría acordarse el arresto domiciliario, ya que otras medidas intermedias (como la del art. 530 LECRIM) no podrían ordenarse al no estar reguladas directamente en la L. Conc.. Sobre estos aspectos consúltese a RODRIGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención judicial...*, cit., pp.173-185; CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, cit., pp. 95-98; DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, cit., pp. 116-123; ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones...”, cit., t. I, pp. 511-513.

²³⁷ En este sentido, ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones...”, cit., t. I, p. 510; comenta que “esta norma no parece muy adecuada a las exigencias constitucionales, dado que otorga al juez un poder excesivamente amplio y discrecional en materia, como la intensidad temporal de la restricción del derecho, que no tiene siquiera parangón en el ámbito del proceso penal. No parece que en ningún caso este tipo de medidas puedan extenderse en el tiempo más que las que se decretan en el proceso penal; una solución de este tipo podría ser desproporcionada”.

realizarse de una manera constitucional si el órgano judicial, al ordenar la medida y durante su ejecución, vela por el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado para este tipo de intervenciones. Por el contrario, la inconstitucionalidad podría surgir más bien con relación a los casos particulares en que se aplique el artículo 1 L. Conc., si el juez no respeta los requisitos necesarios. Si se diera este último supuesto, estimamos que la diligencia sería ilícita por violentar un derecho fundamental del deudor y, por consiguiente, debería de carecer de eficacia procesal.

c) La limitación judicial de los derechos fundamentales dentro del proceso civil

Debido a la especial tutela constitucional de la que gozan los derechos fundamentales, se ha establecido que la limitación de éstos debe de realizarse conforme a una serie de parámetros legales y constitucionales, entre ellos el ya referido principio de proporcionalidad²³⁸. Pero además, entre los mismos derechos fundamentales, existen diferencias en cuanto a las restricciones a las que pueden estar sujetos. En este sentido, cabe diferenciar los derechos que son *absolutos* de aquellos otros que son *relativos*²³⁹. En la primera categoría encontramos el derecho a la vida y el derecho a la integridad, ya que no cabe limitarlos ni siquiera a través de una orden judicial²⁴⁰. Por otro lado, los

²³⁸ Expone BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional...*, cit., pp. 66-67, que “existen claros límites para la propia limitación de los derechos y libertades fundamentales. Así, el respeto al contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE) que vincula específicamente al legislador (...). Por otra parte, el recurso al principio de proporcionalidad...”. Explica, así mismo, que este principio se proyecta en una triple dimensión sobre el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales, indicando que: “a) las limitaciones que se establezcan en relación con cualquier derecho no pueden obstruirlo más allá de lo razonable (...); b) las medidas limitadoras han de ser racionales, adecuadas y razonables en orden a la consecución del fin perseguido que ha de estar constitucionalmente amparado (...), y c) La restricción resultante del derecho ha de ser proporcional a la situación en que se halle aquel a quien se impone (...).

²³⁹ Recogen esta clasificación, con relación a la prueba ilícita, entre otros autores, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 237 y 238; ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 87; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., p. 95; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 341 y 349-355; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 195.

²⁴⁰ Discrepa algún autor con relación al derecho a la integridad física ya que en el proceso penal se pueden hacer intervenciones corporales sobre el sujeto investigado, así como otro tipo de diligencias para determinar algunos datos fisiológicos, ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba*

derechos relativos son los que sí permiten restricciones judiciales: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho al honor y la buena imagen y el derecho a la libertad personal. También son susceptibles de vulneración los derechos fundamentales procesales (art. 24 CE), entre los cuales podemos destacar el derecho de defensa y a la asistencia letrada, el derecho a la prueba, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad procesal, el derecho al proceso con todas las garantías, y el derecho a no declarar contra sí mismo o contra los familiares.

Obsérvese que la prueba ilícita puede surgir tanto por la violación de derechos fundamentales materiales como de derechos fundamentales adjetivos o procesales²⁴¹. Usualmente, la vulneración de los derechos sustantivos ocurre durante la etapa de investigación, es decir, en la recolección de las fuentes de prueba. En cambio, la lesión de derechos fundamentales procesales tiene cabida tanto en esa fase de obtención de prueba como posteriormente cuando la prueba es incorporada al juicio para su práctica. Esta matización es importante ya que, como en el proceso civil no existe una fase de investigación propiamente dicha, por ende, muchos de los supuestos de prueba ilícita surgen ya dentro de la etapa procesal cuando se produce la prueba en el juicio.

Caso especial es el del derecho a la propiedad y la consideración de su vulneración como causa de prueba ilícita. En otras palabras ¿el elemento objetivo de una prueba ilícita podría estar compuesto por la vulneración del derecho a la propiedad? No es fácil responder este interrogante ya que, según uno u otro punto de vista, la respuesta puede ser negativa o afirmativa. Algunos autores que han analizado esta situación han llegado a la conclusión de que, por su ubicación constitucional en el artículo 33 CE, el derecho a la propiedad queda fuera del catálogo de los derechos fundamentales y por consiguiente su vulneración no merecería la aplicación de la regla

preconstituida, cit., p. 87. En el caso del proceso civil, no se permite bajo ninguna circunstancia realizar este tipo de intervenciones, sino que la legislación opta por asignar consecuencias legales a la negativa injustificada de someterse a ellas, por ejemplo, como ocurre en los procesos no dispositivos con la prueba de paternidad (arts. 767.4 LEC y 647.5 CPCH).

²⁴¹ En este sentido, PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 337-368; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., p. 95; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación...*, cit., p. 49.

de exclusión²⁴². Sin embargo, otros autores consideran que sí se trata de un derecho fundamental, pero no se pronuncian expresamente con relación a la posible ilicitud probatoria²⁴³. Con relación a este particular, podemos referir el caso analizado por la STS, Sala Primera, 386/2007 de 29 de marzo (RJ 2007\1760), en donde se discutía la ilicitud de unos documentos y materiales que fueron sustraídos de la sede de una empresa. En este asunto, el TS determinó que la prueba era ilícita, estimó el recurso de casación y anuló la sentencia impugnada.

“En el presente caso las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, *violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad*, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a la misma por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas efectivamente en el proceso con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta” (la cursiva es nuestra).

Ahora bien, atendiendo el criterio de legalidad en la limitación judicial de los derechos fundamentales, podemos identificar dentro del articulado de la LEC dos relevantes casos de injerencia directa sobre tales derechos²⁴⁴: en la fase preprocesal, las

²⁴² Entre otros autores, apoyan esta postura MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 237; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., pp. 19-20; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 348-349; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 100.

²⁴³ A favor de la naturaleza fundamental del derecho a la propiedad se pronuncia REQUEJO PAGÉS, J. L., “La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, ponencia presentada en el *Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Lisboa, octubre de 2009, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Documents/Ponencia%20Trilateral%202009%20Lisboa.pdf>; quien se basa, entre otras consideraciones, en que el TC ha reconocido que la garantía del contenido esencial aplica al derecho a la propiedad (STC 204/2004, de 18 de noviembre [RTC 2004/204]). En este sentido también, RODRÍGUEZ ZAPATA, J., “La propiedad privada: de cien años a derecho fundamental”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, no. 3, 2001, pp. 601-620.

²⁴⁴ Identifica los casos en que la LEC autoriza restricciones de derechos fundamentales MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la prueba ilícita”, en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, vol. 7, núm. 76, Noviembre 2010, pp. 45 y 46; quien a la vez cita a GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, cit., t. IV, p. 123. Indica el primer autor que, además de los

ya referidas medidas de intervención adoptadas ante la negativa del requerido de llevar a cabo una diligencia preliminar (arts. 261 2ª, 3ª y 5ª LEC, así como y 411.c CPCH) y, durante el juicio, la entrada para realizar un reconocimiento judicial de un lugar o de una persona (art. 354.1 LEC)²⁴⁵.

En el primer supuesto se contempla la realización de la diligencia de entrada y registro como un medio para lograr el cumplimiento de una diligencia preliminar. La relevancia de esta medida radica en que la información o los efectos obtenidos a través de ella podrían convertirse en fuentes de prueba si se llega a interponer la demanda²⁴⁶.

referidos, existen en la LEC otros dos supuestos de limitación judicial de derechos fundamentales: las entradas y registros domiciliarios en los casos en que se trate de interrogar a testigos que se vean imposibilitados de acudir al juzgado y la infracción del deber de secreto profesional. A nuestro parecer, éstas no son injerencias realmente autorizadas por la LEC. En el primer caso estimamos que, si bien es cierto que el interrogatorio se realiza en el domicilio del testigo, no indica el artículo 364 LEC que el órgano judicial pueda autorizar la entrada a dicho lugar, por lo cual un auto en ese sentido vulneraría el principio de legalidad. En el segundo caso, el artículo 371 LEC indica que el tribunal, mediante providencia, puede autorizar a un testigo a que no declare sobre algún hecho que esté sujeto al secreto profesional. En este artículo, no parece que el órgano judicial viole el derecho referido, sino que quien podría cometer la vulneración sería, en todo caso, el testigo si llegara a declarar deliberadamente al respecto. Por otro lado, BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 82-83, agrega al catálogo de limitaciones judiciales a derechos fundamentales consignadas en la LEC la posibilidad de realizar una injerencia para obtener una prueba biológica, sustentando su opinión en el artículo 767.2 LEC. Discrepamos también con esta opinión ya que, si bien es posible utilizar pruebas biológicas, en ningún lugar establece la LEC que se permita a un órgano judicial obligar a una persona a prestar dicha prueba, por lo cual un auto en este sentido también lesionaría el principio de legalidad. Por el contrario, la LEC más bien establece consecuencias en cuanto a la valoración de la prueba biológica si la persona investigada se niega a colaborar con la obtención de la misma (art. 767.4 LEC).

²⁴⁵ Existe también otro tipo de restricción de derechos fundamentales dentro del proceso civil, como la entrada a lugares cerrados durante etapa de ejecución, que tiene como objetivo lograr la entrega de una cosa mueble determinada (arts. 701.1 LEC) o la ya referida restricción a los derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal (art. 1 L. Conc.). Sin embargo, nos limitaremos a analizar las medidas que puedan tener incidencia en la prueba y que, por ende, podrían producir supuestos de prueba ilícita.

²⁴⁶ Debemos aclarar que, entre los objetivos de las diligencias preliminares no figura expresamente la obtención de pruebas (recordemos que tanto la LEC como el CPCH regulan el aseguramiento y la anticipación de la prueba para esos casos en que la parte lo que pretende directamente es el elemento probatorio). Sin embargo, nosotros consideramos que, cuando una parte solicita que se realice una diligencia preliminar y ésta se ejecuta exitosamente, el resultado final puede ser, entre otras situaciones, que se ponga a disposición de la parte un objeto o un documento que será básico para fundamentar su pretensión. En este sentido, lo lógico es que cuando la parte presente la demanda, adjunte a ésta o haga referencia a dicho documento u objeto. Así, lo que en un inicio era un dato u objeto importante para preparar el proceso (y que se obtuvo a través de una diligencia preliminar), posteriormente se convierte en fuente de prueba para finalmente llegar a ser un medio de prueba. En resumen podemos decir que, si bien la diligencia preliminar no tiene como objetivo principal la obtención de una fuente de prueba, es posible que los elementos conseguidos gracias a dicha diligencia se conviertan, a efectos del proceso ulterior, en

Entonces, si en la diligencia de entrada y registro se detecta alguna irregularidad, como la falta de cumplimiento de un requisito constitucional relacionado con el principio de proporcionalidad, cabría declarar la violación del derecho fundamental y la ilicitud de la obtención de la fuente.

El segundo caso se refiere a una entrada autorizada por el órgano judicial que es, en este caso, quien ejecuta personalmente la medida por tratarse de la práctica de un reconocimiento judicial. Este supuesto es más claro y menos controvertido que el anterior, ya que la Ley indica expresamente la facultad que tiene el juez para ordenar dicha diligencia que, en este caso y a diferencia de las diligencias preliminares, no contempla el registro del recinto. Además, por ser el mismo juez quien ejecuta la medida, es poco posible que con dicha diligencia se vulnere algún derecho fundamental²⁴⁷.

En cualquiera de los dos casos, para que surja una prueba ilícita tendría que ejecutarse la diligencia con carencia de algún requisito constitucional, o con la existencia de un exceso que provoque la vulneración de un derecho fundamental. Reiteramos que, en nuestra opinión, para realizar una diligencia de entrada y registro en el marco de la preparación de un proceso civil, será necesario respetar los requisitos

medios de prueba. En este sentido, indica GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...*, cit., p. 85, que una vez realizada la diligencia preliminar, ésta servirá para fundamentar el proceso principal subsiguiente, debiendo la parte aportar a dicho proceso los hechos y materiales de los que adquirió conocimiento a través de tal diligencias. También ha señalado ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, cit., p. 43, que "... las diligencias preliminares no tienen como finalidad principal la de obtener pruebas, pero es una función nada desdeñable hoy y que en un futuro debiera gozar de una mayor progresión, pues evita que las partes cometan ilicitudes para obtener pruebas y facilita el fundamental derecho a la prueba, sobre todo respecto de aquéllas que deben aportarse con la demanda".

²⁴⁷ GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, cit., t. IV, p. 754, compra la diligencia de entrada realizada en la práctica del reconocimiento judicial con aquella que se hace en el caso de las diligencias preliminares. Indica el autor que, ya que "dicha medida constituye o puede constituirse en una limitación de derechos fundamentales, ha de inferirse de ello la posibilidad de determinar cualesquiera otra similares incluso las que igualmente restrinjan tales derechos, siempre que se establezcan por resoluciones judiciales motivadas y sean acordes con el principio de proporcionalidad. Estas medidas no precisan ser solicitadas por las partes, sino que, y conforme a la dicción literal de la norma, podrán ser acordadas por el tribunal de oficio en el desempeño de sus facultades y obligaciones de ejecución de las pruebas propuestas".

constitucionales que para dicha diligencia se han venido observando en el proceso penal²⁴⁸.

Por el contrario, el CPCH es bastante laxo en cuanto a la regulación de los requisitos para decretar la diligencia de entrada y registro ya que se limita a indicar que ésta debe de ordenarse mediante un auto (art. 412.1 CPCH), sin hacer referencia expresa a los demás requisitos constitucionales, ligereza que nos parece reprochable²⁴⁹.

3. El elemento objetivo como criterio diferenciador entre la prueba ilícita y otras irregularidades probatorias

Como hemos apuntado, la relevancia de identificar los distintos elementos del concepto de prueba ilícita es que ello nos permitirá evaluar, ante un supuesto concreto, si se trata o no de una prueba prohibida y si, en consecuencia, se podrá aplicar en ese caso la regla de exclusión consignada en el artículo 11.1 LOPJ. En este sentido, la doctrina ha venido diferenciando entre la ilicitud probatoria, causada por la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, y la denominada ilegalidad o irregularidad probatoria que es provocada por la infracción de normas de legalidad ordinaria a lo largo del *iter* de la prueba. Consideramos a continuación las principales ideas planteadas con relación a esta distinción.

²⁴⁸ Algún autor señala que esta diligencia no es la misma en lo civil que en lo penal; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, Barcelona 2000, p. 1187. Sin embargo, otros autores, con cuya opinión coincidimos, indican que para realizar la entrada y registro regulada en las diligencias preliminares, será necesario también respetar los requisitos de legalidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad, etc. En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...* cit., pp. 79-81, MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...” cit., pp. 195-196.

²⁴⁹ En el proceso penal hondureño, la diligencia de entrada y registro se regula con mayor detalle, indicándose incluso el contenido del auto, las personas que deben participar, los horarios en que debe realizarse y otras formalidades que deben respetarse (artículos 209 al 220 y 275 del Código Procesal Penal hondureño). Está claro que, en el caso de la investigación penal, existen de fondo supuestos más graves (el delito cometido, el interés social perseguido, etc.); pero debe tomarse en cuenta que la entrada y registro a un domicilio afecta los derechos a la intimidad y al a inviolabilidad del domicilio tanto si se hace dentro de un proceso penal como si se realiza en un proceso civil; opinión que expresa también CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias preliminares...” cit., p. 31. En este sentido, consideramos que también en la jurisdicción civil deben de guardarse todas las precauciones y deben de cumplirse también los requisitos constitucionales para que la entrada, registro y secuestro sean válidos y no se vulnere algún derecho fundamental.

a) La prueba ilícita: la vulneración de derechos fundamentales

Esta primera categoría se caracteriza porque la lesión originaria es la vulneración de un derecho fundamental, constitucionalmente reconocido como tal. La consecuencia de esa lesión es que la prueba obtenida gracias a ella sea considerada ilícita o prohibida y, por consiguiente, se le prive de toda eficacia procesal. La lesión de un derecho fundamental en el momento de producción de una prueba conllevará la aplicación de la regla de exclusión y además se separarán del proceso también aquellas pruebas que deriven de la ilícita (arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC). En estos casos, se requiere que la lesión del derecho fundamental atente contra el contenido esencial o núcleo del derecho fundamental, es decir, que no basta con que vulnere las normas legales que lo desarrollan, sino que debe haber una trasgresión de relevancia constitucional.

b) La prueba ilegal o irregular: el quebrantamiento de la legislación ordinaria

La aplicación del principio de legalidad en materia probatoria, como recordaremos del capítulo anterior, obliga por un lado a utilizar los medios de prueba permitidos por la Ley y, por el otro, a darles el tratamiento (obtenerlos, preservarlos, proponerlos, admitirlos, practicarlos y valorarlos) estipulado por la legislación. En otras palabras, la actividad probatoria debe siempre enmarcarse dentro de los mandatos del ordenamiento jurídico para poder ser válida²⁵⁰. Sin embargo, en la práctica suelen darse situaciones que infringen de una u otra forma esas estipulaciones legales y que, dependiendo de la naturaleza de la infracción, tendrán una u otra consecuencia procesal.

Con relación a la prueba ilícita, la gravedad de la lesión del derecho fundamental tiene como resultado una consecuencia radical: la ineficacia absoluta. Sin embargo, la comisión de irregularidades más leves producirá, proporcionalmente, consecuencias procesales de menor calado. En este sentido, el quebrantamiento de las reglas establecidas en normas de rango legal provocará que la prueba producida sea ilegal o irregular. En estos casos no se excluirá la prueba del proceso conforme al artículo 11.1

²⁵⁰ Sobre la importancia de la aplicación del principio de legalidad a toda la actividad probatoria véase MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 155-158; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 60-67.

LOPJ, sino que se aplicará la sanción legal estipulada de acuerdo con la norma que se haya infringido.

Nos encontramos nuevamente ante una discusión de índole terminológica²⁵¹. Así como hemos decidido utilizar como sinónimos los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida (por observar que ese es el tratamiento que les da la mayor parte de la doctrina española); también utilizaremos como homólogas las expresiones de “prueba irregular” y “prueba ilegal”. Con la primera pareja de términos nos referimos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y con la segunda haremos alusión al resto de pruebas que impliquen la infracción de una norma de rango legal.

Deseamos precisar que, para varios autores, debe de excluirse del ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ también aquellas pruebas que violentan preceptos constitucionales que no sean derechos fundamentales²⁵². De esta forma, puede observarse que la figura de la prueba ilícita quedaría restringida a la violación de los derechos fundamentales constitucionales (elemento objetivo del concepto en sentido estricto), mientras que la lesión del resto del ordenamiento (garantías constitucionales no fundamentales y garantías legales) produciría en cambio una prueba ilegal²⁵³. Otra particularidad es que, mientras la ilicitud probatoria se circunscribe al momento en que

²⁵¹ Así nos lo recuerda MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 47.

²⁵² PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, cit., pp. 290 y 291. DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 65-69, distinguen la constitucionalidad de la fundamentalidad, indicando que la Regla de Exclusión aplica solo en el segundo caso. Algunos ejemplos citados por el autor sobre pruebas que vulneran la constitución pero no los derechos fundamentales son la prueba robada (vulneración del derecho no fundamental a la propiedad) y la que se procura en contra de la seguridad del Estado (podría ser el caso de la adquisición de información reservada).

²⁵³ Para precisar aún más los términos podríamos decir que prueba inconstitucional es aquella que vulnera cualquier precepto de la Carta Magna, mientras que prueba ilícita o prohibida es aquella que vulnera los derechos fundamentales. Sin embargo, esta denominación podría también crear confusiones si se utiliza en estudios de Derecho Comparado debido a la configuración de prueba ilícita en los distintos países. Por ejemplo, en Italia se ha llamado también prueba inconstitucional a la prueba ilícita y en Honduras podrían haber pruebas ilícitas que también que vulneren ciertos preceptos legales, según se explicará posteriormente.

se adquiere una fuente de prueba, la ilegalidad de una prueba puede surgir en cualquier momento del procedimiento probatorio²⁵⁴.

Es necesario poder distinguir entre prueba ilícita y prueba ilegal porque cada figura tiene efectos procesales distintos. El ejercicio del derecho a la prueba de las partes impide que se excluya del proceso los medios probatorios que tengan defectos subsanables. En otras palabras, la prueba ilícita se separa del proceso porque vulnera derechos constitucionales de la misma magnitud que el derecho a la prueba; pero cuando la contaminación de la prueba es menor, el tratamiento procesal que recibe es distinto ya que, teniendo en cuenta el ejercicio del derecho a la prueba y del derecho a la defensa procesal, no resulta factible excluir cualquier prueba que manifieste irregularidades de menor rango. Si así fuera, el sistema rechazaría muchas pruebas y las partes no podrían defenderse ni sustentar sus argumentos en juicio al verse privadas de los instrumentos que habían aportado²⁵⁵.

En síntesis, el destino de la prueba ilegal varía de acuerdo con la norma que haya lesionado y conforme a la sanción que la ley establezca para esa infracción particular. Los efectos de la prueba ilegal son diversos: podría ser que la prueba sea subsanada o convalidada (arts. 231 LEC y 20 CPCH), que sea inadmitida (art. 285 LEC y 240 CPCH) o incluso que sea considerada anulable o nula (arts. 225 y 227 LEC, 213 y 215 CPCH). Además de eso, se exigirá al causante de la infracción la responsabilidad correspondiente (por ejemplo, el pago de una multa, la condena en costas, etc.). En todo caso, no se aplicará a la prueba ilegal el efecto reflejo, ya que este tratamiento está reservado para la prueba ilícita²⁵⁶.

²⁵⁴ CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil” en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, vol. 7, núm. 76, Noviembre 2010, p. 8, relaciona la ilegalidad probatoria con el momento de la práctica de los medios de prueba al igual que PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba...*, cit., pp. 290 y 291; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, cit., p. 219. Extiende el efecto de la ilegalidad también al momento de admisión de la prueba RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., p. 38.

²⁵⁵ En este sentido se pronuncian DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 49-52.

²⁵⁶ Sobre el tratamiento procesal de las pruebas irregulares comentan MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 71-87; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M.

B. EL ELEMENTO SUBJETIVO

Cuando hablamos del elemento subjetivo de la prueba ilícita, nos referimos particularmente a *quién* obtiene la prueba a través de la violación de un derecho fundamental. Por eso, hemos de determinar cuáles son los sujetos que, debido al papel que desempeñan en el proceso, se encuentran más proclives a cometer dicha infracción y, por consiguiente, a generar una prueba cuya ilicitud podría ser posteriormente declarada.

Si bien son las partes quienes por lo general obtienen la prueba, también pueden solicitar al tribunal que intervenga en dicha tarea. No obstante, hay algunos casos excepcionales, como los procesos no dispositivos, en los que el juez puede actuar de oficio. Pero además, en ciertos procesos de especial relevancia social, la obtención de la prueba puede realizarla el Ministerio Fiscal, cuando actúa como parte o representante legal de una parte.

Adicionalmente, coadyuva en la adquisición de las fuentes de prueba otro sujeto que también actúa gracias a la iniciativa de alguna de las partes: el investigador privado. En España, esta figura tiene una especial relevancia debido a su reconocimiento legal, según explicaremos posteriormente.

1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares como presupuesto del elemento subjetivo de la prueba ilícita en el proceso civil

Al analizar la figura de la prueba ilícita hemos de preguntarnos si las partes de un proceso civil pueden vulnerar un derecho fundamental. En el ámbito procesal penal, este tema tiene un matiz diferente, porque las diligencias de investigación se realizan primordialmente por funcionarios públicos²⁵⁷. En cambio, en la jurisdicción civil, los sujetos privados protagonizan la fase de obtención de la prueba y por ello debemos

A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 50-52; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 51-53; MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios...”, cit., pp. 105 y 106; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 189 y 192.

²⁵⁷ Profundizamos sobre el tema en nuestro artículo MADRID BOQUÍN, C. M., “The Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence in Civil Proceedings: A Comparative Analysis between the USA and Spain”, en *Journal of Legal Studies*, no. 3-4, 2014, pp. 13-38.

analizar la trascendencia constitucional de las infracciones a derechos fundamentales realizadas por particulares.

a) Origen y fundamento constitucional

Inicialmente, los derechos fundamentales fueron concebidos como un límite a los poderes del Estado. En este sentido, se obligaba a los poderes públicos a garantizar la eficacia de estos derechos a través de acciones positivas. Se entendía entonces que los derechos fundamentales tenían una naturaleza objetiva y que creaban una vinculación entre el Estado y la persona, planteándose así un modelo de “eficacia vertical” de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en el siglo XX se reconoció que, como estos derechos poseen asimismo una naturaleza subjetiva, deben vincular también a los sujetos de derecho privado. Las relaciones entre particulares se caracterizan porque ambos sujetos están, en principio, en igualdad de condiciones y gozan de los mismos derechos fundamentales, por lo cual existe más bien, en estos casos, una “eficacia horizontal”²⁵⁸. Se trata de una vinculación negativa entre los derechos fundamentales y los sujetos particulares, de modo que estos últimos sólo están obligados a abstenerse de vulnerar tales derechos²⁵⁹.

²⁵⁸ Entre los principales autores que defienden la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares podemos citar a BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, no. 3, 1999, pp. 193-211; SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (tesis doctoral), Universidad de La Rioja, Logroño 2008, disponible online en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=Rafael+Saraz%C3%A1+Jimena&db=2&td=TES>; GARCÍA TORRES, J./ JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Ed. Civitas, Madrid 1986; DE VEGA GARCÍA, P., “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)” en AGUIAR DE LUQUE, L. (coord.), *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional: libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 801-819; ANZURES GURRÍA, J. J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales” en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 22, enero-junio 2010, disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/17839>; BASTIDA FREIJEDO, F. J./ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I./ REQUEJO RODRÍGUEZ, P./ PRESNO LINERA, M. A./ ALÁEZ CORRAL, B./ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid 2004, pp. 189-195; y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., vol. II, pp. 62-64.

Con relación a la CE, la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares se desprende de la condición de Estado social y democrático de Derecho, así como de la interpretación conjunta de la norma constitucional. Particularmente, se puede apreciar esta vinculación en los artículos 1.1, 9.1, 9.2, 10.1, 53.1 y 53.2 CE. Entre ellos, destaca el artículo 9.1 CE, al establecer que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. En consecuencia, es mandato constitucional que los ciudadanos respeten los derechos fundamentales que forman parte del contenido de la CE.

b) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la prueba ilícita en el proceso civil

Con relación al análisis del elemento subjetivo de la prueba ilícita, la característica que más nos interesa destacar sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares es la vinculación negativa a la que están sujetas las partes procesales. Desde una perspectiva práctica, esto significa que al realizar la labor de obtención de la prueba, las partes, como sujetos de derecho privado, tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales de las personas, absteniéndose de vulnerarlos. Esta vinculación negativa coincide también con el principio de legalidad procesal, que vincula a las partes, en materia de obtención de prueba, en el mismo sentido.

Somos de la opinión que, debido a esta vinculación jurídica que existe entre los derechos fundamentales y los sujetos particulares, es posible declarar la ilicitud de las pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de tales derechos. Esto justifica que en el proceso civil pueda también aplicarse la regla de exclusión.

²⁵⁹ En este sentido, SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, derechos fundamentales...*, cit., p. 259; BASTIDA FREIJEDO, F. J./ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I./ REQUEJO RODRÍGUEZ, P./ PRESNO LINERA, M. A./ ALÁEZ CORRAL, B./ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 189-190.

c) El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la legislación procesal civil

También en la LEC podemos apreciar el reconocimiento expreso de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares a través del denominado *amparo judicial* que se recoge en el artículo 249.1.2º LEC²⁶⁰. De acuerdo con este artículo, puede acudirse a este proceso para solicitar “la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y (...) la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación”²⁶¹.

No es nuestra intención hacer una explicación completa de las particularidades del amparo judicial en el ámbito civil, ya que ello excedería los objetivos de este epígrafe. Más bien deseamos resaltar que, si en la LEC y el CPCH se ha incluido un proceso especial que tutela los derechos fundamentales, es precisamente porque la vulneración de estos derechos puede ser causada por un particular²⁶². En este sentido, la doctrina está de acuerdo en que el sujeto que está pasivamente legitimado para ser parte

²⁶⁰ Este artículo responde a su vez al señalamiento constitucional hecho en el artículo 53.2 CE, que establece: “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos [fundamentales]... ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...”. Sin embargo, en la legislación hondureña, el amparo judicial se regula a través de una especialidad procedimental del juicio ordinario (arts. 495 al 500 CPCH). Véase MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

²⁶¹ El CPCH es, en cambio, más restrictivo en cuanto a este aspecto, ya que se limita exclusivamente a la tutela de los derechos honoríficos de la persona, es decir, el honor, la intimidad y la propia imagen, dejando fuera de su ámbito de tal especial protección a los demás derechos fundamentales. De acuerdo con MARCO COS, J.M., *El proceso ordinario. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras (curso para la formación de formadores), Tegucigalpa, 2006, p. 157, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/>; éste es un proceso que puede dar protección civil a todos los derechos fundamentales (o “derechos individuales” según los denomina la CRH). Sin embargo, nosotros somos de la opinión que, debido al principio de legalidad, esta especialidad procesal puede aplicarse solamente para proteger los derechos honoríficos señalados en el artículo 459 CPCH y no los demás (a los cuales no hace referencia dicho artículo). Por otro lado, el desarrollo que se hace en el CPCH sobre las especialidades procedimentales de este tipo de procesos, sobre todo aquellas referidas a la legitimación (art. 496 CPCH), nos llevan también a concluir que, en el ámbito hondureño, este proceso se refiere exclusivamente a tales derechos honoríficos.

²⁶² Destaca SARAZÁ JIMENA, R., *La protección jurisdiccional...*, cit., p.14: “descendiendo a un nivel infraconstitucional, la existencia de normas procesales de protección de los derechos fundamentales en el orden civil y laboral, y en algún caso sustantivas, de protección frente a la discriminación también en el sector privado, sólo se explica si se entiende que los derechos fundamentales pueden ser también vulnerados por los particulares”.

en este proceso es necesariamente un particular, que bien podría ser una persona natural o una persona jurídica²⁶³.

2. Sujetos que participan en la obtención de la prueba en la jurisdicción civil

a) La obtención de la prueba realizada directamente por las partes

La adquisición de fuentes probatorias realizada por las partes no tiene por qué ser una labor demasiado complicada. Usualmente, las partes tienen en su poder, desde antes de que inicie el proceso, las pruebas que presentarán (documentos como contratos, certificaciones, facturas, testimonios, objetos, etc.). A veces, la fuente de prueba proviene de actos jurídicos que ellas mismas han realizado y de los cuales tienen constancia; en otras ocasiones, se trata de aducir situaciones a través de instrumentos probatorios a los que ellas pueden acceder por sí mismas (como una certificación que se pide en un registro público, un perito contratado por la parte, una constancia elaborada por un médico, etc.). En este sentido, auxiliados por sus defensores técnicos, el demandante y el demandado proceden a materializar el principio de aportación de parte. Recordemos que, además de la potestad de ejercer el derecho fundamental a la prueba, también pesa sobre las partes la carga de probar los hechos que alegan.

Si bien es cierto que la etapa preprocesal de obtención de la prueba no está regulada en la legislación procesal civil, esto no exime a las partes del cumplimiento del principio de legalidad y del respeto a los distintos contenidos constitucionales. A diferencia del órgano judicial, las partes no tienen la potestad de limitar legalmente un

²⁶³ GIMENO SENDRA, V./ TORRES DEL MORAL, A./ MORENILLA ALLARD, P./ DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Ed. Colex, Madrid 2007, p. 653; comentan que en este proceso la legitimación pasiva “la asume el particular causante de la lesión, frente al cual se interpone la pretensión de amparo. Es ésta una nota del amparo civil ordinario que diferencia al amparo constitucional, en el que, como se había visto, el causante de la lesión ha de ser siempre un poder público del Estado”. Comparte esta opinión MAJANO CAÑO, M.J., “Una visión crítica sobre la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: el procedimiento preferente y sumario”, disponible en <http://www.cndh.org.mx/cenadeh/masterdh/pdf/texto%20UNA%20VISION%20CRITICA%20SOBRE%20LA%20PROTECCION%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20ORDINARIOS.pdf>. Por su parte, SARAZÁ JIMENA, R., *La protección jurisdiccional...*, cit., p. 183, añade que en casos extraordinarios la legitimación pasiva también podría ostentarse por una Administración pública que haya actuado en una relación de Derecho privado, sin estar revestida de *imperium*.

derecho fundamental y, en consecuencia, cualquier injerencia que realicen en detrimento de uno de estos derechos podrá dar lugar a la ilicitud probatoria.

También debemos aclarar que, cuando nos referimos a que son las partes quienes adquieren la prueba, esto no significa que sean necesariamente ellas mismas las que físicamente consigan los elementos probatorios. Aunque podría ser de esta forma, la obtención realizada por las partes se refiere más bien a que sean ellas quienes impulsan la búsqueda de elementos probatorios, quienes se responsabilizan por ella. Visto así, es posible que no sea el demandante o el demandado quien personalmente obtenga un documento, por ejemplo, sino que podría hacerlo, a instancia suya, su abogado, algún familiar, un subalterno laboral, alguna persona de confianza, etc. Dentro de estos supuestos deseamos aludir, por su especial relevancia para el tema, a la recolección de fuentes de prueba hecha por investigadores privados, también conocidos como detectives, que actúan bajo el encargo de una de las partes.

b) La obtención de la prueba a cargo de investigadores privados

A pesar de ser una figura escasamente tratada por la doctrina procesalista, creemos que el investigador privado es una pieza relevante en la indagación de hechos y en la obtención de fuentes probatorias, especialmente en la jurisdicción civil. Los detectives o investigadores privados, son aquellos profesionales contratados para averiguar datos, obtener información sobre situaciones específicas, o investigar ciertas conductas de particulares²⁶⁴.

El legislador español reconoció la figura del investigador privado en 1981 y la actualizó al regularla nuevamente en la Ley 5/2014 de Seguridad Privada (LSP)²⁶⁵. De acuerdo con esta norma, los detectives privados “se encargarán de la ejecución personal

²⁶⁴ De acuerdo con LOZANO SALAMANCA, I., “Normativa jurídica del detective privado” en *Diario La Ley*, no. 6879, febrero 2008, p. 8; el detective privado es “aquella persona física legalmente capacitada que realiza investigaciones de carácter confidencial para personas físicas o jurídicas. Es un profesional cualificado para la obtención de datos y pruebas de interés que aportará y ratificará en los tribunales”.

²⁶⁵ La primera regulación sobre la profesión del detective privado se efectuó a través de la Orden del Ministerio de Interior de 20 de enero de 1981, que recogía los requisitos para ejercer como tal y las funciones que cumplía el investigador. En cambio, en Honduras se regula legalmente los servicios de investigación privada en la Ley Orgánica de la Policía Nacional de Honduras (LOPNH), Decreto No. 67-2008, específicamente en los artículos 135 al 154, según expondremos posteriormente.

de los servicios de investigación privada... mediante la realización de averiguaciones en relación con personas, hechos y conductas privadas” (art. 37.1 LSP)²⁶⁶. La lectura de este articulado pone de manifiesto cuan relevante es la labor de los investigadores privados en la obtención de la prueba dentro de los procesos de índole privada²⁶⁷.

Pero además de atribuir a los investigadores privados la función de investigar y la posibilidad de obtener pruebas, la LSP indica expresamente que “en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, ala intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos” (art. 48.3 LSP).

²⁶⁶ Así lo expresa también el Reglamento de Seguridad Privada (RSP) del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre; agregando que “se considerarán conductas o hechos privados los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados”. En este sentido, véase el artículo 48 LSP. La investigación realizada por detectives privados puede resultar muy valiosa para la sustanciación de un juicio ya que pueden aportar pruebas relativas a situaciones del área empresarial, laboral, familiar, etc. Algunas de las investigaciones realizadas por los detectives incluyen: informes de solvencia sobre personas físicas y jurídicas, competencia desleal, bajas laborales fingidas, incapacidades o secuelas médicas fingidas, actividades ilícitas referidas a arrendamientos, comportamientos que pueden incidir en el régimen de guardia y custodia de los hijos, infidelidades matrimoniales, búsqueda de bienes e inmuebles, informe sobre los antecedentes laborales o penales de alguna persona, vigilancia y seguimiento de individuos, informe sobre la parcialidad o falso testimonio de testigos que han sido interrogados en un juicio, investigaciones sobre competencia desleal, fraude industrial, conductas deshonestas de empleados de una empresa, etc. Con respecto a estos y otros ejemplos comentan LOZANO SALAMANCA, I., “Normativa jurídica del detective privado”, cit., pp. 8-9; así como VILAMAJO ROSELL, J.M., “El *litigation support*: la división básica para el trabajo coordinado entre bufetes e investigadores privados” en *Economist & Jurist*, vol. 12, no. 86, diciembre-enero 2004, p. 72-76.

²⁶⁷ También en los procesos penales los detectives desempeñan un papel importante. En primer lugar, tienen la obligación de denunciar cualquier hecho que, mediante su labor de investigación, hayan descubierto y que pueda constituir un delito perseguible de oficio (art. 37.4 LSP). En segundo lugar, los profesionales de la investigación privada pueden indagar los delitos que son perseguibles a instancia de parte si reciben el encargo de quien esté legitimado en el proceso penal (art. 48.1.c LSP). Finalmente, VILAMAJO ROSELL, J.M., “El *litigation support*...”, cit., p. 76, sostiene que también pueden investigar hechos generales referidos a enjuiciamientos penales si, además de recibir el encargo de alguna de las partes del proceso, obtienen la debida autorización judicial.

La naturaleza de las funciones de los detectives provoca que ellos trabajen en el umbral de los derechos fundamentales, en cuanto a investigación se refiere, ya que deberán indagar datos personales, conductas de particulares, etc. Para ello, la Ley les autoriza a utilizar los medios tecnológicos adecuados (videograbaciones, cámaras fotográficas, etc.), siempre y cuando al hacerlo no trasgredan los derechos fundamentales del investigado. Muestra de ello es que la LSP tipifique como infracción muy grave (siempre y cuando no constituyan delito) la lesión de los derechos al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones (art. 57.1.q LSP).

En este sentido, la prueba obtenida por los profesionales de la investigación privada podrá ser utilizada en juicio siempre y cuando en su obtención no se haya lesionado un derecho fundamental²⁶⁸. En caso que el tribunal estime que se ha violado alguno de los derechos del investigado, la prueba se consideraría ilícita y además se aplicaría al detective las sanciones establecidas en la Ley (arts. 61 y 62 LSP)²⁶⁹.

Por todo ello, la actividad realizada por los investigadores privados tiene trascendencia procesal y constitucional; lo primero porque los frutos de su labor se convierten en prueba judicial y lo segundo porque a través de su actividad los detectives

²⁶⁸ La utilización de la información obtenida por los detectives privados como prueba en un proceso judicial es un tema muy interesante pero que, por su amplitud, no podemos analizar con profundidad en este acápite. Sin embargo, deseamos resaltar algunos rasgos importantes al respecto. En primer lugar, la LEC hace referencia expresa a esta técnica probatoria ya que indica en el artículo 265.1.5º que deben adjuntarse a la demanda, como documentos relativos al fondo del asunto, “los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllas [las partes] apoyen sus pretensiones”. A continuación, el artículo citado indica que “sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical”. En este sentido, la LEC nos revela cómo debe aportarse y practicarse la prueba obtenida por los detectives. En primer lugar, debe incluirse junto a la demanda el informe elaborado por el investigador privado (prueba documental). Posteriormente, si los hechos referidos dicho informe no hubiesen sido reconocidos como ciertos por la parte a quien podrían perjudicar, el detective pasaría a declarar en calidad de testigo para ratificar y ampliar el informe presentado (art. 380 LEC). Con relación a la naturaleza y práctica de la prueba generada por investigadores privados expone PÉREZ HERNÁNDEZ, E., “La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives privados”, en *Poder Judicial*, no. 35, 1994, pp. 225-245; LOZANO SALAMANCA, I., “Normativa jurídica del detective privado”, cit., p. 9. También debemos mencionar que este tipo de prueba será valorada libremente por el órgano judicial, quien además tomará en cuenta los datos aportados por las demás pruebas practicadas.

²⁶⁹ En este sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Los servicios de los detectives privados: Licitud y valor de sus investigaciones”, en *Revista General de Derecho*, no. 620, mayo 1996, pp. 5106-5109.

puede incidir en los derechos fundamentales de las personas. Además, interesa al Estado asegurar la seguridad ciudadana, labor en la cual coadyuvan los investigadores privados, ya que contribuyen al descubrimiento de ilícitos penales y a la investigación de conductas privadas contrarias al ordenamiento jurídico²⁷⁰.

Pero ¿cómo podría un detective privado vulnerar los derechos fundamentales de una persona? Nos referimos a continuación a aquellos derechos señalados expresamente en la LSP y el RSP²⁷¹:

- a) El derecho a la dignidad y a la integridad física se vería lesionado si el investigador obtiene una declaración a través de la intimidación, coacción o violencia.
- b) El derecho al honor y la propia imagen podría ser vulnerado si el detective obtiene y da a conocer ciertos datos relativos a la vida privada del investigado.
- c) Si bien al detective se le permite seguir a una persona, tomarle fotografías, etc., esto sólo puede ser realizado en lugares públicos de forma que, si el investigador toma las fotografías o video del individuo mientras éste se encuentra dentro de su domicilio, estaría violentando su derecho a la intimidad. También podría existir una lesión del derecho a la intimidad si el investigador privado quebranta su deber de guardar el secreto profesional (art. 103 RSP) y revela a terceras personas los resultados de su investigación.
- d) El derecho al secreto de las comunicaciones, que sería violentado si el detective accede a la correspondencia, llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc., del sujeto investigado. Por otro lado, no habría lesión del derecho fundamental si él participa directamente en la comunicación, como ocurriría si graba una conversación en la cual haya sido interlocutor.

En síntesis, la participación de los profesionales de la investigación privada en la obtención de fuentes de prueba es una opción legítima y legal a la cual pueden acudir

²⁷⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, E., “La constitucionalidad de las pruebas...”, cit., p. 229.

²⁷¹ Recopilan situaciones que ilustran los casos referidos varios autores: PÉREZ HERNÁNDEZ, E., “La constitucionalidad de las pruebas...”, cit., pp. 245-253; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, A., “Aspectos jurídicos de la investigación privada”, en *Quadernos de criminología*, no. 7, 2009, p.16-18; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Los servicios de los detectives privados...”, cit., pp. 5093-5103.

las partes para conseguir pruebas de difícil adquisición. La prueba adquirida por los investigadores privados será válida si respeta los derechos fundamentales del sujeto investigado y si se aporta a través del respectivo informe, que posteriormente puede ser ratificado mediante la declaración testifical del detective si la parte afectada por el informe no lo reconoce como cierto. Con relación a este último punto, señala la LSP que “en el ejercicio de sus funciones, los detectives privados vendrán obligados a ratificar el contenido de sus informes de investigación ante las autoridades judiciales o policiales cuando fueren requeridos para ello” (art. 37.2.c LSP).

c) La participación del órgano judicial en la obtención de la prueba

Bien en la preparación de un proceso o durante su desarrollo puede suceder que, conociendo la existencia de una fuente de prueba, la parte no tenga a su disposición ese documento, objeto o información que necesita para sustentar sus alegaciones y, no pudiendo obtenerlos por su propia cuenta, deba solicitar la intervención del órgano judicial. Por ello, es sumamente importante que la Ley regule algún tipo de participación judicial para apoyar a las partes en su labor de obtención de los elementos probatorios ya que, de no ser así, las partes se verían obligadas a procurarse dicha obtención de cualquier forma posible, aún a través de la violación de derechos fundamentales; todo con tal de poder defender sus derechos e intereses y de obtener una tutela judicial efectiva²⁷². En este sentido, se ha regulado tanto en el ordenamiento procesal civil español como en el hondureño, algunos mecanismos que, si bien no tienen como finalidad expresa y directa la obtención de fuentes probatorias, permiten a las partes solicitar la intervención judicial para adquirir o controlar un elemento que es, o puede convertirse en, un medio de prueba. Con este propósito, encontramos en la LEC y en el CPCH las siguientes opciones:

- Las anteriormente referidas *diligencias preliminares*, recogidas en los artículos 256 al 263 LEC. En la legislación hondureña se les denomina “diligencias preparatorias” y se encuentran reguladas en los artículos 405 al 413 CPCH. Su finalidad es “preparar el proceso” (art. 405 LEC) y ello implica tomar ciertas medidas que permitan acondicionar la presentación

²⁷² ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, cit., pp. 41-43.

de la demanda, la preparación de la defensa (tanto fáctica como probatoria) o el eficaz desarrollo del procedimiento en general (art. 405 CPCH)²⁷³. A través de las diligencias preliminares el órgano judicial ayuda al solicitante a adquirir información relativa a algún presupuesto procesal o bien algún objeto, referencia o documento que *a posteriori* se convertirá en un elemento probatorio y que, de no mediar la intervención judicial, habría sido muy difícil obtener.

- La *anticipación* y el *aseguramiento* de la prueba (arts. 293 al 298 LEC y 246 al 250 CPCH), que pueden solicitarse antes de iniciar el proceso o durante el transcurso del mismo. A través de estas medidas, la parte solicita la participación del órgano judicial para practicar o asegurar un medio de prueba del cual, lógicamente, no dispone. Precisamente, es el temor fundado de no poder practicar dicha prueba en el momento procesal adecuado o de que, para entonces, las características de la fuente de prueba se hayan alterado en perjuicio suyo, lo que lleva a la parte a solicitar la adopción de dichas medidas. En consecuencia, se pide al órgano judicial que intervenga, con el fin de obtener el control sobre ese instrumento probatorio, ya sea asegurándolo para poder practicarlo posteriormente o directamente evacuando su práctica (sin perjuicio de repetirlo en el momento procesal adecuado, si las circunstancias lo permiten y alguna de las partes lo solicita)²⁷⁴.

- Durante la *práctica de la prueba*, el órgano judicial puede realizar algunas acciones que le permitirán a las partes acceder a cierto elemento

²⁷³ Con relación a la finalidad de las diligencias preliminares ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, cit., pp. 29-30; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...*, cit., pp. 26-28; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Ed. Thomson Civitas, Madrid 2003, pp. 29-30.

²⁷⁴ Comenta RIZO GÓMEZ, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 61: "... la anticipación y el aseguramiento de la prueba se articulan con el claro objetivo de combatir la pérdida o el deterioro de las fuentes de prueba que puede acontecer como consecuencia del tiempo que requiere la tramitación del proceso (...). Se pretende evitar, de esta manera, la frustración de la actividad probatoria. Por consiguiente (...), ambos mecanismos tratan de garantizar la práctica de la prueba, tutelando, en definitiva, el derecho a la prueba".

probatorio. Podemos destacar la orden de entrada a un lugar cerrado durante el reconocimiento judicial, que ya hemos aludido en el acápite anterior. Vemos en este ejemplo cómo el tribunal colabora con las partes y les permite acceder a la prueba, que sería la inspección de la persona u objeto sobre quien se realiza el reconocimiento.

- Tiene también el tribunal *otras facultades de auxilio* para facilitar el ejercicio del derecho a la prueba de las partes procesales. Por un lado encontramos la observación sobre la *insuficiencia probatoria* que hace a las partes (arts. 429 LEC y 239.6 CPCH). No se trata en este caso de colaborar en la recolección de pruebas, pero sí es una indicación que puede llevar a las partes a procurar la obtención de alguna fuente probatoria. Además, regula la LEC -pero no el CPCH- las *diligencias finales* (arts. 435 y 436 LEC) mediante las cuales, a petición de parte y en los casos indicados por la ley, el tribunal indica la práctica de actuaciones probatorias que no pudieron celebrarse en el debido momento procesal.
- Finalmente, debemos hacer referencia a la polémica *prueba de oficio* que podrá realizar el órgano judicial en los procesos no dispositivos (arts. 752.1 LEC y 633.2 CPCH).

Con relación estas medidas, que regulan la participación del órgano judicial como coadyuvante en la obtención o producción de prueba, existen algunos aspectos que es menester destacar. En primer lugar, encontramos la vigencia del principio de aportación de parte, en el sentido que no es el órgano judicial quien procura el elemento probatorio por su propia cuenta, sino que una de las partes debe accionar la diligencia. En algunas ocasiones, no se requiere una solicitud expresa de la parte, pero se estipula que el tribunal actúe basándose en elementos que la parte ya ha introducido al proceso, ya sean éstos hechos o pruebas, como sucede con la indicación de insuficiencia probatoria y las diligencias finales de oficio. La única excepción la encontramos en los

procesos no dispositivos, en donde la Ley otorga al órgano judicial facultades probatorias más amplias.

La segunda consideración, que ya hemos esbozado, es que las medidas aludidas no han sido reguladas expresamente como diligencias que realiza el tribunal para obtener fuentes de prueba. No se trata de medios de investigación que tiendan al descubrimiento de la verdad, como los que pueden emplearse en la instrucción penal, sino que son actuaciones que auxilian a las partes que procuran adquirir determinados elementos probatorios.

En tercer lugar, es imperativo que la realización de todos estos actos procesales sea respetuosa de los derechos fundamentales. Como hemos dicho, ha de cumplirse con los parámetros legales y, sobre todo, los constitucionales, especialmente el principio de proporcionalidad. Esto tendrá mayor relevancia cuando se realizan medidas limitativas de derechos fundamentales, como la entrada y registro de un lugar cerrado. En estos supuestos, deberá justificarse la diligencia a través de un auto debidamente motivado (arts. 261 y 208.2 LEC, art. 193.2.b CPCH). El incumplimiento de tales requisitos constitucionales sería un motivo válido para que la parte desfavorecida por la diligencia denuncie la ilicitud de las pruebas obtenidas y solicite su exclusión a través del incidente del artículo 287 LEC o 237 CPCH.

En síntesis, son las partes, que se ven limitadas por sus propias circunstancias, quienes acuden ante el órgano judicial y, de esta forma, la intervención del tribunal coadyuva, de forma mediata o inmediata, en el ejercicio del derecho a la prueba de las partes procesales.

d) La obtención de la prueba realizada por el Ministerio Fiscal

i. La participación del Ministerio Fiscal en el Proceso Civil

El proceso civil es un ámbito en el que primordialmente se tutelan los derechos e intereses privados de los ciudadanos. Sin embargo, hay situaciones en las que existe además un interés social en la resolución del conflicto *inter-privatos*, por ejemplo, si se trata del estado civil de las personas, de la tutela de derechos fundamentales, de cuestiones de competencia, de asuntos de filiación, o de la protección de consumidores

y usuarios. Cuando los procesos civiles suponen un interés social, surge la necesidad de incorporar en ellos una figura que se encargue de garantizar la protección de ese interés general²⁷⁵. En este sentido, establece el artículo 124.1 CE que “el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. De esta forma, el Ministerio Fiscal se convierte en el defensor de los intereses constitucionales que se ventilen en la jurisdicción civil²⁷⁶.

Partiendo del citado artículo constitucional, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (de ahora en adelante EOMF), establece que para cumplir dicha misión, corresponderá al Ministerio Fiscal “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley” (art. 3.6 EOMF), así como

²⁷⁵ Con relación a la participación del Ministerio Fiscal en los procesos civiles véase SALOM ESCRIBA, J. S., “La Fiscalía”, en Gómez Colomer, J. L. (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 525-541; FABREGA RUIZ, C. F., “Breves notas sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, no. 4, 2003, pp. 1673-1678; BERNAL VALLS, J., “El Ministerio Fiscal en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Especial consideración de su intervención en el proceso para la tutela de derechos fundamentales”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* (ejemplar dedicado a la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), no. 4, 2000, pp. 121-137; SANCHÍS CRESPO, C., “La intervención del Ministerio Fiscal en el nuevo proceso civil”, en *Tribunales de Justicia: Revista española de Derecho Procesal*, no. 2, 2001, pp. 9-21; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 572-574; GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, cit., t. X, pp. 21-39.

²⁷⁶ Así lo expone la Fiscalía General del Estado en la *Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* (de ahora en adelante Circular 1/2001 de la FGE), disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967917&language=es&pagename=PFiscal%2FFPage%2FFGE_pintarCirculares, de acuerdo con la cual: “La afirmación de que en el proceso civil únicamente se ventilan derechos *inter privatos* sólo puede considerarse parcialmente cierta, siendo fruto más de una inercia analítica que de una verdadera realidad. El objeto de los procesos relativos a la capacidad, a la filiación y -en fin- aquellos procesos matrimoniales en los que están en juego los intereses de menores de edad o incapaces, son sólo algunos de los ejemplos de controversias jurisdiccionales impregnadas de un claro significado público que, como tal, trasciende al particular interés de los litigantes y reclama una atención por parte de quien, en el ámbito de la administración de justicia, ha de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. A ello habría que añadir que el significado constitucional de toda actividad jurisdiccional y su incidencia sobre el círculo de derechos fundamentales de la persona, convierte el proceso civil en algo más que el marco de una controversia privada, superando concepciones adjetivas que ya han quedado para la historia”.

“intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación” (art. 3.7 EOMF).

Siguiendo esta línea, la LEC indica que el Ministerio Fiscal estará legitimado para ser parte en los procesos que se desarrollen ante los tribunales civiles en aquellas ocasiones que la Ley estipule (art. 6.1.6º LEC). A continuación, señala también que el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de las personas físicas que no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Esta función ha de cumplirse de manera supletoria mientras se nombra el defensor judicial de la persona (arts. 7 y 8 LEC). Pero además, el fiscal podrá participar en el proceso, según veremos en seguida, como dictaminador.

ii. Posición jurídica y facultades probatorias del Ministerio Fiscal

Los artículos recién aludidos nos permiten apreciar que el fiscal actúa en el proceso civil de distintas formas, bien sea como parte (cuando existe un interés público) o como representante legal (velando por el interés particular de la persona a quien defiende), o como dictaminador. Estas tres posiciones jurídicas están determinadas por el grado de interés público que exista con relación al tipo de proceso civil en que intervenga el Ministerio Fiscal y, a la vez, cada posición entraña una serie distinta de facultades y obligaciones²⁷⁷. Así pues, las facultades probatorias que ostente el fiscal serán distintas dependiendo de cómo se configura su participación en el proceso.

En primer lugar, el Ministerio Fiscal será *parte plena* en aquellos procesos para los cuales la Ley le conceda legitimación propia (que será, en todo caso, una legitimación extraordinaria). Se trata de asuntos en los que existe un interés social latente y, por consiguiente, se le otorgan amplias facultades y participación directa. En

²⁷⁷ Sobre las distintas modalidades de participación del Ministerio Fiscal en el proceso civil exponen MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 572-574; FABREGA RUIZ, C. F., “Breves notas sobre la intervención del Ministerio Fiscal...”, cit., pp. 1674-1676; y SANCHÍS CRESPO, C., “La intervención del Ministerio Fiscal...”, cit., pp. 10-12; FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. Especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos”, en *Lex Social*, vol. 4, no. 1, 2014, pp. 106-137.

estos procesos “... es indiferente que el Fiscal tenga sólo legitimación pasiva o que la tenga también activa, pues de lo que trata es de que el Fiscal tiene todos los poderes inherentes a la condición de parte, es decir, podrá aportar hechos al proceso y proponer medios concretos de prueba”²⁷⁸. Así sucede, por ejemplo, en numerosos procesos especiales -los llamados no dispositivos-, en los que el fiscal puede directamente solicitar la práctica de pruebas (art. 752.1 LEC)²⁷⁹.

Una segunda modalidad de participación del Ministerio Fiscal es aquella mediante la cual se constituye como *representante legal* de una persona física que no tiene el ejercicio pleno de sus derechos civiles (menores de edad, incapacitados y personas que se encuentran en situación de ausencia legal). En estos procesos el Ministerio Fiscal no vela estrictamente por el interés público, sino que por los intereses particulares de su representado. Las facultades probatorias pertenecen, en estos supuestos, a la persona representada, que es quien ostenta la posición de parte, y el fiscal solamente las ejerce en su nombre durante un período de tiempo determinado, hasta que sea nombrado el defensor judicial que asumirá la defensa y representación de la parte. Se trata, entonces, de una forma de legitimación impropia del Ministerio Fiscal, a través de la cual las distintas facultades y obligaciones del fiscal se ven limitadas al interés del representado-parte y, además, circunscritas a un período de tiempo específico²⁸⁰.

²⁷⁸ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 572. Analiza los distintos supuestos en los que el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa o pasiva GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, cit., t. X, pp. 22-25.

²⁷⁹ El Ministerio Fiscal participará como parte necesaria en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación (art. 749.1 LEC). En general, será parte en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art. 749.2 LEC). Además, el Ministerio Fiscal está legitimado como parte en los procesos en los que se pretenda la tutela judicial civil de algún derecho fundamental, como por ejemplo del derecho al honor (se trata del “amparo judicial”, regulado en el art. 249.1.2º LEC); en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, siempre y cuando el interés social así lo justifique (art. 15.1 LEC); y, finalmente, en los procesos de reconstrucción de autos (art. 232.2 LEC).

²⁸⁰ Actuará de esta forma el Ministerio Fiscal siempre que, por las circunstancias del caso, resulte necesario para integrar la capacidad procesal de la parte. Encontramos este tipo de participación en los ya referidos artículos 7 y 8 LEC, así como en los procedimientos para la división judicial de herencias (arts.

Finalmente, una tercera posición jurídica es la que ocupa el Ministerio Fiscal cuando actúa como *dictaminador* ante la jurisdicción civil. En estos supuestos, el interés social no es tan grande como para justificar la participación del fiscal como parte ni como representante de una de las partes, sino que se pretende conocer su opinión jurídica sobre los distintos aspectos de derecho material y procesal relativos al caso. De esta forma, el Ministerio Fiscal coadyuva en la defensa de la legalidad, de conformidad con el principio de imparcialidad que rige su actuar (art. 2 EOMF)²⁸¹. Cuando el fiscal actúa como dictaminador, parte usualmente de las actuaciones procesales que ya han sido realizadas, pero además puede solicitar la realización de diligencias probatorias si lo estima necesario para fijar la postura que expresará en el correspondiente informe.

iii. El Ministerio Fiscal, la obtención de la prueba y la prueba ilícita

En función de lo anterior podemos establecer que, en el proceso civil, el Ministerio Fiscal participa también en la obtención de pruebas; al igual que las partes, los detectives privados y el mismo órgano judicial (actuando éste último a instancia de parte o de oficio en los procesos no dispositivos).

Un aspecto esencial que se debe tener en cuenta por su influencia en el desempeño del Ministerio Fiscal es que su actuación como parte procesal está regida por el principio de imparcialidad. En materia probatoria este principio supone que el fiscal no ejercerá sus facultades a favor o en contra de alguna de las otras partes, sino que con el propósito de conocer los hechos y datos relevantes para lograr la resolución más adecuada del conflicto, de conformidad con el interés público. Por ejemplo, cuando el Ministerio Fiscal asume la condición de co-demandado, debe procurar que su

783.4 y 793.5 LEC). Situación especial es la que encontramos en el artículo 749.2 LEC, ya que en estos casos el fiscal puede actuar como representante definitivo del menor, incapaz o ausente, durante toda la duración del proceso. Con relación a este tipo de representaciones véase GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, cit., t. X, pp. 27 y 28.

²⁸¹ Se solicita dictamen del Ministerio Fiscal en los siguientes casos: cuando se aprecia de oficio la falta de competencia y de jurisdicción (arts. 38, 48.3, 58, 752.1 LEC), en cuestiones de prejudicialidad penal (art. 40.1 LEC), cuando se recusa al órgano judicial (arts. 109.3 LEC), cuando se revisan sentencias firmes (art. 514.3 LEC), al suspenderse la ejecución de sentencias (art. 566.1 Y 569.1 LEC) y en materia de separación y divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges si hubiera hijos menores o incapacitados (art. 777.5 LEC).

contestación a la demanda se realice previo conocimiento de la postura del demandado²⁸². Así, al conocer las alegaciones y pruebas propuestas por ambas partes, el fiscal puede determinar si hace falta realizar alguna diligencia probatoria que le permita fijar su propia postura respecto al caso, bien sea antes del juicio o durante la etapa de práctica de la prueba. Si lo considera necesario, puede solicitar la realización de dicha diligencia al órgano judicial o, si la naturaleza de la diligencia lo permite, ordenará directamente su ejecución a la policía judicial (art. 4.4 EOMF)

En cambio, cuando el fiscal funge como representante de una parte, sus facultades probatorias estarán orientadas a la defensa de los intereses particulares de su representado. Al igual que cuando se desempeña como parte plena, podrá promover la realización de diligencias encaminadas a obtener fuentes de prueba y, además, podrá solicitar la práctica de las pruebas que estime necesarias.

La autonomía del Ministerio Fiscal en la obtención de prueba destaca especialmente en dos tipos de procesos. En primer lugar, en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los cuales el Ministerio Fiscal puede instar la práctica de la prueba (art. 752.1 LEC)²⁸³. En segundo lugar, encontramos

²⁸² Al respecto se pronuncia la Circular 1/2001 de la FGE, al establecer que “de conformidad con su posición de “parte imparcial” reconocida por el propio Tribunal Constitucional (por todos, ATC 63/1997, de 6 de marzo, F.J. 3º), los Sres. Fiscales pondrán los medios oportunos para intentar que su contestación a la demanda se efectúe previo conocimiento de la postura del demandado. En caso de que se les haya conferido un traslado de la demanda simultáneo con el demandado, se limitarán a abordar las cuestiones procesales (art. 405.1 y 3) y a admitir únicamente los hechos aducidos por el actor que resulten acreditados por la prueba propuesta (art. 405.2), solicitando (dentro del plazo otorgado) un nuevo traslado para dictaminar conjuntamente sobre la demanda y la contestación. En caso de que no les sea conferido, fijarán su posición definitiva en cuando al fondo en la comparecencia o vista posterior”.

²⁸³ Entre los distintos procesos no-dispositivos, nos llaman la atención aquellos que se refieren a la filiación, paternidad y maternidad. En este tipo de procesos se refuerza el principio de oficialidad o inquisitivo debido al fuerte interés público. Así, existen distintos intereses constitucionales por los cuales debe velar el Ministerio Fiscal: la protección integral y la asistencia de todo orden a los hijos (art. 39 CE), los derechos a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y dentro de ello el derecho a conocer la propia filiación biológica. En este sentido se pronuncia la FGE en su Circular 1/2001, en la que además analiza la relevancia de la prueba biológica. Al respecto, la Circular señala que “...el Fiscal propondrá la práctica de la prueba biológica, con carácter general, cuando, en atención a los criterios expuestos, la considere necesaria para acreditar la paternidad o maternidad discutidas (...). A fin de evitar, en lo posible, la sistemática interrupción de las vistas (...), resulta aconsejable que el Fisco solicite la práctica anticipada de la prueba biológica de forma que su resultado pueda ser incorporado a la vista”.

los procesos para la protección de los consumidores y usuarios. En estos supuestos “no existe inconveniente legal para que el Fiscal, cuando esté legitimado para el ejercicio de la acción, solicite la incoación del procedimiento de diligencias preliminares (...), pudiendo ser este un cauce útil para preparar el juicio mediante la recopilación y el estudio del material probatorio necesario para presentar la demanda posterior”²⁸⁴.

Vista la participación del Ministerio Fiscal en la obtención de la prueba, podemos preguntarnos si es posible que éste genere, a través de su actuación, la ilicitud probatoria. Para responder dicha interrogante, deberemos considerar varios factores. Por un lado, se observa que el fiscal ejerce una posición de garante en el proceso civil. En este sentido, su intervención se fundamenta en la protección del interés público, de los derechos fundamentales y de las partes más débiles y, por el contrario, no pretende la tutela de un interés particular. Por otro lado, el fiscal cuenta con medios técnicos y humanos para realizar las diligencias de obtención y práctica de la prueba. Así, puede solicitar que un acto de prueba sea realizado por el órgano judicial, ya sea como diligencia preliminar o practicándose directamente en el juicio. Pero además, el fiscal puede apoyarse en la policía judicial, siendo ésta última quien ejecutaría materialmente las diligencias de obtención de la prueba.

De acuerdo con estas consideraciones, podría llegar a pensarse que el Ministerio Fiscal no tiene la necesidad de procurarse una fuente de prueba “a toda costa” o “a cualquier precio” y que, si una prueba solicitada por el Ministerio Fiscal llega a ser ilícita, ello se debería probablemente a la actuación de otro funcionario y no a la del propio fiscal. Así sucedería, por ejemplo, si la policía que realiza una diligencia por órdenes del fiscal se extralimita en sus funciones y vulnera un derecho fundamental (ilicitud causada por la policía); o si la policía, recabando una fuente de prueba solicitada por el fiscal, se fundamenta en una resolución judicial que le autoriza a limitar un derecho fundamental pero que no está debidamente motivada conforme a los

²⁸⁴ Así lo indica la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/2010, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*, disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967917&language=es&pagename=PFiscal%20Page%20FFGE_pintarCirculares. Recordemos que la LEC regula, además de las diligencias preliminares aplicables de forma general a cualquier proceso, una diligencia específica para los casos de tutela de consumidores y usuarios (art. 256.1.6º LEC).

requisitos constitucionales de proporcionalidad (ilicitud provocada por el órgano judicial).

Sin embargo, el fiscal no está vinculado en su actuación a los órganos policiales y puede, efectivamente, realizar actos de investigación por sí mismo. En estos casos, es posible que el Ministerio Fiscal sea el responsable de la obtención ilícita de un elemento probatorio si, al obtener la fuente de prueba, se extralimita en sus funciones e infringe la Ley. Así sucedería en el supuesto de que un fiscal amenace a un testigo o a un perito previo a su declaración, o si el fiscal accediera ilegítimamente (sin autorización judicial) a las cuestiones personales de una de las partes (su correspondencia electrónica, por ejemplo, o su domicilio). De esta forma vemos que también el Ministerio Fiscal, siendo uno de los sujetos que participa en el proceso y que obtiene pruebas, puede llegar a convertirse en el responsable de la vulneración de un derecho fundamental que provoque la ilicitud probatoria.

C. EL ELEMENTO TEMPORAL

Al referirnos al elemento temporal del concepto de prueba ilícita, hacemos alusión al “cuándo”, es decir, al momento en que se produce la ilicitud. No se trata de determinar las etapas del proceso en las que debe alegarse el incidente para la exclusión de la prueba prohibida, sino que más bien se procura determinar cuáles son las fases procesales en que puede efectuarse la vulneración del derecho fundamental que originará la ilicitud probatoria.

A simple vista, parecería que se trata de una cuestión sencilla, ya que el artículo 11.1 LOPJ indica que la regla de exclusión se aplica a aquellas pruebas que son *obtenidas* mediante la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, el punto de partida para definir el elemento temporal del concepto de prueba ilícita será, como se ha indicado anteriormente, el momento de la *obtención* de la prueba. Sin embargo, la necesidad de proteger los derechos fundamentales y la posibilidad de interpretar dicho artículo de diversas formas han provocado que existan, dentro de la doctrina española, distintas posiciones al respecto. En consecuencia, el concepto de prueba ilícita podría verse ampliado o restringido según el modo en que se aplique el término “obtención”.

Para algún autor, la clave interpretativa radica en identificar qué es lo que se “obtiene” con relación al elemento probatorio, ya que podría tratarse de la obtención de una fuente de prueba o de la obtención de un medio de prueba²⁸⁵. En este sentido, la ilicitud podría surgir fuera o dentro del proceso, ya que el artículo 11.1 LOPJ sólo se refiere a la “prueba obtenida (...) violentando los derechos o libertades fundamentales”, sin especificar si se refiere concretamente a las fuentes o a los medios de prueba adquiridos de dicha manera.

Para otros autores, el elemento temporal es tan trascendente que sirve como punto de referencia para estudiar y clasificar las pruebas ilícitamente obtenidas y sus efectos²⁸⁶. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina actual, lo decisivo es determinar si la “obtención” debe entenderse en sentido estricto o en sentido amplio y, en consecuencia, definir a cuáles pruebas puede aplicarse la regla de exclusión.

1. La obtención en sentido estricto: la ilicitud que surge al adquirir la fuente de prueba

De acuerdo con esta primera postura, debe predominar la interpretación literal del artículo 11.1 LOPJ, por lo que son ineficaces únicamente aquellas pruebas en cuya obtención se ha vulnerado algún derecho fundamental²⁸⁷. En este sentido, la obtención

²⁸⁵ Por ejemplo DE MARINO, R., “Las prohibiciones probatorias...”, cit., pp. 613-616, refiriéndose a las prohibiciones probatorias, distingue entre prohibiciones que afectan la investigación (tortura, narcoanálisis) y las prohibiciones que afectan la obtención del medio de prueba (revelación de secretos).

²⁸⁶ Nos referimos principalmente a BAYARRI GARCÍA, C. E., “La prueba ilícita y sus efectos”, cit., pp. 424-427. Para esta autora, “la doctrina al respecto de la prueba ilícitamente obtenida y sus efectos puede estudiarse y clasificarse según que atiendan o no a la relevancia de la introducción de la prueba en el proceso como determinante también de las irregularidades que afectan a la ilicitud de la prueba misma”. Entre “las posturas que no toman en consideración el momento procesal en que se produce la irregularidad, ni el carácter pre o post-procesal del mismo” ubica a autores como SAINZ DE ROBLES, ALBACAR, SILVA MELERO, VESCOVI, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ÁLVAREZ LANDETE y PAZ RUBIO, para quienes lo relevante es el tipo de infracción que origina la ilicitud (si entra en juego o no algún derecho fundamental, la ponderación de intereses, etc.). Por otro lado, señala la autora otro sector de la doctrina para el que sí es determinante el elemento temporal (vulneraciones cometidas durante la obtención de las fuentes de prueba o en su introducción al proceso), integrado por autores como FERNÁNDEZ ENTRALGO y VELASCO NÚÑEZ.

²⁸⁷ Defienden esta postura varios autores como: MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 167-169; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación...*, cit., pp. 50-51; MARTÍNEZ DE

se refiere estrictamente a aquella labor desarrollada para la búsqueda y adquisición de fuentes probatorias, que se realiza usualmente en la etapa preprocesal, si se trata del ámbito civil²⁸⁸, o en fase de instrucción en el caso del proceso penal²⁸⁹. Para los defensores de esta postura, resulta vital la distinción entre fuentes y medios de prueba, ya que la ilicitud puede surgir únicamente con relación a la adquisición de las fuentes, pero nunca durante la práctica de los medios probatorios²⁹⁰.

Pero además, esta posición ha sido respaldada por el TC desde sus primeras sentencias en materia de prueba ilícita. Al respecto, indicó el Tribunal que:

“Es verdad que la Sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1984 decretó la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y tal doctrina

SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 18; y MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 189 y 190.

²⁸⁸ Es necesario tomar en cuenta que en el proceso civil no existe una fase de investigación propiamente dicha, sino que tal actividad se realiza usualmente de forma privada por las partes, en un momento preprocesal. Recordemos las palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona 1969, p. 737; quien señalaba que “a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal. En el proceso civil la instrucción se limita (...) a la entrega de los autos a las partes que tomen conocimiento de ellos y formulen, en su caso, peticiones. Una instrucción del proceso, equivalente a la instrucción sumarial, se efectúa, pero carece de normas de procedimiento y es dejada a la libre iniciativa de las partes. Incluso en aquellos supuestos en los que se permita la práctica de alguna diligencia con anterioridad al proceso, ésta no tiene verdaderamente carácter instructorio, en cuanto su posterior utilización queda sujeta a la voluntad de la parte”.

²⁸⁹ En algún caso excepcional, la obtención de la fuente de prueba podría coincidir con un momento procesal, por ejemplo cuando haya hechos de nueva noticia y la parte deba de adquirir elementos probatorios para demostrar los mismos. Lo que debe de quedar claro es que este sector de la doctrina asocia la prueba ilícita exclusivamente con la obtención (sea preprocesal o intraprocésal), pero en ningún caso con la admisión y práctica de la prueba. De acuerdo con MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 190, “es importante subrayar que si bien la obtención de esta prueba ilícita puede coincidir en tiempo con la tramitación del proceso (...), eso no hace que deba confundirse con una prueba irregularmente practicada en el mismo. En efecto, no estamos ante un defecto formal de naturaleza procesal, sino ante un defecto de naturaleza material que atañe al contenido esencial de un derecho garantizado de forma prioritaria por el ordenamiento jurídico y que, en consecuencia, ha de permanecer siempre incólume”.

²⁹⁰ Comenta MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 167, que “aun siendo poco expresiva la terminología, pues está ya admitido hablar de prueba ilícita o prohibida, lo que importa resaltar es que respecto de las fuentes lo que debe cuestionarse es su modo de obtención. Un medio de prueba, es decir, una actividad que se realiza en el proceso con sujeción a lo dispuesto en la ley, no puede ser algo prohibido o ilícito; el medio de prueba podrá realizarse de modo ilegal, es decir, contraviniendo la norma que lo regula, pero es algo distinto de la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba”.

debe ahora reiterarse. Sin embargo, tal doctrina en el caso presente no podría llevar nunca a la estimación del amparo por las siguientes consideraciones: a) la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión...” (STC 64/1986, de 21 de mayo [RTC 1986\64]).

Más recientemente, hemos visto esta opinión respaldada también por el TS, que, con relación al tema, ha indicado que:

“La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta” (STS, sala 1ª, núm. 386/2007 de 29 de marzo [RJ 2007\1760]).

En consecuencia, si la ilicitud se vincula a la obtención en sentido estricto, los demás supuestos en los que la prueba se origine en la lesión de un derecho fundamental que haya ocurrido durante la admisión o práctica de los medios de prueba deberán abordarse a través de la nulidad de las actuaciones y no aplicando la regla de exclusión.

2. La obtención en sentido amplio: la ilicitud que surge a lo largo del proceso

En contraposición a la postura anteriormente expuesta, existe otro sector de la doctrina que se decanta por una interpretación más amplia del término “obtención” utilizado por el artículo 11.1 LOPJ²⁹¹. Para estos autores, la obtención de la prueba no se limita a la investigación y adquisición de las fuentes, sino que más bien debe entenderse como toda aquella “labor tendente a allegar un resultado probatorio al

²⁹¹ Destacan los siguientes autores: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, cit., pp. 197 y 198; DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, cit., vol. I, pp. 264-265; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp.28-31 y 68-71; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 339-344; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 93-102; PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba...*, cit., p. 286; ASENSIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pp. 81-84; DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 22-24; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, p. 1025.

proceso”²⁹². En consecuencia, la ilicitud probatoria podría surgir también durante la incorporación de las fuentes de prueba al proceso.

Por un lado, los defensores de esta postura admiten que la mayoría de los casos de prueba ilícita se originan en el período de investigación. No obstante, señalan que también hay supuestos importantes que se producen durante los momentos de admisión y práctica de los medios de prueba. No se refieren, sin embargo, a cualquier irregularidad formal que pueda acontecer durante la práctica o a la vulneración de principios procesales como, por ejemplo, la contradicción o la inmediación; sino que se trata de la vulneración de auténticos derechos fundamentales (sustantivos y procesales) que podría ocurrir durante el juicio. Tal podría ser el caso si un testigo quebranta el secreto profesional y, consecuentemente, el derecho a la intimidad de una de las partes, o si en el proceso penal declara el cónyuge del imputado sin que se le advierta que no tiene obligación de hacerlo, o bien si una parte o un testigo recibe amenazas graves estando ya en las instalaciones del juzgado y justo antes de declarar, etc. Es en estos casos, cuando existe la vulneración de algún derecho fundamental en el origen de la prueba, que debe aplicarse la regla de exclusión²⁹³.

Básicamente, los defensores de la interpretación amplia del término “obtención” se sustentan su posición en dos motivos²⁹⁴:

- a) El fundamento de la regla de exclusión es la protección de los derechos fundamentales y la infracción que origina la prueba puede suceder tanto en un momento preprocesal como en la admisión y práctica de la prueba. Para proteger íntegramente los derechos fundamentales debe aplicarse la regla de exclusión en ambos casos (ante una violación preprocesal y una

²⁹² Según ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 82. En esta misma línea se ubica DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, cit., vol. I, p. 264, al indicar que la obtención (también llamada “producción”) de la prueba es la “fase de la actividad probatoria [que] comprende todos los actos procesales e incluso extraprocesales con finalidad procesal, que de una u otra manera conducen a poner la prueba a disposición del juez e incorporarla al proceso”.

²⁹³ De acuerdo con DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 23; y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 101 y 102; entre otros.

²⁹⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 100 y 101.

intraprocesal); de lo contrario podría ocurrir que una misma vulneración de un mismo derecho fundamental reciba un tratamiento distinto según se ocasione en una etapa u otra del proceso.

- b) Si se aplica el régimen de nulidad a los casos de prueba ilícita originados en una etapa intraprocesal, la figura de la interdicción de la indefensión no abarcaría todas las posibles violaciones que podrían surgir durante la admisión y práctica de la prueba, sino solamente una parte de ellas.

Resta hacer una importante precisión: para poder distinguir si la infracción realmente provoca la ilicitud probatoria, lo esencial será que exista una relación de causalidad entre la vulneración del derecho fundamental y la prueba resultante; es decir, que la prueba que se considera ilícita se debe haber producido gracias a la lesión del derecho fundamental²⁹⁵. La utilización de este criterio permite delimitar con mayor exactitud el concepto de prueba ilícita, ya que se deja fuera un extenso abanico de infracciones que pueden ocurrir durante el procedimiento probatorio, englobando únicamente aquellas en donde la prueba se origina directamente en la violación del derecho fundamental.

3. Valoración de ambas posturas

A efectos prácticos, la relevancia de optar entre una u otra postura radica en poder precisar, conforme al momento en que se produce la violación del derecho fundamental, si a una prueba originada en la vulneración de un derecho fundamental debe aplicarse la regla de exclusión (incidente de ilicitud probatoria regulado en los arts. 287 LEC y 237 CPCH) o la regla de interdicción de la indefensión (nulidad de actuaciones regulada en los arts. 225 LEC y 212 CPCH). En este sentido, una misma infracción podría tener un distinto tratamiento procesal si se cometiera durante la

²⁹⁵ Hacen relación a este vínculo de causalidad algunos autores como: ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 82; DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 23 y 24; y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 93-98. Para evitar cualquier posible confusión, aclaramos que no nos referimos al vínculo de causalidad que existe entre una prueba ilícita y una prueba derivada (de acuerdo con la teoría del árbol emponzoñado o la teoría de la eficacia refleja). En estos momentos estamos haciendo alusión al vínculo de causalidad que existe entre la lesión del derecho fundamental (causa) y la prueba que será declarada ilícita (consecuencia).

investigación y obtención de las fuentes de prueba (etapa preprocesal), o si aconteciera durante el juicio en la fase de práctica de la prueba (etapa intraprocésal)²⁹⁶.

Con relación a las dos posiciones analizadas en cuanto a la interpretación del término “obtención” aplicado por el artículo 11.1 LOPJ, hemos observado que la interpretación estricta es la postura que predominaba inicialmente, durante los primeros años de aplicación de la LOPJ. A pesar de los argumentos claros y sólidos esgrimidos por los defensores de esta primera postura, los autores actuales parecen decantarse por la interpretación amplia del término “obtención”, principalmente por propugnar una mayor eficacia de los derechos fundamentales.

Entendemos que la diferencia entre una y otra postura radica en que la interpretación estricta limita la ilicitud al momento de adquisición de las fuentes de prueba, mientras que la interpretación amplia sostiene que, en algunos casos menos frecuentes, la ilicitud también puede originarse durante la práctica de los medios de prueba. Sin embargo, el problema de la segunda postura es que no expresa con claridad cuáles son los parámetros para identificar las infracciones que intraprocésalmente generan la ilicitud probatoria.

Creemos que la ilicitud de una prueba surge, indudablemente, durante la obtención de las fuentes en el contexto extraprocésal, empero, no descartamos que existan supuestos en los que la ilicitud pueda surgir durante la práctica de los medios de prueba. Para poder identificar estos casos, proponemos recurrir al análisis de la naturaleza y la estructura de los distintos medios de prueba, así como a la identificación de lo que sería la “fuente” y el “medio” de cada uno de ellos. En este sentido, a las llamadas pruebas reales²⁹⁷, cuyas fuentes están constituidas por objetos, puede aplicarse

²⁹⁶ Para ilustrar esta afirmación podemos acudir al ejemplo que recoge GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 101; quien comenta que “... las vulneraciones del derecho a la integridad física y moral cometidas por el fiscal en la fase de juicio oral (por ejemplo, amenazas a un testigo) se ubicarían en el terreno de la interdicción de la indefensión, mientras que las infracciones del mismo derecho cometidas por la policía en la etapa previa de investigación de los hechos (por ejemplo, la tortura) permanecerían en el ámbito de la regla de exclusión”.

²⁹⁷ Nos referimos a la distinción clásica entre pruebas reales y personales, que aunque criticada por algunos autores por sus límites supuestamente difusos, nos parece bastante útil. En este sentido, DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, cit., vol. I, p. 504; SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, cit., t. I, pp. 76-77.

la interpretación estricta del término obtención. Con relación a este tipo de pruebas (documentos, filmaciones, grabaciones, información contenida en soportes digitales), es más fácil reconocer el momento preciso en que se genera la obtención de la fuente y las circunstancias en que se realizó. En consecuencia, la identificación de un acto que vulnera un derecho fundamental se puede realizar con precisión. Algunos ejemplos que podemos citar, a modo ilustrativo, sería la obtención de un documento a través de una entrada no autorizada a un domicilio, la grabación por parte de un detective de una conversación ajena, la obtención de información accediendo sin autorización a la cuenta personal de correo electrónico de la contra parte, etc.

Por el contrario, cuando se trata de pruebas personales, es más difícil identificar el momento preciso de la obtención. Además, con relación a este tipo de pruebas resulta más complejo separar (cronológica y materialmente) la fuente de prueba del medio de prueba. Creemos que en estos supuestos podría aplicarse la interpretación amplia del término “obtención”, ya que, en muchas ocasiones, sólo se accede verdaderamente a la información que proporciona la prueba cuando ésta se practica en juicio y no cuando se obtiene extraprocesalmente. Por ejemplo, pensemos en la prueba testifical. Si se considera que la fuente de dicha prueba es el testigo y su conocimiento sobre los hechos²⁹⁸, ¿cuándo adquiere una parte esta fuente de prueba? ¿Acaso se obtiene cuando el testigo toma conocimiento de los hechos? ¿Se adquiere cuando la parte propone la prueba testifical o cuando el órgano judicial la admite? ¿O acaso se obtiene la fuente de prueba cuando se cita al testigo? En este caso, creemos que las partes acceden realmente al contenido de la prueba, a la información que ésta pueda aportar, cuando se realiza el respectivo interrogatorio del testigo. Por consiguiente, sería posible que en ese momento de “acceso” (que también podríamos llamar adquisición u obtención), pueda producirse la lesión de un derecho fundamental y consecuentemente la ilicitud de la prueba.

Por otro lado, es importante tener en cuenta el factor “causalidad”. En este sentido, la prueba será ilícita y deberá excluirse cuando la vulneración del derecho fundamental sea la causa de la obtención de la prueba, aun cuando dicha infracción se produzca en la admisión o práctica de la prueba. Sin embargo, no serían pruebas ilícitas

²⁹⁸ Con relación a la diferenciación entre fuentes y medios de prueba, seguimos el modelo expuesto por MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 146-149; quien procede a identificar, con relación a cada tipo de prueba, cuál es la fuente y cuál es el medio a través del que se practica.

aquellas que producen la vulneración de una garantía procesal *después* de haber sido admitidas o practicadas. En este último caso, la vulneración del derecho sería consecuencia –y no causa– de la prueba. Esto sucede, por ejemplo, cuando se admite indebidamente un medio de prueba propuesto sorpresivamente y de forma extemporánea, produciéndole indefensión a la parte contraria a la que lo propuso, y así sucesivamente se vulnera su derecho al proceso con todas las garantías o su derecho a la efectiva tutela judicial. En este supuesto no estaríamos hablando de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, sino que sería una prueba que se sancionaría por otra vía legal (por ejemplo la nulidad), pero no aplicando la Regla de Exclusión.

En definitiva, no intentamos aportar una fórmula exacta que determine el instante preciso en que se obtiene una prueba y en el que, si existe la vulneración de un derecho fundamental, se produciría la ilicitud. Tampoco la ciencia jurídica se compone de modelos exactos, sino que se trata más bien de aplicar normas generales a casos concretos. En ese sentido, creemos que la naturaleza y la estructura de la prueba específica, cuya ilicitud se discute, son parámetros que deben tomarse en cuenta para determinar si, con relación a ese tipo de prueba, la ilicitud puede surgir intraprocesalmente o solamente de forma extraprocesal. Además, deberá prestarse atención a la forma en que se obtuvo la prueba, de manera que la vulneración del derecho fundamental sea la causa (y no la consecuencia) de dicha obtención. Esto nos ayudará a determinar si la prueba es ilícita y, por tanto, si debe excluirse a través del régimen del artículo 11.1 LOPJ.

D. EL ELEMENTO PROCESAL

Constatada la ilicitud de un elemento probatorio, es decir, cuando se ha corroborado que la prueba fue adquirida a través de la vulneración de un derecho fundamental, se desencadena una serie de reacciones procesales tendentes a garantizar la ineficacia (exclusión procesal) de la prueba espuria. Estas reacciones o efectos componen el cuarto elemento de la prueba ilícita, que engloba el aspecto procesal de la misma.

Cuando nos referimos a la prueba ilícita, no basta con que exista la comisión material de una infracción al obtener la prueba, ya que ésta carecería de trascendencia

procesal si no fuera porque lleva aparejada una sanción específica que se le debe aplicar; en este caso y conforme con la LOPJ, la de no surtir efecto. Por ello, si no operase esa sanción procesal, la vulneración de un derecho en la obtención de la prueba podría ser distintas cosas (una infracción administrativa, un delito, abuso de poder, un acto de mala fe, una diligencia nula), pero no necesariamente una prueba ilícita. Veamos entonces cuáles son los efectos procesales que están vinculados con la ilicitud probatoria²⁹⁹.

1. Ineficacia de la prueba ilícita

La sanción que se aplica a las pruebas prohibidas se fundamenta en el artículo 11.1 LOPJ, el cual indica claramente que éstas “no surtirán efecto”. La redacción de dicha norma refleja una posición garantista en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, cuyas consecuencias procesales pueden ser resumidas de la siguiente forma:

²⁹⁹ Tanto el tratamiento procesal como los efectos de la prueba ilícita son temas que expondremos en los Capítulos IV y V, por lo cual nos limitaremos, de momento, a señalar los rasgos principales de esta materia, con el objetivo de expresar por qué los efectos procesales constituyen un elemento importante en el estudio del concepto de prueba ilícita.

Por otro lado, señalamos *a priori* que existen diversas posturas con relación al efecto y al tratamiento procesal que debería darse a las pruebas ilícitas. Hasta la década de los 80, no era extraño que se defendiera la admisibilidad y la eficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de las normas legales y constitucionales. Se consideraba que predominaba el interés social de conocer la verdad de los hechos y castigar al delincuente; mientras que la sanción de la ilicitud probatoria consistía solamente en la responsabilidad penal, administrativa o civil del sujeto que había violado la Ley o el derecho fundamental. Con relación a esta postura podemos referir autores como SCHÖNKE, GUASP, PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, MUÑOZ SABATÉ, FLEMING y WIGMORE. Posteriormente, durante las últimas décadas del S. XX, comenzó a predominar la posición garantista de los derechos humanos, respaldada por aquéllos que sostenían que la prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental debería de ser completamente ineficaz. En este grupo, en el que situamos al artículo 11.1 LOPJ (considerado en sí mismo, sin los matices que, con relación a su aplicación, introduciría posteriormente la jurisprudencia), podemos encontrar además a autores como MANRESA Y NAVARRO, SERRA DOMÍNGUEZ, SILVA MELERO, MUÑOZ CONDE, MONTÓN REDONDO, VESCOVI, DE MARINO y SENTIS MELENDO. Finalmente, los defensores de la postura intermedia, han sostenido que es necesario evaluar el caso concreto, ponderar los intereses en juego, tomar en cuenta la gravedad de la vulneración y considerar también cuál es el delito perseguido. En esta posición podemos referir autores como SAINZ DE ROBLES, ALBACAR, DEVIS ECHANDÍA y MUÑOZ CONDE. Analizan estas tres posturas MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 53-65; PASTOR BORGONÓN, B. “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 355-362; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., pp. 85-114.

- a) “Las pruebas obtenidas directamente violentando derechos fundamentales (...), no surten efectos en el proceso;
- b) Las pruebas obtenidas indirectamente violentando derechos fundamentales, tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja o frutos del árbol envenenado)”;
- c) No importa quién haya conseguido la prueba ilícita;
- d) No importa el momento procesal en que se haya obtenido la prueba prohibida, si en la fase de investigación o en cualquier otra fase;
- e) No importa la clase de proceso en que se quiera hacer valer; y
- f) Si es prueba prohibida, se excluye del proceso, es decir, queda prohibida su admisión, práctica y valoración”³⁰⁰.

Para lograr esa ineficacia establecida en la LOPJ, lo ideal sería que la prueba ilícita fuese expulsada del proceso lo antes posible, es decir, en el momento que la ilicitud sea manifiesta y en cuanto ésta pueda acreditarse ante el órgano judicial. La temprana exclusión de la prueba prohibida permite asegurar que la ineficacia sea real, ya que, de lo contrario, se corre siempre el riesgo de que la prueba tenga un efecto psicológico sobre el juez o tribunal, aunque sea de forma inconsciente³⁰¹.

³⁰⁰ En palabras de GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 116. En sentido similar se ha pronunciado el TC en su reciente sentencia 111/2011, de 2 de agosto (TOL2.207.739), en la cual afirma que: “Tal como pone de relieve este Tribunal en su STC 69/2001, de 17 de marzo, “la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la *imposibilidad de admitir en el proceso* una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental”. En efecto, “desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114), este Tribunal ha afirmado la *prohibición absoluta de valoración* de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba *no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos*, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales...” (las cursivas son nuestras). Véase también las SSTC 107/1985, de 7 de octubre (RTC 1985\107); 64/1986, de 21 de mayo (RTC 1986\64); 80/1991, de 15 de abril (RTC 1991\80); 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994\85); 181/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995\181); 49/1996, de 26 de marzo (RTC 1996\49); 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81); 49/1999, de 5 de abril (TOL81.121).

³⁰¹ El efecto psicológico causado en el órgano judicial es uno de los problemas que se dan con relación a la exclusión de la prueba ilícita. En este sentido, un elemento probatorio ilícito puede haber sido expulsado del proceso, pero si el juez llegó a conocerlo será muy difícil que éste a su vez lo “expulse” por completo de su mente. Si bien es cierto que la prueba ilícita no se podrá tomar en cuenta para fundamentar la sentencia, es posible que el órgano judicial la aprecie de forma indirecta, es decir, para valorar la credibilidad de los demás resultados probatorios. Algunas de las soluciones propuestas por la doctrina ante este problema son la recusación del juez o la exigencia de una motivación especial en la sentencia; sin embargo, como hemos mencionado, se trata de temas que analizaremos en un capítulo posterior. Con relación al efecto psicológico de la prueba prohibida, véase PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 84-89; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba*

En consecuencia, si la ilicitud se manifiesta al inicio del proceso, la prueba deberá ser inadmitida (art. 283.3 LEC). En cambio, si dicha condición se conoce una vez que la prueba ha sido incorporada al proceso, pero antes de que se practique, se excluirá a través del incidente contradictorio regulado en el artículo 287 LEC. No obstante, si la ilicitud de la prueba se llega a conocer después de su práctica, será trascendental que el órgano judicial se abstenga de valorarla, no pudiendo tener en cuenta el resultado probatorio para la configuración fáctica de la sentencia³⁰².

La prohibición de valoración de la prueba ilícita se convierte entonces en el eje central de la sanción de ineficacia, en el sentido que, independientemente de cuándo se excluya la prueba (en la fase de admisión, durante o después del juicio oral, o por vía de recurso) el objetivo final es que ésta no sea valorada, que no sirva para fundamentar la sentencia. Por el contrario, la valoración de la prueba ilícita implicaría “una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro”³⁰³.

Además de la exclusión de la prueba ilícita y de la prohibición de valoración, otro factor que garantiza su ineficacia es la imposibilidad de subsanarla, de forma que no se podría convalidar explícita ni tácitamente la diligencia o el acto original viciado de inconstitucionalidad. Únicamente se podría incorporar la información al proceso si se realiza otra diligencia completamente nueva, que cumpla con todos los requisitos constitucionales, a través de la cual se vuelva a obtener la fuente de prueba. Sin embargo, en la realidad, dicha posibilidad es casi inexistente, ya que las condiciones de

ilícita..., cit., pp. 109-113; y DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., p. 53.

³⁰² Estudiamos el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso civil en el Capítulo V de esta tesis.

³⁰³ Así lo estableció el TC a partir de su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114) y, entre otras, en las SSTC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81) y 111/2011, de 2 de agosto (TOL2.207.739).

las cosas cambian con el transcurso del tiempo y difícilmente podrán volver a obtenerse las fuentes adquiridas inicialmente de forma ilícita³⁰⁴.

2. Ineficacia de la prueba derivada

Excluida la prueba ilícita del proceso, aún es posible que surta efectos indirectamente, de una forma más inmediata que la psicológica. Por ejemplo, pensemos en una diligencia de entrada y registro realizada en la sede de una empresa (conforme al art. 261.2ª LEC), a través de la cual se obtienen ciertos documentos que permiten relacionar a terceras personas con el caso. Sabiendo que dichos sujetos pueden aportar información valiosa, se les cita para que comparezcan como testigos. Sin embargo, el día del juicio, la empresa alega que la diligencia de entrada y registro fue ilícita porque la resolución judicial que la autorizaba no estaba debidamente motivada. Tras desarrollar el incidente contradictorio del artículo 287 LEC, el juez declara que, efectivamente, se trata de una diligencia ilícita que debe ser excluida del proceso, incluidos los documentos que fueron ocupados ese día. Ahora bien, ¿qué pasa con los testigos que fueron conocidos y citados gracias a la diligencia ilícita? Si ellos declaran en el juicio, aportarían la información que estaba en los documentos ilícitamente obtenidos y la enriquecerían con otros datos nuevos. En este sentido, los documentos ilícitos, ya excluidos del proceso, estarían surtiendo efecto a través de la declaración testifical.

Este es un caso en el cual se puede apreciar la eficacia refleja que produce una prueba que en si es lícita, pero que se deriva de otra ilícita. Como si fuera un espejo, la prueba derivada (el testimonio, en este ejemplo) refleja el contenido de la prueba ilícita (los documentos) y permite conocerlo e incorporarlo al proceso³⁰⁵. En consecuencia, se

³⁰⁴ De acuerdo con PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 80 y 81, “la imposible subsanación o convalidación de la prueba ilícita no supone que el elemento probatorio logrado con infracción de un derecho fundamental no pueda volver a obtenerse, con posterioridad, mediante el procedimiento legal previsto. Al respecto, entendemos que es necesario distinguir dos supuestos, a saber, aquéllos en que existen las condiciones legales para efectuar válidamente el acto ilícito y aquéllos en que no existen tales condiciones, pues en el primer caso podrá volverse a procurar (que no subsanar), esta vez por los cauces legales, el elemento probatorio inicialmente logrado de forma ilícita, mientras que en la segunda hipótesis no será posible”. Concuerda con esta opinión GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 150. En este sentido también la STS de 28 de marzo de 1995 (RJ 1995\2246).

ha determinado que las pruebas que se deriven de la prueba ilícita también deben ser excluidas, ya que, de lo contrario, la sanción de ineficacia no se vería realmente cumplida. Así lo recoge el artículo 11.1 LOPJ cuando establece que no surtirán efecto las pruebas que se hayan obtenido *indirectamente* violentando los derechos o libertades fundamentales³⁰⁶. En el ejemplo planteado, el efecto reflejo de la prueba ilícita implicaría que a los testigos no se les permita declarar con relación a la información que se obtuvo en el registro ilícito, o inclusive que no se admita esa prueba testifical en absoluto (o que se excluya, en caso que ya hubiera sido admitida).

A estos efectos, en España se ha asumido la teoría de los frutos del árbol envenenado, desarrollada originalmente por los jueces norteamericanos³⁰⁷. De acuerdo

³⁰⁵ De acuerdo con MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., p. 113, “la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas”. Sobre el efecto reflejo de las pruebas derivadas y su debida exclusión exponen, entre otros, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, M. I., “La eficacia refleja de la prueba prohibida” en *Revista General de Derecho Procesal*, no. 19, 2009; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 154 y 155; DÍAZ CABIALE, J.A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 74-76; ASENSIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 118.

³⁰⁶ No obstante, un sector minoritario de la doctrina entiende que el término “indirectamente”, consignado en el artículo 11.1 LOPJ, no se refiere a la teoría del árbol envenenado. Podemos citar entre estos autores a PASTOR BORGONÓN, B. “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 361-362; y PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 67-71. Indica este último autor que lo que realmente pretende el artículo 11.1 LOPJ es destacar “la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental (ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone indirectamente conculcar otros derechos fundamentales (así, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes)”.

³⁰⁷ De acuerdo con FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pp. 434 y 435; el origen de esta doctrina se encuentra en la sentencia *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), específicamente en el voto particular del Juez Holmes. Sin embargo, resalta el autor, la plástica denominación actual fue acuñada posteriormente por el Juez Frankfurter en la sentencia del caso *Nardone v. United States* (1939). Sobre el desarrollo de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y su recepción en España puede consultarse además a SALAS CALERO, L., “El futuro de la doctrina de la prueba prohibida...”, cit. vol. II, pp. 1737-1752; VELASCO NÚÑEZ, E., “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)”, en *Revista general de derecho*, no. 624, 1996, pp. 10149-10174; GOYENA HUERTA, J., “Los límites de la prueba en el Proceso Penal. La prueba prohibida: Correcciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, no. 1, 2003, pp. 127-176; MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La evolución de la doctrina de los frutos del árbol envenenado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en

con esta metáfora, el veneno del árbol emponzoñado (la prueba ilícita) se transmite a sus frutos (las pruebas derivadas), de forma que ambos son igualmente perjudiciales (efecto reflejo). Para determinar si una prueba se deriva de la prueba ilícita, debe corroborarse que exista entre ellas una relación de causalidad, de modo que no podría haberse conocido la prueba derivada si no hubiera sido a través de la información aportada por la prueba ilícita.

Sin embargo, determinó el TC que no basta con la existencia de una conexión natural de causalidad entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino que además deberá constatarse que haya entre ellas un vínculo de causalidad jurídica. De esta forma, se desarrolló la teoría de la conexión de antijuridicidad³⁰⁸, de la cual derivarían posteriormente otra serie de “excepciones”, creadas para modular los efectos de la aplicación estricta de la teoría de la eficacia refleja³⁰⁹. Encontramos entre éstas la teoría del nexo causal atenuado, el descubrimiento inevitable, la confesión voluntaria, el hallazgo casual y la excepción de la buena fe, que serán analizadas en el Capítulo IV.

Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 501-514.

³⁰⁸ Indicó el TC en la sentencia 81/1998 de 2 de abril que: “en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4., y 54/1996, fundamento jurídico 9)”. A continuación, indicó en la misma sentencia, con relación a las pruebas derivadas, que “para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”. Con relación a la conexión de antijuridicidad, puede consultarse también la STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003\22).

³⁰⁹ Sobre este tema, comenta GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p.120; que “la interpretación extensiva (la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado), se mantuvo pura muy poco tiempo, hasta 1995, año inmediatamente posterior al recogimiento de la teoría de la eficacia refleja (...), lo que indica que la jurisprudencia española no tardó mucho tiempo en darse cuenta que en la práctica la adopción de la doctrina refleja dejaba en realidad en libertad a grandes criminales autores de delitos horrendos, y empezó a buscar la manera de que ello no sucediera, sin discutir lo esencial de la doctrina del TC sentada en 1984 sobre la prueba prohibida, sólo centrándose en negar las consecuencias de la eficacia refleja, por tanto hallando una vía para que no todas las pruebas derivadas o existentes en el proceso, además de la verdaderamente ilícita, fuesen fruto del árbol envenenado”.

Por otro lado, encontramos la prueba independiente, es decir, aquella que no guarda vínculo alguno con la prueba ilícita. Como se comprenderá, la eficacia de este tipo de prueba no se ve afectada por la exclusión procesal de la prueba ilícita³¹⁰.

3. Consecución procesal de la sanción de ineficacia

Si bien la prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva del sistema constitucional de derechos fundamentales y se encuentra consignada en el ordenamiento (art. 11.1 LOPJ)³¹¹, la sanción de invalidez no se aplica sino hasta el momento en que un órgano judicial reconoce y declara la ilicitud de la prueba. La *inutilizzabilità* no es algo automático: primero, la ilicitud debe ser alegada por alguna de las partes o suscitada de oficio por el juez de forma que, tras corroborar que efectivamente se vulneró algún derecho fundamental en la obtención de la prueba, proceda a ordenarse su exclusión. Mientras no se produzca la declaración de invalidez, la prueba ilícita continuará formando parte del acervo probatorio y podrá ser valorada por el juez³¹².

Para que el órgano judicial reconozca la ilicitud de una prueba y le aplique la sanción de ineficacia, deberá seguirse una serie de pautas establecidas por el legislador.

³¹⁰ La prueba independiente no está conectada causalmente a la prueba ilícita, no existe entre ellas un vínculo natural ni mucho menos jurídico, sino que se trata de una prueba completamente autónoma. En este sentido, comentaba el TS en su sentencia de 11 de octubre de 1994 que “la prueba ilegítimamente obtenida no vicia las restantes practicadas en el proceso si es posible una desconexión causal entre unas y otras (así, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 octubre 1992)... no se puede, en consecuencia, hablar de su *contaminación* en base a la doctrina de *los frutos del árbol envenenado* en cuanto, utilizando la misma metáfora, las pruebas que valoró la Sala “a quo” fueron fruto de un árbol distinto y sano.”

³¹¹ Así lo estableció el TC a partir de la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114). De esta forma, “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)” (STC 111/2011 de 2 de agosto [TOL2.207.739]).

³¹² MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación...*, cit., p. 169; lo explica de la siguiente forma: “...es necesario precisar las diferencias existentes entre invalidez, como sanción impuesta por el juez, e ineficacia, como falta de efectos conforme a un mandato legal. Para que se produzca esta última, es imprescindible una declaración formal de nulidad o anulabilidad del órgano jurisdiccional. Entretanto no se realice esta declaración, existe una apariencia de legalidad y el acto produce su eficacia. En términos de prueba ilícita, en tanto el Juez no conozca, bien de oficio, bien a instancia de parte, de esta ilicitud, esas pruebas entrarán en el proceso y podrán incluso formar parte del acervo probatorio susceptible de ser valorado”.

En este sentido, es posible que para conocer la ilicitud probatoria se haya regulado un tratamiento con formalidades específicas, como sucede en el proceso civil español con el artículo 287 LEC (en Honduras el art. 237 CPCH). Por otro lado, puede suceder que la legislación determine que las pruebas ilícitas se considerarán nulas y, en consecuencia, se excluyan aplicando el régimen de nulidades³¹³. Existen incluso casos de vacío legal, en donde no se indica cómo se excluirán las pruebas ilícitas del proceso, por lo cual los mismos tribunales deben buscar un mecanismo para apartar la prueba del proceso, por ejemplo, a través de la aplicación analógica de otra norma³¹⁴.

En síntesis, puede concluirse que en el proceso civil español la ineficacia de la prueba ilícita, establecida en el artículo 11.1 LOPJ, se concreta a través del desarrollo del incidente regulado en el artículo 287 LEC. Es importante destacar que tanto las partes como el tribunal pueden suscitar dicho incidente y, además, que debe respetarse el principio de contradicción, ya que, como establece el mismo artículo, “se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud”.

E. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA

Al principio de este capítulo hemos tomado como punto de referencia la concepción legal esbozada en el artículo 11.1 LOPJ. Hemos analizado las distintas posturas de la doctrina española con relación a la forma en que debe denominarse esta

³¹³ Este es el caso que se da, por ejemplo, en el proceso penal hondureño ya que, a pesar de que existe un artículo específico que determina la ineficacia de las pruebas ilícitas o prohibidas (art. 200 CPPH), la exclusión formal de éstas se hace aplicando el régimen de nulidad (arts. 165; 166 numerales 4, 5, 6 y 7; 169, 316, 317 Y 320 CPPH). Así lo explican Comentan CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., p. 459 y 460; y PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 288-289.

³¹⁴ Así suceden en Francia, según lo explica ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 57-61; ya que en la legislación de este país no se regula expresamente la figura de la prueba ilícita. No obstante, en la práctica se aplica el régimen de nulidades sustanciales (arts. 171 y 802 del *Code de Procédure Pénale*). De acuerdo con la autora, “si hubiera que recoger una definición de prueba ilícita en el derecho francés se referiría a aquella para cuya obtención se ha violado una norma legal específica o en defecto de ésta se han quebrantado derechos fundamentales o el principio de lealtad.” Señala además que “a falta de mayor precisión legal, la jurisprudencia ha desarrollado una amplia doctrina en torno a las circunstancias que deben acreditar quienes alegan vulneración de formalidad sustancial, que por atentar a sus intereses, conducen a la nulidad”.

figura, concluyendo que los términos más utilizados son los de “prueba prohibida” y “prueba ilícita”.

El análisis de los distintos elementos que componen esta figura nos ha ayudado a comprender su finalidad y su alcance, de manera que podamos ahora formular un concepto de lo que, conforme con el sistema jurídico español, es la prueba ilícita. Si nos ajustamos a la literalidad de la expresión, podemos decir que, en sentido amplio, *será prueba ilícita toda aquella que infrinja una norma del derecho positivo vigente*. Sin embargo, considerando el concepto desde la perspectiva técnica-jurídica bajo la que actualmente se utiliza, diremos que, en sentido estricto, *es prueba prohibida o prueba ilícita aquella que ha sido obtenida a través de la vulneración de un derecho fundamental y que tiene como consecuencia la total ineficacia procesal*.

III. LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN LA REPÚBLICA DE HONDURAS

Previo a analizar el tratamiento que el legislador y los tribunales han dado a la prueba ilícita en la República de Honduras, debemos precisar que existen ciertos matices que lo diferencian de aquél que se le ha proporcionado en España. El análisis que se ha realizado en las páginas anteriores de los elementos del concepto de prueba ilícita se fundamenta en la experiencia española, por lo cual debemos ahora transportar dichas ideas al espacio jurídico hondureño, donde veremos que coinciden en gran parte, pero que, al mismo tiempo, cobran vida propia y se desarrollan e implementan de forma autónoma. Así, partiendo de las similitudes entre los ordenamientos de ambos países, nos dedicaremos en este epígrafe a destacar las diferencias o particularidades que hemos observado con relación a la configuración de la prueba ilícita (y de sus distintos elementos) en este país centroamericano.

A. FUNDAMENTO LEGAL DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

En el ordenamiento hondureño la prueba ilícita –comprendida en un sentido estricto y contemplada desde sus característicos efectos procesales– es una figura de incorporación relativamente reciente, ya que se reguló por primera vez, de forma expresa, en el Código Procesal Penal (CPPH) aprobado en 1999 y que entró en vigor en

2002. De allí se tomó el concepto de prueba prohibida que fue posteriormente incorporado en el nuevo CPCH.

No obstante, en la legislación aprobada durante la década de los 80, ya se apreciaban algunos rasgos que apuntaban en el sentido de la Regla de Exclusión de la prueba ilícita, pero sin llegar a consignarla expresamente como una figura procesal. El anterior Código de Procedimientos Penales de 1984 establecía en el artículo 7 la prohibición de obtener declaraciones a través de la coacción y sancionaba las pruebas así obtenidas a través de la nulidad y la responsabilidad personal de quien cometiera la infracción. También la Constitución se pronuncia en este sentido, según puede constatarse en el artículo 88 CRH³¹⁵, agregando además en el artículo 100 CRH que los documentos obtenidos vulnerando el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones “no harán fe en juicio”.

Fue entonces a partir de la reforma procesal penal cuando se incorporó formal y expresamente la figura de la prueba ilícita al ordenamiento hondureño, con lo cual se comenzó a aplicar a estos supuestos el tratamiento procesal de “ineficacia”, junto con la doctrina del efecto reflejo³¹⁶. En el artículo 200 CPPH encontramos el siguiente texto:

Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información³¹⁷.

³¹⁵ De acuerdo con el artículo 88 CRH “no se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Nadie puede ser obligado en asunto penal, disciplinario o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente. Toda declaración obtenida con infracción de cualesquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley”.

³¹⁶ Como veremos a continuación, el tratamiento particular de la prueba ilícita en el proceso penal hondureño no dista finalmente de la regulación actual referente a la nulidad probatoria.

³¹⁷ Además, el CPPH también hace referencia a la prueba ilícita en otros artículos. De acuerdo con el artículo 94 CPPH, “cuando los Fiscales tengan en su poder pruebas y sepan que fueron obtenidas por

Algunos años más tarde, la exclusión de la prueba ilícita superó el ámbito procesal penal, al que había estado limitada anteriormente, y se incorporó por primera vez al proceso civil hondureño a través del CPCH³¹⁸. Partiendo del artículo recién citado, el legislador estableció en el artículo 237 CPCH, bajo la rúbrica de “prueba prohibida”, que:

1. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República, en los convenios internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Honduras, y en este Código. Carecerán también de eficacia probatoria cuando sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información.
2. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se ha vulnerado las garantías procesales fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato...

A la vez, esta concepción de prueba ilícita fue enriquecida en el CPCH al establecer el artículo 236 algunos elementos complementarios que nos ayudarán a perfilar su extensión. Indica este artículo, referido a la admisión de los medios de prueba, que “no son admisibles las pruebas que se hayan obtenido vulnerado derechos fundamentales o en contra de las prohibiciones establecidas por las disposiciones legales aplicables, en los términos expresados en el artículo siguiente”.

métodos ilícitos, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos, o degradantes y otros abusos de los derechos humanos, se abstendrán de utilizarlas; procederán contra quienes hayan empleado esos métodos para obtenerlas si consideran que se ha incurrido en responsabilidad penal; y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables comparezcan ante la justicia”. También el artículo 275 señala que “En la práctica de toda diligencia investigativa, las autoridades encargadas de la investigación preliminar guardarán el más absoluto respeto a los derechos individuales consagrados por la Constitución de la República, por los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte y por este Código”. Y con relación a la proposición y admisión de los medios probatorios, el artículo 317 establece que “solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita”.

³¹⁸ PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., pp. 37. Así se indica también en el Módulo de Capacitación “Aspectos técnicos del Código Procesal Civil dictaminado”, elaborado por el Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras y USAID, publicado como preámbulo al *Código Procesal Civil*, 1a ed., Ed. OIM, Tegucigalpa 2007, p. 59.

Aprovechamos para señalar algunas matizaciones que se incorporan en el CPCH con relación a la definición original del CPPH:

- a) Se cambia la rúbrica del artículo, pasando de “pruebas prohibidas o ilícitas” (CPPH) a ser simplemente “prueba prohibida” (CPCH). Estimamos que este cambio no es irrelevante, ya que la doctrina hondureña había criticado la utilización terminológica en el CPPH³¹⁹.
- b) Al definir el aspecto material de la prueba ilícita, es decir, el tipo de infracción genera la ilicitud, el CPCH es más amplio ya que, además de referirse a la lesión de normas constitucionales e internacionales, incluye también la violación de la legalidad ordinaria (normas del mismo CPCH). En otras palabras, ya no interesa únicamente la vulneración de garantías procesales constitucionales, sino que también se podrán considerar ilícitas las pruebas obtenidas con infracción de las garantías *legales* comprendidas dentro del CPCH, aspecto que analizaremos en el próximo apartado.
- c) De acuerdo con la redacción del artículo 237.2, la ilicitud probatoria surge en la obtención *u origen* de las pruebas que se han admitido, por lo cual se da una nueva extensión al elemento temporal. Ya no se trata únicamente de la obtención en sentido estricto, realizada durante la investigación de las fuentes de prueba, sino que podría también surgir en el “origen” de la prueba, tratándose éste de un concepto un poco más amplio.
- d) La redacción del artículo 236.1 también contiene otro elemento bastante interesante. Al prestar atención a los demás artículos citados como referencia

³¹⁹ En este sentido, comentaron CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp. 458 y 459, que “tiene sobra razón DE DIEGO DIEZ cuando denuncia la confusión que se padece en este artículo entre prueba prohibida y prueba ilícita. La prueba ilícita –explica GIMENO SENDRA- lo es por vulnerar un precepto legal (constitucional u ordinario), mientras que la prueba prohibida es aquella que vulnera derechos de la persona. Claro que, advierte DE DIEGO DIEZ, en seguida se comprende que el artículo 200 CPPH se contrae a la segunda, esto es, a la prueba prohibida”. Dicho punto de vista es compartido por PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 260-263. Como hemos expresado al inicio de este capítulo, nuestra opinión es que dicho debate es meramente terminológico y, en Honduras, se refiere más bien a la adopción de una concepción amplia o estricta del término “prueba ilícita”.

del concepto de prueba ilícita (art. 237 CPCH y art. 200 CPPH), puede observarse que se refieren siempre a “garantías procesales”. La particularidad del artículo 236.1 es que alude, en cambio, a la vulneración de “derechos fundamentales”, por lo cual entendemos que se refiere además a derechos *materiales*. Sobre este aspecto profundizaremos también en los próximos acápite.

Tomando en cuenta la concepción de la prueba ilícita reflejada por los artículos del ordenamiento hondureño recién referidos, podemos indicar que su fundamento coincide con el de la prueba ilícita española, es decir, que tiene como objetivo la protección de garantías fundamentales. En este sentido, no se trata sólo de un mecanismo judicial para disuadir a los funcionarios de cometer actuaciones ilícitas, o de un método para preservar la pulcritud procesal, sino que busca ante todo proteger aquellas garantías consignadas en la Carta Magna y en los tratados internacionales³²⁰. Resta añadir una observación: en el ámbito hondureño, la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita está inclinada primordialmente hacia la protección de las garantías *procesales* fundamentales, si bien ello no excluye la protección de los derechos fundamentales sustantivos.

B. CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA JURÍDICO HONDUREÑO

1. Elemento objetivo

Antes de continuar nuestra exposición deseamos señalar que, debido a la corta vigencia que hasta ahora ha tenido el CPCH, acudiremos a la jurisdicción penal para poder analizar más adecuadamente la experiencia hondureña en materia de prueba

³²⁰ Al igual que en España, la CRH da suma importancia a la protección de los derechos fundamentales, ya que se tiene a la persona como fin primordial. Así lo indica el artículo 59 CRH cuando establece que “la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen obligación de respetarla y protegerla”. En este sentido se pronuncian también el preámbulo y el artículo 10 CE. Al respecto, comenta ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, cit., p. 134, que “en una Constitución liberal es preponderante la protección de la persona individual y su dignidad. Este precepto orienta e instruye para legislar desarrollando estos principios, sancionando las conductas antisociales que los violen”. En consecuencia, los órganos judiciales no pueden permitir que, en el marco de un proceso, se vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos al obtenerse y utilizarse de manera ilícita los elementos probatorios.

ilícita. Además, la semejanza del concepto empleado por el CPPH y el CPCH nos permitirá también traer a colación la práctica procesal penal para formar un boceto de lo que creemos que podrá ser, durante los próximos años, la experiencia en el proceso civil.

Como hemos anticipado, un matiz importante de la prueba ilícita hondureña (posiblemente el más relevante), radica en la delimitación del elemento objetivo. De acuerdo con la legislación procesal, la ilicitud probatoria se genera durante la obtención de las pruebas, a través de la comisión de alguna vulneración que infrinja:

- Las garantías procesales establecidas en la CRH (arts. 200 CPPH y 237 CPCH),
- Las garantías procesales consignadas en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte (arts. 200 CPPH y 237 CPCH),
- Las garantías procesales establecidas en el CPCH (art. 237.1 CPCH),
- Los derechos fundamentales (art. 236.1 CPCH), y
- Las prohibiciones establecidas en las disposiciones legales aplicables (art. 236.1 CPCH).

a) La protección de las garantías procesales constitucionales e internacionales

En primer lugar, podemos analizar estas garantías conjuntamente, ya que los tratados y convenios internacionales pasan a formar parte del derecho interno de Honduras una vez que entran en vigor, ostentando incluso un rango superior que el de la legislación ordinaria³²¹. Las garantías procesales tuteladas en estos convenios coinciden con las que recoge la CRH, por lo cual estimamos que no hace falta detenernos a

³²¹ De acuerdo con el artículo 16 CRH, “los tratados internacionales, celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno”; pero además, “en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero” (art. 18 CRH). Al respecto comenta SANTIAGO Y ANTUÑA, P., *Módulo Instruccional. Derecho Constitucional*, Consultoría realizada para la Escuela Judicial de Honduras, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/>, pp. 70-72.

analizarlas de forma individual³²². Tampoco se trata de un aspecto problemático desde la perspectiva de la prueba ilícita, ya que está bastante claro que la vulneración de los derechos humanos (llámense individuales o fundamentales), provocada durante la obtención de una prueba judicial, generará un caso de ilicitud probatoria y, en consecuencia, la ineficacia de esa prueba, independientemente de que estos derechos se encuentren reconocidos en una norma nacional o internacional.

b) La tutela conjunta de las garantías procesales y sustantivas

A diferencia de la LOPJ española, que determina la ineficacia de la prueba obtenida violando derechos fundamentales (en general, sin enfatizar su naturaleza sustantiva o procesal), la legislación hondureña indica en los artículos 200 CPPH y 237 CPPH que “carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales...”. Dado que estas normas orientan la ilicitud probatoria, predominantemente, a la vulneración de garantías o derechos *procesales*, se corre el riesgo de que, al realizar una interpretación literal y estricta de la norma, queden desprotegidos algunos derechos fundamentales sustantivos.

Por un lado encontramos varios derechos materiales que, a pesar de la interpretación literal de los artículos aludidos, serían igualmente tutelados por la garantía de la ineficacia de la prueba ilícita, ya que están vinculados constitucionalmente a una garantía procesal. Por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones, que llevan aparejada en la CRH la garantía procesal de que su limitación únicamente puede hacerse a través de la debida autorización judicial³²³. Asimismo, la CRH protege la integridad de las personas

³²² Algunos de los convenios aplicables más relevantes que regulan garantías procesales son: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, ratificado mediante Decreto No. 64-95 del Congreso Nacional (18 de junio de 1995) y publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* No. 28, 293 el 24 de junio de 1997; y además la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, ratificada mediante Decreto No. 523 del Jefe de Estado en Consejo de Ministros (el 26 de agosto de 1977) y publicada en el Diario Oficial *La Gaceta* No. 22,287-289, e1 1 de septiembre de 1977.

³²³ Así pues, podemos citar el artículo 99 CRH que combina tanto el aspecto sustantivo como el procesal al establecer que: “El domicilio es inviolable [derecho sustantivo]. Ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente. No obstante, puede ser allanado, en caso de urgencia, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad [garantía procesal]. Exceptuándose los casos de

con relación a las declaraciones que se realizan en un proceso judicial³²⁴. Pero entonces, ¿qué sucede con aquellos derechos fundamentales sustantivos que, como el derecho a la intimidad o el derecho al honor, no llevan aparejada directamente una garantía procesal? Son éstos los derechos que corren en riesgo de quedar desprotegidos si se realiza una interpretación literal de los artículos 200 CPPH y 237 CPPH, lo cual desaconsejamos. En cambio, entendemos que la expresión “garantías procesales” no debe asimilarse de forma literal y excluyente, sino que más bien debe interpretarse en el sentido que acoja también a los derechos fundamentales sustantivos³²⁵. Sustentamos esta posición en dos motivos particulares.

En primer lugar, nos remitimos a la relevancia intrínseca de los derechos fundamentales (tanto sustantivos como procesales) que, como hemos dicho, sirven de base para el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la interpretación de la legislación ordinaria debe realizarse conforme con el espíritu de la Constitución y según el principio *pro actione*, es decir, de la forma que sea más favorable para lograr la efectividad de los derechos fundamentales³²⁶. Por su importancia para el sistema constitucional, una prueba que vulnere estos derechos debe de ser ineficaz. Por ejemplo, en el caso de los derechos consignados en el artículo 76 CRH (derecho al honor y la propia imagen, derecho a la intimidad personal y familiar), que no están vinculados a

urgencia, el allanamiento del domicilio no puede verificarse de las seis de la tarde a las seis de la mañana, sin incurrir en responsabilidad [garantía procesal]. La ley determinará los requisitos y formalidades para que tenga lugar el ingreso, registro o allanamiento, así como las responsabilidades en que pueda incurrir quien lo lleve a cabo [garantía procesal]”. En este sentido se expresa también el artículo 100 CRH que apunta: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas [garantía material], salvo resolución judicial [garantía procesal]... En todo caso, se guardará siempre el secreto respecto a los asuntos estrictamente privados que no tengan relación con el asunto objeto de la acción de la autoridad [garantía procesal]”.

³²⁴ Nos referimos al artículo 88 CRH que ya hemos transcrito anteriormente.

³²⁵ Comentan CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., p. 459, que “las garantías procesales son aquellas que aparecen configuradas como tales en la Constitución de la República o los Tratados suscritos por Honduras. Estas garantías comprometen derechos fundamentales de la persona, cuya prevalencia es tan absoluta que puede sobreponerse al objetivo procesal del descubrimiento de la verdad”.

³²⁶ Con relación a la interpretación constitucional en Honduras, véase TENA ARAGÓN, M. F., *Manual de Derecho Constitucional*, consultoría realizada para la Escuela Judicial de Honduras, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/>, pp. 19-26; y SANTIAGO Y ANTUÑA, P., *Módulo Instruccional. Derecho Constitucional*, cit., pp. 63-66.

una garantía procesal constitucional, estimamos que su vulneración en la obtención u origen de una prueba debe considerarse motivo suficiente para que se produzca la ilicitud probatoria.

En segundo lugar, porque al hacerse una interpretación lógica y sistemática de la legislación procesal hondureña, encontraremos que el artículo 236.1 CPCH - referido a la inadmisibilidad de la prueba y las prohibiciones probatorias- se pronuncia en contra de “las pruebas que se hayan obtenido vulnerando derechos fundamentales”. Al igual que el artículo 11.1 de la LOPJ española, el 236.1 CPCH hace esta mención de forma general, aludiendo tanto a derechos sustantivos como procesales.

Esta interpretación *pro actione* de los criterios que definen la ilicitud probatoria ha sido aplicada por los Tribunales hondureños ya que, en la práctica, no se han limitado a señalar la ilicitud de la prueba obtenida vulnerando garantías procesales, sino que han reconocido también la ilicitud basándose en la violación de derechos sustantivos.

c) La protección de las garantías procesales de rango legal

Resuelto el planteamiento anterior, interesa ahora continuar analizando el artículo 237.1 CPCH en cuanto establece que “carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas (...) en este Código”. La lectura de este precepto nos lleva a entender que no sólo constituirá prueba ilícita aquella en cuya obtención se haya vulnerado derechos fundamentales, sino que también lo será aquella que lesione las garantías procesales contenidas en el CPCH, una norma de rango legal.

En este sentido, debemos recordar que el elemento objetivo está constituido por el tipo de infracción que provoca la ilicitud probatoria. A su vez, esta infracción está determinada por el aspecto normativo, o sea por las cualidades o características de la norma vulnerada –en este caso su rango legal o constitucional–. Con relación a este aspecto, podemos identificar tres posturas distintas³²⁷.

³²⁷ De acuerdo con el autor Hondureño PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 267 y 268; quien a su vez, se remite a la doctrina española, en particular GONZÁLEZ-

De acuerdo con la primera postura, la ilicitud probatoria está vinculada exclusivamente a la lesión de un derecho fundamental, por lo cual la Regla de Exclusión no se aplica a las pruebas que se hayan obtenido vulnerando la legalidad ordinaria. Esta posición es la que predomina en España, ya que, de acuerdo con el TC, la exclusión constituye una limitación al derecho a la prueba y, por consiguiente, sólo debe aplicarse cuando la infracción cometida durante la obtención del elemento probatorio sea de igual o superior relevancia constitucional.

El segundo punto de vista es más flexible y establece que las distintas garantías procesales consignadas en la Ley forman parte del derecho fundamental al proceso debido. En este sentido, la violación de una garantía de rango legal produce una lesión que a la vez vulnera el derecho al proceso con todas las garantías y, además, el derecho a la igualdad procesal. Entonces, esta postura nos lleva a considerar que la Regla de Exclusión se aplica por la violación del derecho constitucional al debido proceso, generada a raíz de una infracción de la legalidad procesal ordinaria.

La tercera postura sostiene que, si bien la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de la prueba genera la ilicitud probatoria, deberá también acudir a la ponderación de intereses para evaluar si la infracción de una norma legal puede, en un caso específico, causar la ilicitud probatoria. Por consiguiente, la Regla de Exclusión se aplicará tanto ante la violación de derechos fundamentales como ante la vulneración de garantías procesales legales si éstas tienen, en un proceso determinado, la relevancia suficiente.

Ahora bien, debemos tomar en cuenta también cómo se ha tratado el tema por los tribunales hondureños. Debido a que el CPCH se encuentra en su más temprana etapa de aplicación, todavía es pronto para poder establecer cuál es la tendencia que predomina en el nuevo proceso civil hondureño. Sin embargo, podemos referir que en algún caso penal se ha reconocido como prueba ilícita aquella que vulnera garantías procesales de rango legal. Recordemos que el CPPH no indica que pueda considerarse prueba prohibida aquella que vulnere garantías legales, sino que se refiere únicamente a

CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit., pp. 337-339. También, abordan el tema LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., pp. 134 y 135; y también ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 106 y 107.

las de rango constitucional y las que se consignan en los convenios internacionales. Sin embargo, los Tribunales hondureños han estimado que la vulneración de ciertas garantías legales conlleva el quebrantamiento del derecho al debido proceso (o de otros derechos procesales fundamentales, como el derecho de defensa) y, por ende, también son productoras de la ilicitud probatoria. Por ejemplo, se ha considerado que es prueba ilícita aquella que surge cuando no se ha elaborado el acta de decomiso o cuando tal acta se ha constituido de forma defectuosa³²⁸.

En nuestra opinión, habría que poner algún límite y no permitir que se excluya una prueba cuando exista cualquier infracción de la legalidad ordinaria. Si bien es cierto que en el caso referido la cadena de custodia es importante en cuanto a la fiabilidad de la prueba, no creemos que éste sea un asunto de ilicitud en sentido estricto. El quebrantamiento legal de la cadena de custodia no es una *causa* de obtención de la prueba, sino que se refiere a cómo se ha de manejar la prueba después de haberla obtenido. En efecto, el juez debe tomarlo en cuenta y saber que, rota la cadena de custodia, esa prueba no se puede valorar de la misma forma. Sin embargo, no se trata de

³²⁸ Este es el caso de las Sentencias dictadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (CSJH) de fechas 25 de agosto de 2004 y 11 de mayo de 2005 (CP172003 y CP115804 respectivamente). La primera de ellas se refiere a un caso de tráfico ilícito de drogas en el cual los agentes que decomisaron la droga no redactaron la correspondiente acta de decomiso y con ello suprimieron el primer eslabón de la cadena de custodia. La sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal de Sentencia de San Pedro Sula, declaró la ilicitud probatoria indicando que la vulneración de este requisito procedimental conlleva la violación del derecho fundamental de defensa: “Evidentemente que la falta de [acta de] decomiso de la evidencia consistente en la hierba seca y semillas de marihuana, afecta la legitimidad de la prueba en la que se sustenta la imputación, convirtiéndola en una prueba ilícita. Por tal razón, este Tribunal no puede valorar la prueba consistente en la evidencia decomisada y en la cual se funda el ente acusador para inculpar a los acusados, ni la que se desprenda de dicha diligencia, pero sí resulta insoslayable el pronunciamiento sobre su ilicitud... Se han puesto de manifiesto en el juicio, violaciones a las normas de procedimiento, específicamente en el momento en que se produjo el decomiso de la droga que constituye la evidencia en el presente caso, al no levantarse el acta correspondiente, tal como lo establece el artículo 206 del Código Procesal Penal... Al no haberse decomisado la evidencia en la que se funda la imputación acusatoria con las debidas garantías de procedimiento (...), se han violentado derechos fundamentales especialmente el de defensa”. Por su parte, la Sala de lo Penal de la CSJH, indicó al resolver este recurso de Casación que: “el Código Procesal hondureño manda imperativamente que el decomiso de cualquier objeto realizado por la policía tiene que ser registrado en una acta, siendo este documento el primer eslabón de la cadena de custodia, si esta no existe, independientemente que se haya cumplido con los pasos posteriores la evidencia o prueba recabada por regla general es ilícita; de aceptarse lo manifestado por el recurrente, abriría la posibilidad de que ese requisito legal tendiente a garantizar la idoneidad en la recolección de la prueba, fuera omitido total o parcialmente por los policías e investigadores...”.

una prueba ilícita a la cual debería aplicarse la Regla de Exclusión, sino que es una cuestión diferente, atinente a la valoración de la prueba.

En el caso del CPCH, la referencia a la vulneración de “las garantías procesales establecidas (...) en este Código”, debería interpretarse sistemáticamente con relación a la concepción de prueba ilícita que se ofrece en los artículos 200 CPPH, 88 y 100 CRH y 236.1 CPCH. En este sentido, debemos recordar que algunos derechos fundamentales de configuración legal están desarrollados en normas de legalidad ordinaria. *Es en estos casos cuando ha de excluirse la prueba, es decir, cuando se vulnera un precepto legal que afecta el contenido esencial de un derecho fundamental.* Por ejemplo, tomemos en cuenta el artículo 411.1.b CPCH, que regula las facultades del tribunal ante la negativa de la persona requerida para brindar cierta información, a modo de diligencia preparatoria. Dicho artículo establece que:

“Si la persona citada y requerida no atendiera el requerimiento para la práctica de la diligencia preliminar el tribunal podrá (...) ordenar el secuestro de la cosa, los títulos, libros o documentos cuya exhibición ha sido solicitada, lo que podrá comprender la entrada y registro en lugar cerrado en el que presumiblemente se halle o el acceso a bases de datos personales o de personas jurídicas”.

Este enunciado ha de ponerse en relación con el artículo 100 CRH, que dice:

“Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Los libros y comprobantes de los comerciantes y los documentos personales únicamente estarán sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley.

Las comunicaciones, los libros, comprobantes y documentos a que se refiere el presente artículo, que fueren violados o sustraídos, no harán fe en juicio.

En todo caso, se guardará siempre el secreto respecto a los asuntos estrictamente privados que no tengan relación con el asunto objeto de la acción de la autoridad”

En este ejemplo, podemos apreciar cómo un derecho fundamental material (la inviolabilidad de las comunicaciones y más genéricamente el derecho a la intimidad), tiene a la vez un componente procesal constitucional (la resolución judicial que permite limitar el derecho) y una norma de rango ordinario que desarrolla una diligencia de

obtención de prueba que limita el derecho fundamental (la entrada, el registro y el secuestro de los documentos). Estos artículos ilustran nuestra percepción de cómo una norma procesal ordinaria puede desarrollar un derecho fundamental.

Por tanto, se aplicaría la Regla de Exclusión cuando en la obtención de la prueba se vulnera una norma del CPCH, siempre y cuando la infracción de esa norma legal afecte el contenido de un derecho fundamental. Una interpretación literal, que pretenda excluir las pruebas que vulneren *cualquier* artículo del CPCH, sería absurda porque conllevaría una aplicación desmedida de la sanción de exclusión. Esto afectaría el derecho a la prueba de las partes, su derecho de defensa, el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva.

d) El respeto a las prohibiciones probatorias

Además de las causas de ilicitud previamente expuestas, el CPCH también indica que “son inadmisibles las pruebas que se hayan obtenido (...) en contra de las prohibiciones establecidas por las disposiciones legales aplicables, en los términos expresados en el artículo siguiente” (art. 236.1 CPCH con relación al art. 237 CPCH). A nuestro parecer, este artículo hace referencia a la teoría alemana sobre las prohibiciones probatorias³²⁹. Sin embargo, creemos que dicho enunciado no provoca mayores interrogantes ya que se remite directamente al artículo 237 CPCH, que ya hemos analizado en cuanto a lo referente al concepto de la prueba ilícita. Por consiguiente, las prohibiciones probatorias aplicables según el artículo 236 CPCH serían aquellas mismas que surjan en el contexto del artículo 237 CPCH.

e) Otras consideraciones sobre el elemento objetivo de la prueba ilícita

Con relación al elemento objetivo del concepto de prueba ilícita, existe aún otro aspecto más que deseamos destacar. Debido a la sistematización que la CRH hace de los derechos individuales (fundamentales), el elemento objetivo de la prueba ilícita puede extenderse a los casos en que, durante la obtención de la prueba, se haya violado el

³²⁹ Entre la doctrina hondureña, retoman el tema de las prohibiciones probatorias alemanas CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp. 454 y 455; así como PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 270-278.

derecho a la propiedad³³⁰. Su ubicación en Capítulo II (“de los derechos individuales”), del Título III (“De las declaraciones, derechos y garantías”) de la CRH nos permite incluirlo dentro del catálogo de los derechos fundamentales que gozan de una especial protección constitucional³³¹.

Por otra parte, el artículo 100 CRH, que acabamos de citar, señala que las comunicaciones y los documentos “que fueren violados o sustraídos, no harán fe en juicio”. Si bien es cierto que este artículo se refiere en primer lugar a aquella prueba obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, estimamos que, al hacer referencia a los documentos *sustraídos*, hace alusión también a aquéllos que han sido obtenidos lesionando el derecho a la propiedad. En este sentido, la obtención de un documento a través de un hurto, o robo, estaría vulnerando tanto el derecho al secreto de las comunicaciones (si se trata de una carta, email, etc.), como el derecho a la propiedad³³². En consecuencia, en Honduras será prueba ilícita también aquella que se haya obtenido u originado en la vulneración del derecho a la propiedad privada.

2. Elemento subjetivo

Con relación al sujeto responsable de la vulneración que provoca la ilicitud probatoria, existen también algunas particularidades que podamos referir con relación a la experiencia hondureña.

En el ámbito del proceso penal, la realización de las diligencias de obtención de fuentes de prueba y que implican la limitación de derechos fundamentales recae primordialmente sobre los funcionarios públicos. A diferencia de España, la investigación está a cargo de un fiscal instructor quien, en caso de urgencia y si se

³³⁰ PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., p. 266, incluye el derecho a la propiedad dentro del catálogo de derechos que al ser vulnerados pueden provocar la ilicitud probatoria.

³³¹ En particular, se refieren al derecho a la propiedad los artículos 103 al 110 CRH.

³³² En este sentido, ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, cit., p. 186 comenta que “para proteger este derecho [derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones] constitucional, se establece que la prueba obtenida sin procedimiento judicial no hará fe en juicio. Se les niega valor probatorio a los documentos falseados o sustraídos ilegalmente...”.

cumplen los requisitos legales que al efecto señala el CPPH, puede ordenar la realización de ciertas diligencias de investigación que posteriormente debe convalidar el correspondiente órgano judicial³³³. Sin embargo, la autorización de la restricción del derecho fundamental debe provenir siempre del juez de garantías. Por otro lado, puede también la acusación privada solicitar al Ministerio Público la realización de actuaciones que éste no hubiese previsto (art. 97 CPPH).

En el proceso civil, en cambio, la legislación hondureña es similar a la española en cuanto a la determinación de los sujetos que participan en la obtención de la prueba. En este sentido, es posible aplicar las consideraciones expuestas en el acápite referente al elemento subjetivo del concepto de prueba ilícita. De manera general podemos decir que la obtención de las fuentes de prueba en Honduras está protagonizada también por las partes -quienes a su vez pueden contar con el apoyo de sus representantes legales, de investigadores privados, etc.-. Además, se permite solicitar la intervención del órgano judicial para la realización de diligencias preparatorias, así como para el aseguramiento y la anticipación de medios probatorios. Analicemos brevemente algunas consideraciones sobre la obtención de la prueba realizada por estos sujetos.

En primer lugar encontramos las actuaciones realizadas directamente por las partes, labor que se corresponde con el principio de aportación de parte regulado en el

³³³ Indica el artículo 92 CPPH que “corresponderá al Ministerio Público, por medio de sus funcionarios y órganos auxiliares, investigar los hechos punibles y promover la acción penal pública en representación de la sociedad, sin perjuicio de la legitimación de la Procuraduría General de la República, para ejercitar la acción penal en materias propias de su competencia. Con tal propósito, realizará todos los actos que sean necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso, de conformidad con las disposiciones de su respectiva ley y del presente Código”. Con relación a las diligencias que puede autorizar el fiscal, para luego convalidarlas ante el juez, transcribimos a modo ilustrativo el artículo 212 CPPH referido a los allanamientos: “Requisitos para practicar allanamiento de moradas. El allanamiento de una morada, casa o lugar en que viva una persona, sólo podrá efectuarse previa orden escrita del órgano jurisdiccional competente. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable en caso de flagrancia o cuando la medida sea necesaria para impedir la comisión de un delito, para evitar la fuga de un delincuente o la destrucción, pérdida u ocultamiento de las pruebas o evidencias con miras a lograr la impunidad de los responsables y no sea posible esperar el tiempo necesario para solicitar la autorización judicial. En estos casos, el Ministerio Público, una vez practicado el allanamiento, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez competente, al que explicará las razones que lo determinaron. El juez, por auto motivado, convalidará o anulará, total o parcialmente, lo actuado. En lo demás, se estará a lo dispuesto por el artículo 99 de la Constitución de la República”. Además de esta diligencia, también se pueden convalidar el registro personal (art. 206 CPPH), la interceptación de correspondencia (art. 221 CPPH), el examen corporal y la extracción de muestras (art. 107 CPPH).

CPCH. Establece la Ley que “las pruebas que deban practicarse para la acreditación de los hechos controvertidos habrán de ser igualmente aportadas por las partes en el momento procesal dispuesto por este Código” (art. 11.2 CPCH). En este contexto, son las partes quienes deben adquirir las pruebas que posteriormente propondrán.

También opera en Honduras la obtención de prueba a través de los servicios prestados por los detectives privados³³⁴. En este país, la figura del investigador privado está regulada en la Ley Orgánica de la Policía Nacional de Honduras (LOPNH), Decreto No. 67-2008, específicamente en los artículos 135 al 154. Al igual que en España, la labor realizada por los detectives tiene valor probatorio si se incorpora al proceso a través del informe escrito del detective y de su declaración testifical.

Con relación al respeto de los derechos fundamentales durante la obtención de fuentes de prueba señala la LOPNH que “todas las actividades o servicios de seguridad privada se prestarán con absoluto respeto a la Constitución de la República y a lo dispuesto en esta Ley. En sus actuaciones [los investigadores privados] deben mantener un trato correcto a las personas y evitar el abuso y la comisión de arbitrariedades o violencia, so pena de incurrir en la misma responsabilidad establecida en esta Ley para los miembros de la Carrera Policial” (art. 141 LOPNH). Las sanciones que se aplican por la comisión de faltas se encuentran reguladas a su vez en los artículos 150 al 152 LOPNH.

En cuanto respecta a la participación del órgano judicial, realizada a instancia de parte, el CPCH regula las diligencias preparatorias como medidas necesarias para “la presentación de la demanda, para la preparación de la defensa o para el eficaz desarrollo del procedimiento” (art. 405 CPCH). Así, la realización de estas diligencias permite no sólo determinar los distintos presupuestos procesales, sino que, al igual que en España, conlleva la obtención de elementos que posteriormente se convertirán en pruebas (entre otros, pueden ser objetos sobre los que recaerá el proceso o documentos, según indica el art. 406 CPCH).

³³⁴ Por ejemplo, puede consultarse los servicios ofrecidos por las agencias *Hunter Group*, disponible en www.huntergroup honduras.galeon.com/servicios.htm y *VIP Detectives Privados*, disponible en www.vipdetectivesprivados.com/Servicios11.html

3. Elemento temporal

En Honduras, se considera prueba ilícita aquella en cuya obtención se ha violentado una garantía procesal. En principio, los artículos 200 CPPH y 237 CPCH refieren genéricamente los “actos o hechos que vulneren las garantías procesales...”, sin especificar el aspecto temporal. No obstante, se indica posteriormente que se exigirá la correspondiente responsabilidad a “quien obtuvo ilícitamente la información”, lo cual nos permite corroborar que la ilicitud se produce concretamente durante la obtención de la prueba.

Adicionalmente, el CPCH nos reconduce también hacia el momento de obtención, sobre todo en los artículos 237.2 (“... en la obtención u origen de alguna prueba...”) y 236.1 (“... pruebas que se hayan obtenido vulnerando derechos fundamentales...”). En consecuencia, podemos establecer que el elemento temporal del concepto de prueba ilícita, conforme al ordenamiento hondureño, se centra en la obtención del elemento probatorio.

Pero además, es posible extender el elemento temporal al más genérico momento del *origen* de la prueba (art. 236.1 CPCH), que como hemos dicho, no se limita a la fase de investigación de las fuentes, sino que podría coincidir con otras etapas del procedimiento probatorio, como la práctica de la prueba durante el juicio. En este supuesto, creemos que será necesario respetar el requisito de causalidad entre la vulneración del derecho fundamental y la existencia de la prueba, según referimos anteriormente en el apartado relativo al elemento temporal de la prueba ilícita.

4. Elemento procesal

a) Efectos de la prueba ilícita

A diferencia de España, en Honduras no se cuenta con un artículo como el 11.1 LOPJ, aplicable las distintas jurisdicciones, en el que se establezca la ineficacia de la prueba ilícita. Sin embargo, las distintas leyes procesales indican la forma en que se debe proceder con relación a este tipo de pruebas. Si bien la forma procedimental puede variar, como veremos posteriormente, los efectos de la prueba ilícita se resumen en tres

consecuencias distintas: la ineficacia (de la prueba directa y la derivada), la inadmisibilidad expresa y la responsabilidad personal del sujeto que obtuvo la prueba.

En primer lugar, la ley establece que las pruebas ilícitas *carecerán de eficacia probatoria*. Esta forma genérica de inutilizabilidad es la que también se indica en el art. 11.1 LOPJ español e implica la expulsión radical de la prueba del proceso, de forma que no pueda surtir ningún efecto en él. Se trata, pues, de excluir la prueba lo antes posible - en cuanto se tenga certeza de su ilicitud- para erradicar cualquier tipo de eficacia. Además, es importante resaltar que esta inutilizabilidad total conlleva también la exclusión de los elementos probatorios que se deriven de la prueba ilícita.

El segundo efecto lo encontramos indicado en el artículo 236.1 CPCH, que nos habla específicamente de la *inadmisibilidad* de la prueba ilícita. En este sentido, es posible aplicar la Regla de Exclusión si las partes y el juez tienen conocimiento de la vulneración que generó la prueba antes de admitirla al proceso. De lo contrario, es decir, si la ilicitud se manifiesta posteriormente, la prueba sería excluida durante la audiencia probatoria del juicio ordinario, o la audiencia del proceso abreviado, a través del incidente regulado en el artículo 237 CPCH.

Finalmente, una tercera consecuencia legal de la prueba ilícita es la *responsabilidad personal* que debe exigirse a quien provocó la vulneración de la garantía procesal en cuestión. No se especifica si se trata de responsabilidad administrativa, civil o penal, pero se entiende que se refiere a la que sea aplicable al caso, dependiendo del sujeto infractor y de la naturaleza de la lesión provocada.

b) Tratamiento procesal de la prueba ilícita

No corresponde en este momento hacer un estudio pormenorizado del tratamiento procesal que recibe la prueba ilícita en Honduras, ya que eso será analizado en un capítulo posterior. Solamente queremos hacer alusión a la forma en que estas pruebas se manejan en el proceso, es decir, como se logra producir el efecto de ineficacia mandado por la ley.

Hasta ahora, en materia de proceso penal, la prueba ilícita se ha venido excluyendo a través del régimen de la nulidad de actuaciones³³⁵. En este sentido, establece el artículo 166.7 CPPH que “serán nulos los actos procedimentales realizados con violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, consagradas por la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forme parte y demás leyes”. En el CPPH, el régimen de nulidad conlleva la anulación de aquellas actuaciones derivadas de la que está viciada, pero, por otro lado, implica la conservación de las actuaciones que fueran independientes de ella³³⁶. Por eso, al aplicar el régimen de nulidad se logra, en materia de prueba ilícita, aplicar la teoría de los frutos del árbol envenenado, excluyendo del proceso tanto la prueba espuria como las pruebas derivadas y respetando la validez de las pruebas autónomas³³⁷.

En el proceso civil, en cambio, no se aplica el régimen de nulidades como principal instrumento de exclusión porque se ha regulado en el artículo 237 CPCH un incidente procedimental a través del cual se puede tratar la ilicitud probatoria³³⁸. Con

³³⁵ PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 262-263, 268-269 y 288-289. De modo ilustrativo referimos las sentencias de la Sala de lo Penal de la CSJ: CP17306 de 14 de mayo de 2007 (recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto contra una sentencia del Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa que declaró la nulidad absoluta de unos registros personales e incautaciones realizadas) y CP34908 de 27 de octubre de 2009 (recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto contra una sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia de San Pedro Sula, en la cual se consideraba ilícita una prueba derivada de un allanamiento de morada declarado nulo).

³³⁶ Conforme con el artículo 169 CPPH, que dice: “*Alcance de la nulidad. Conservación de eficacia de los actos procesales.* Declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no sólo el acto viciado, sino también todos los que se hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquel y sean determinados expresamente por el órgano judicial. Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquella. La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquel, ni la de aquellas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

³³⁷ Con relación a la nulidad y la ineficacia de la prueba ilícita, véase el Capítulo IV de esta tesis.

³³⁸ Por ahora nos limitamos a transcribir, como referencia, el contenido del artículo 237 CPCH, numerales 2, 3 y 4, relativos a dicho trámite: “2. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado las garantías procesales fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato, con entrega de copia, en su caso, a las demás partes. 3. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el juez o tribunal, se resolverá en la audiencia probatoria del proceso ordinario, y si se tratase del proceso abreviado, al comienzo de la práctica de la prueba en la audiencia, mediante auto. A tal efecto se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la ilicitud. 4. Contra el auto a que se refiere el numeral anterior sólo cabrá pedir de inmediato al tribunal oralmente su reposición y, si ello fuera denegado, se

esta norma se introduce por primera vez en Honduras, en materia procesal civil, un trámite específico para la ilicitud probatoria. Hemos de resaltar que se trata de un incidente contradictorio que permitirá a las partes aportar pruebas sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales, de manera que el tribunal podrá motivar su decisión de excluir o no la prueba impugnada. El incidente puede ser iniciado tanto por las partes como por el mismo juez y ha de resolverse con un auto que se pronuncie expresamente sobre la exclusión de la prueba (en caso que sea ilícita) o sobre su conservación, práctica y valoración (si se estima que es lícita). Las partes podrán recurrir esta resolución mediante la reposición y posteriormente también en apelación contra la sentencia definitiva. Estudiaremos este incidente en el Capítulo V.

C. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN HONDURAS

Habiendo analizado la configuración de los elementos del concepto de prueba ilícita conforme a su configuración en el ámbito jurídico hondureño, considerando sus particularidades en cuando a la determinación legal y jurisprudencial, podemos indicar que *será prueba ilícita o prohibida aquella en cuya obtención u origen se haya vulnerado un derecho fundamental o una garantía procesal de las que se encuentran establecidas en la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales vigentes, o en las Leyes aplicables y que tiene como consecuencia la ineficacia procesal para consigo misma y con relación a las demás pruebas que se deriven de ella.*

podrá interponer recurso de apelación junto con el que se plantee contra la sentencia definitiva, previa protesta en el acto”.

CAPÍTULO III.

EL FUNDAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

De acuerdo con la legislación procesal civil (arts. 287 LEC y 237 CPCH), aquellas pruebas que hayan sido obtenidas de manera ilícita deberán ser excluidas del proceso, estando prohibida su valoración por el órgano judicial. La parte que alega la ilicitud está obligada a probarla a través de los medios permitidos por la ley, en una especie de incidente contradictorio que se sustancia en el acto del juicio o la vista.

Sin embargo, para llegar a este punto, los procesalistas europeos y americanos han venido realizando desde el S. XVIII diversos planteamientos sobre los motivos por los cuales las pruebas ilícitas deberían ser privadas de su eficacia procesal. Inicialmente se buscaba limitar las facultades de las autoridades públicas que obtenían pruebas abusivamente a través de métodos que lesionaban los derechos de los ciudadanos. Además, los juristas planteaban que quien comete actos ilícitos no se puede beneficiar jurídicamente de ellos. Así surgieron las distintas teorías sobre las prohibiciones probatorias en Alemania y Estados Unidos y, décadas más tarde, el auge y la internacionalización de los derechos humanos terminaron por convertir a la Regla de Exclusión en una garantía de trascendencia constitucional³³⁹.

³³⁹ El fundamento de la Regla de Exclusión tiene orígenes remotos. Si bien al comienzo no se hablaba propiamente de “prueba ilícita”, se puede encontrar sentencias en las que los tribunales excluían aquellos medios probatorios que habían sido obtenidos con violación de los derechos de las personas (sobre todo la integridad física, la inviolabilidad del domicilio, la privacidad y la propiedad). Como antecedente histórico podemos referir las sentencias dictadas en Inglaterra, en los procesos civiles de *Wilkes v. Wood* (1763) y *Entick v. Carrington and three other King’s messengers* (1765), recogidos por FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pp. 88-94. Casi un siglo más tarde, la jurisprudencia inglesa estableció en la sentencia del caso *Pearse v. Pearse* (1846) que “... [la] admisión obligada de todas las pruebas pertinentes y útiles, al margen de cómo fueron obtenidas, quizá sea crucial para el conocimiento de la ‘verdad’, pero ‘la verdad, como tantas otras cosas buenas, si son ansiadas desmedidamente, si son perseguidas demasiado ardientemente, pueden costar demasiado’...”; según aparece citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida”, en DELGADO GARCÍA, J. (dir.), *La prueba en el proceso penal II. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid 1996, p.102.

En España, MANRESA Y NAVARRO ya había sugerido la exclusión de la prueba ilícita en los procesos civiles, defendiendo en su obra de 1887 que, cuando un documento haya sido obtenido de forma ilegal, el

Hoy en día la Regla de Exclusión es una figura procesal y constitucional que se aplica en numerosos países e incluso en tribunales internacionales como el TEDH y la Corte IDH, según veremos más adelante, sin bien con distintos matices. Independientemente de los puntos de partida comunes (la protección de derechos fundamentales y la limitación de los poderes públicos en la investigación criminal), resulta trascendental identificar el fundamento de la prueba ilícita en cada ordenamiento jurídico y momento histórico, ya que de él depende el tratamiento procesal específico que reciba dicha figura (admisibilidad, nulidad o exclusión), pero sobre todo porque en la práctica permite establecer la extensión de sus efectos a los distintos ámbitos jurisdiccionales (si se limita o no al proceso penal) y a las pruebas derivadas (posibilidad de que existan excepciones a la ineficacia refleja)³⁴⁰.

El camino recorrido durante las últimas décadas ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener una postura pragmática, que adopta elementos de las distintas teorías sobre el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita³⁴¹. En este capítulo se hará un recorrido por las diversas teorías que han explicado los motivos por los que una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales debería ser –o no ser–

litigante “no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, dolo o abuso de confianza que haya cometido para adquirirlo, el juez no deberá darle mérito legal a favor del que lo haya presentado con tal abuso, por la regla de derecho de que los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor”; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Impr. de la Revista de Legislación, Madrid 1887, t. III, p. 273.

Sin embargo, y de acuerdo con GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 50 y 51; los principales gestores del nacimiento de la Regla de Exclusión de la prueba ilícita fueron BELING, en Alemania, con su teoría sobre las prohibiciones probatorias, y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, a través de la influencia de los jueces WARREN y HOLMES.

³⁴⁰ Expone la importancia y las consecuencias prácticas del fundamento al que se asocie la regulación de la prueba ilícita ASENSIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: Declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, no. 26, 2012, pp. 8-15.

³⁴¹ Esto se aprecia, por ejemplo, en las sentencias del TC en las que aplica la teoría de la conexión de antijuridicidad o la excepción de la buena fe. En este sentido, para determinar la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas, el TC analiza varios de los aspectos que a lo largo del capítulo expondremos como fundamentos de la Regla de Exclusión (como son la necesidad de tutelar los derechos fundamentales, el interés de buscar la verdad en el proceso penal, la legalidad de la actuación de los funcionarios públicos, el respeto al principio de proporcionalidad cuando se restringir un derecho fundamental y la ponderación de diversos intereses que han entrado en conflicto). Como ejemplo podemos referir las SSTC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81); 167/2002, de 18 septiembre (RTC\2002\167) y 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003\22).

excluida de un proceso judicial. Partiendo de la recopilación y el contraste de las distintas posturas podremos entender cómo se interrelacionan y ello, a su vez, facilitará la comprensión sobre el estado actual de la cuestión.

I. PRESUPUESTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: LOS INTERESES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Al estudiar la Regla de Exclusión de la prueba ilícita³⁴², puede resultar más correcto hablar de “fundamentos” que del “fundamento”, ya que a través de los años y en los distintos países se han esgrimido diferentes teorías para explicar el porqué de la *inutilizabilidad* de la prueba ilícita. Existen distintos intereses, tanto estatales como sociales e individuales, así como legales y constitucionales, que deben tomarse en cuenta para determinar legislativa o jurisprudencialmente la exclusión procesal de los medios de prueba que se han obtenido a través de la vulneración de derechos fundamentales.

En este apartado analizaremos los intereses, principios y derechos que, recogidos en las leyes procesales y consignados en la Carta Magna, dan vida a la RE, exponiendo cómo deben interpretarse, para finalmente llegar a comprender su interacción y el grado de relevancia que en la actualidad se concede a cada uno de ellos, tanto en España como en Honduras y, además, en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (CORTE IDH y TEDH).

³⁴² El concepto de *Exclusionary Rule* fue acuñado en EEUU como el principio legal en virtud del cual las pruebas obtenidas vulnerando derechos constitucionales no pueden ser utilizadas en un juicio penal. Sin embargo, nosotros nos referimos a la “Regla de Exclusión” en sentido más amplio, encajándola en nuestro propio sistema jurídico. Por tanto, a efectos de este trabajo, Regla de Exclusión será aquel principio, bien sea de origen constitucional, legal o jurisprudencial, que determina la ineficacia procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Debe entenderse que nos referimos a pruebas ilícitas en sentido estricto, por lo cual dejamos fuera del ámbito de la Regla de Exclusión otras irregularidades probatorias que no lleguen a constituir una lesión de un derecho fundamental. Por tanto, en el ordenamiento español sería Regla de Exclusión aquella establecida por el artículo 11.1 LOPJ. En Honduras, la Regla de Exclusión derivaría de los artículos 88 CRH, artículos 236.1 y 237.1 CPCH y 200 CPPH.

A. VALORES E INTERESES ESTATALES

1. La protección de los derechos fundamentales

Si retomamos el artículo 11.1 LOPJ como punto de partida, notaremos que establece la ineficacia de aquellas pruebas que han sido obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales. De manera similar, en el ordenamiento hondureño el artículo 237 CPCH señala que “carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República...”. En este sentido, se aprecia que la Regla de Exclusión se encuentra vinculada a los derechos, garantías y libertades constitucionales.

Ha de tenerse en cuenta la postura esbozada por la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114), por ser ésta la precursora de la actual concepción de la prueba ilícita en España. En dicha sentencia el TC defendió que la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no era en sí un derecho constitucional autónomo, sino que se trataba más bien de una garantía que se derivaba del sistema de derechos fundamentales y de la inviolabilidad de éstos³⁴³. Se estableció en dicha resolución que:

“...lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos”.

Así mismo, el TC expuso que:

“... deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de ‘inviolables’ (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en

³⁴³ Comentan tal aspecto, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 112-115; PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las ocho sentencias más importantes...”, cit., p. 128; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 44 y 45; ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., p. 78; GONZÁLEZ MONTES, J. L., “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales. (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1, 1990, p. 37.

el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental”.

Efectivamente, el artículo 10.1 CE referido por esta sentencia señala que la dignidad y los derechos de la persona son fundamentales para el orden político y de la paz social³⁴⁴. En consecuencia, el Estado está obligado a proteger esos derechos y, por tanto, no puede permitir que un acto que los vulnere tenga el mismo efecto jurídico que otro acto legal y legítimo. El aprovechamiento procesal de una prueba ilícita constituiría una falta de coherencia en un Estado cuya Constitución establece que la persona y sus derechos son valores supremos³⁴⁵.

De igual forma, la CRH expresa que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable” (art. 59 CRH). Así se reafirma, en Honduras al igual que en España, la inviolabilidad de los derechos fundamentales y la protección de éstos como tarea primordial del Estado de Derecho³⁴⁶.

Quienes parten de los derechos fundamentales para definir el origen y la finalidad de la RE³⁴⁷, estiman que la única consecuencia posible de una prueba ilícita es

³⁴⁴ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE).

³⁴⁵ De acuerdo con BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Ed. Debate, Madrid 1992, p. 195; “se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, ‘sistema’ equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad”. En este sentido, no puede haber una norma constitucional que establezca la protección de los derechos fundamentales y luego, por otro lado, una norma procesal que permita obtener y valorar las pruebas que vulnere tales derechos; esto implicaría una incompatibilidad que quebrantaría la unidad del ordenamiento jurídico. Analiza este punto BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”, pp. 20 y 21 disponible en www.bustamanteasociados.com/pdf/el_problema_de_la_prueba_ilicita.pdf.

³⁴⁶ Por tanto, estos derechos fundamentales deben siempre ser respetados en materia de obtención de pruebas. Así lo indican también CHÁVEZ, O. A., *Derechos fundamentales y la investigación criminal. Una perspectiva objetiva*, OIM Editorial, Tegucigalpa 2011, p. 68.

³⁴⁷ En la actualidad, la gran mayoría de la doctrina española fundamenta la exclusión de la prueba prohibida en la protección de los derechos fundamentales. Podemos destacar algunos autores como

su completa y radical exclusión procesal, bien sea a través de la inadmisión de la prueba o de la prohibición de su valoración. En síntesis, una prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho fundamental, pilar del orden y la paz social, debe necesariamente ser ineficaz. Pero no basta con eliminar la prueba espuria si a través de otros mecanismos se pueden convalidar los efectos de la vulneración del derecho fundamental, por ello se excluirán también las pruebas que se deriven de la prueba ilícita originaria.

Adicionalmente, la Regla de Exclusión refuerza la protección de los derechos fundamentales porque lanza un mensaje disuasorio a aquéllos que recaban los elementos probatorios: de nada sirve obtener una prueba si se sabe que ésta no tendrá eficacia procesal debido a su origen antijurídico. Para que la protección de los derechos fundamentales sea realmente eficaz se requerirá entonces, además de la sanción individual del que provocó la ilicitud, la proscripción procesal de la prueba ilícita y de las otras pruebas que deriven de ella.

2. La búsqueda de la verdad en los procesos judiciales

Para tratar este punto hemos de partir primero del proceso penal, en el cual el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado conlleva la reconstrucción de la verdad a través de la obtención de elementos probatorios que permitan extraer conclusiones veraces sobre cómo acontecieron realmente los hechos enjuiciados. No se trata de una búsqueda de la verdad como fin último –el proceso penal no busca *toda* la verdad sobre

GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 112-115; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 38-43; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 19-70; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 21-23; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 57-63; ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: Declaración y efectos”, cit., pp. 8-15; PÉREZ CEBADERA, M. A., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., pp. 1-3; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 60-67; MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 189 y 190; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 78 y 79.

También en Latinoamérica se ha utilizado la Regla de Exclusión como un mecanismo para tutelar los derechos fundamentales. Así lo exponen autores como VESCOVI, E., “Inadmisibilidad de la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, no. 4, 1968; ARMIJO, G., *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1997, pp. 116-122; CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho procesal penal de Honduras*, cit., pp. 296-298.

todas las cosas–, sino que se configura como un instrumento necesario para la realización de la Justicia. Por ello, tras una estricta averiguación de los hechos relacionados con un caso concreto, el Estado, a través del órgano judicial, castiga a quien ha cometido un delito e imparte justicia aplicando el Derecho objetivo, protegiendo así los intereses y la seguridad de la sociedad. En este sentido, en el proceso penal entran en juego distintos intereses sociales y estatales cuya satisfacción requiere la investigación de la verdad sobre los hechos delictivos³⁴⁸.

Ahora bien, hemos de preguntarnos si en el proceso civil se aspira igualmente a conocer la verdad de los hechos. Para empezar, hemos de considerar que el proceso civil puede estar configurado bajo una de dos modalidades, según lo determine el legislador. Puede tratarse de un proceso civil inquisitivo (que busca satisfacer los intereses públicos y se inspira en ideologías autoritarias) o de un proceso civil dispositivo (orientado mayormente a satisfacer intereses privados, como sucede en la LEC y el CPCH).

En los procesos civiles inquisitivos o publicistas, el juez se ve dotado de facultades para obtener pruebas, con independencia de los hechos y las pruebas que las partes incorporen al proceso. De acuerdo con algunos autores, en estos procesos inquisitivos (y en los procesos no dispositivos, en general), se aspira a descubrir la verdad de los hechos, de una manera semejante al proceso penal³⁴⁹.

³⁴⁸ De acuerdo con DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., p. 37; confluyen múltiples intereses como el orden social y la seguridad pública, la dignidad y libertad del presunto culpable, y la restitución de los derechos de las víctimas. Así también, DEL MORAL GARCÍA, A., “Verdad y justicia penal”, en *Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología*, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia 2003, vol. I, pp. 540 y 541; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 21-23; y MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, cit., pp. 75-85.

³⁴⁹ De acuerdo con DEVIS ECHANDÍA, D., *Teoría general de la prueba judicial*, cit., p. 74; la doctrina publicista “... ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, tan importante y de tan profundo interés público como en el proceso penal, e igualmente le señala un fin de interés público o general: la recta aplicación de la ley material y la administración de justicia para la paz y la tranquilidad sociales. (...) Si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras (...)”

En cambio, en los procesos civiles dispositivos la iniciativa probatoria del juez está limitada a casos excepcionales. Los procesos dispositivos no pretenden encontrar la verdad, sino que la satisfacción jurídica de las peticiones de las partes a través de un proceso con todas las garantías, en el que se salvaguarda la imparcialidad judicial³⁵⁰.

La búsqueda de la verdad en el contexto procesal, ya sea penal o civil, siempre se verá afectada por limitaciones inevitables³⁵¹. Existen limitaciones físicas, temporales, técnicas y económicas que influyen en la indagación de la verdad. Así, el propio comportamiento de las partes y de terceros condiciona la posibilidad de conocer la verdad de los hechos³⁵². En este sentido, cierto sector de la doctrina estima que la

³⁵⁰ Nos referimos a satisfacción procesal en el mismo sentido que lo hacen QUINTERO, B./ PRIETO, E., *Teoría general del proceso*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá 1992, t. I, p. 328; cuando, citando a GUASP, expresa que “una pretensión se encuentra satisfecha cuando se ha recogido, se le ha examinado y se ha actuado o se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda viene siendo desestimada está jurídicamente tan satisfecho como aquel cuya demanda fue acogida”. DEL MORAL GARCÍA, A., “Verdad y justicia penal”, cit., p. 540, sintetiza este discurso señalando que “...no es que en la justicia civil no se deba intentar alcanzar la verdad material, sino que ese objetivo ha de supeditarse al respeto a la voluntad libre de las partes”.

Por tanto, tratándose de un proceso civil dispositivo, la búsqueda de la verdad debe entenderse de forma matizada. De acuerdo con MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 168 y 169; lo que realmente se pretende es obtener una sentencia justa, verificando a través de la prueba la veracidad de los hechos aportados por las partes al proceso. El ordenamiento jurídico tendrá que determinar si este objetivo merece o no la utilización de pruebas ilícitas. Así, señala el autor que “el fondo de la cuestión radica en determinar si para verificar las afirmaciones de hecho de las partes, esto es, si para obtener una sentencia justa, todo vale o si, por el contrario, existe un precio que el ordenamiento jurídico no puede pagar ni aun con el fin de ejercitar la función jurisdiccional para la tutela de los derechos subjetivos de las personas”.

³⁵¹ FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pp. 63-68; TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y verdad” (traducción de GREPPI, A.), en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 7, no. 11, 2002, p. 115.

³⁵² En este sentido, las partes del proceso civil actúan de acuerdo con sus intereses y aportan sólo los hechos y las pruebas que les ayudan a sustentar sus alegaciones. En el proceso penal el acusado defenderá su inocencia sin interesarse por el descubrimiento de los hechos verdaderos, pudiendo incluso llegar a manipular o esconder elementos de prueba inculpatorios. Así mismo, un tercero puede alterar alguna pieza de convicción, ya sea forma voluntaria o involuntaria, un perito puede equivocarse al realizar un dictamen, un testigo puede hacer una declaración incompleta o imprecisa, un documento puede ser manipulado, etc.

búsqueda de la verdad a través del proceso es una aspiración demasiado ambiciosa, un mito que se debe desconstruir³⁵³.

Son muchas las reflexiones que se han realizado en torno a la búsqueda de la verdad en los procesos judiciales³⁵⁴. Sin embargo hemos de concretar que, a efectos de este trabajo, nos interesa saber específicamente cómo influye el interés en averiguar la verdad en la configuración de la prueba ilícita. Para un sector de la doctrina, cuya postura es contraria a la que expusimos en el apartado anterior, la vulneración de un derecho fundamental no debe ser obstáculo para la averiguación de la verdad y la impartición de justicia³⁵⁵. Esto quiere decir que la búsqueda de la verdad, la aplicación del derecho, la consecución de la justicia en el caso concreto y la protección de la

³⁵³ MONTERO AROCA, J., *Proceso y garantía (civil y penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 83-87; descarta la tradicional distinción entre verdad material y verdad formal, que se ha venido asociando a la función de la prueba en el proceso penal y el proceso civil, respectivamente. Haciendo eco de las reflexiones de CARNELUTTI, MONTERO comenta: “O la verdad formal coincide con la verdad material y no es más que verdad, o discrepa con ella, y no es sino una no verdad. La claridad de la inexistencia lógica de clases de verdades... sólo se explica desde la persistencia de un mito que está más allá de la razón...”. De acuerdo con el autor, la prueba no puede pretender descubrir toda la verdad de los hechos, porque eso sería imposible. Por tanto, la función de la prueba en el proceso civil es “alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”.

³⁵⁴ Entre otros, podemos referir: FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Ed. Trotta, Madrid 2011; MONTERO AROCA, J., *Proceso y garantía...*, cit., pp. 83-87; GÓMEZ COLOMER, J. L., “La prohibición de investigar la verdad a cualquier precio en el sistema adversarial (el caso español)”, en *Sistema penal acusatorio y nuevos retos*, Colección de Estudios de Derecho Penal, no. 1, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2010, pp. 93-138; SUCAR, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2008; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, cit.; BERTOLINO, P. J., *La verdad jurídica objetiva*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1990; TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Ed. Laterza, Bari 2009 y del mismo autor “Consideraciones sobre prueba y verdad”, cit., pp. 99-124; DEL MORAL GARCÍA, A., “Verdad y justicia penal”, cit., pp. 537-560; HEINZ GOSSEL, K., “La búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en *Cuadernos de política criminal*, no. 45, 1991, pp. 673-694; MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, no. 1, 1999, pp. 63-98.

³⁵⁵ En España, esta posición doctrinal tuvo más seguidores antes de que se legalizara la Regla de Exclusión en la LOPJ. Entre los partidarios de la admisión y valoración de las pruebas ilícitas podemos referir a GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. II, vol. I, 2ª parte, pp. 584; y a SCHÖNKE, A., “Los límites de la prueba en el derecho procesal”, cit., pp. 373-378. Sin embargo, en estudios más recientes también puede encontrarse alguna opinión contraria a la exclusión de las pruebas ilícitas: ORTEGA PINTO, L., “Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1, 1996, p. 171-176; MARTÍ SÁNCHEZ, N., “La llamada ‘prueba ilícita’ y sus consecuencias procesales”, en *Actualidad Penal*, no. 7, 16 al 22 de febrero de 1998, pp. 141-162.

seguridad social (intereses estatales y sociales) deben prevalecer frente al derecho fundamental vulnerado en la obtención de la prueba (interés personal del afectado).

Sostienen los defensores de esta postura que el órgano judicial debe disponer de todos los elementos probatorios que le permitan conocer la verdad de los hechos, porque sólo así podrá juzgarlos adecuadamente, aplicando las normas que correspondan al caso. Un medio probatorio que ha sido incorporado al proceso no puede excluirse sólo por haber sido ilegítimamente obtenido, ya que este medio es importante para una completa valoración judicial de los hechos y, en consecuencia, para que se dicte una sentencia materialmente justa.

Así, las pruebas ilícitas pueden y deben incorporarse al proceso para ser practicadas y valoradas por el juez. A pesar de ello, el derecho fundamental vulnerado no quedará desprotegido si se tutela a través de la vía correspondiente, sancionando individualmente al responsable de su lesión por medio de la vía civil, penal o disciplinaria.

Estas consideraciones nos llevan a preguntarnos si la búsqueda de la verdad es tan importante como para realizarse a cualquier precio, incluso a costa de los derechos fundamentales que son los pilares básicos del Estado. Nos encontramos ante el llamado “conflicto de intereses”, que se produce entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos fundamentales.

3. La legalidad de las actuaciones de funcionarios y de particulares (el efecto disuasorio)

Otro de los intereses estatales que se ha esgrimido como fundamento para la interdicción de la prueba prohibida es garantizar la legalidad de las actuaciones de los sujetos públicos y privados. Se entiende que en un Estado de Derecho debe prevalecer la legalidad, el respeto a las leyes y a la Constitución, ya que de ello depende la paz social y la seguridad jurídica. En consecuencia, los actos que sean contrarios a la ley serán considerados inválidos y, aún más, las personas no podrán aprovecharse jurídicamente de las actuaciones ilegales que hayan cometido. Así lo indica aquel

adagio que señala que *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*³⁵⁶. En este sentido se pronuncia el artículo 6 CC español, al señalar que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. En el ordenamiento hondureño esta máxima se encuentra recogida en el artículo 9 CCH³⁵⁷.

Atendiendo al principio de legalidad, si se establece que la obtención y la práctica de las pruebas judiciales deben realizarse de acuerdo a unos parámetros, estos tienen que ser acatados³⁵⁸. Deberán tomarse en cuenta las estipulaciones que en materia probatoria y de derechos fundamentales se consignan en los tratados y convenios internacionales (DUDH, CEDH, PIDCP, CADH, entre otros), en la Constitución del país, en las leyes procesales, en las normas que determinan la actuación de los funcionarios públicos, en las leyes civiles que establecen responsabilidades para los particulares, etc. Por consiguiente, aquellas pruebas que se hayan obtenido en contravención de estas disposiciones, ya sean internacionales, constitucionales o legales, contendrán vicios que afectarán en mayor o menor grado su eficacia. Cabe recordar que las pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales serán sancionadas con la exclusión procesal y no podrán subsanarse, mientras que, cuando la

³⁵⁶ Este principio latino, contenido en el *Digesto*, establece que “nadie puede beneficiarse de su propio delito”; SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L.; “Los valores jurídicos en la historia”, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1374/24.pdf. Sobre el traslado de esta máxima al campo de la prueba ilícita, véase PICIÓN I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 299 y 300; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 50; MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba...*, cit., pp. 230-237.

³⁵⁷ De acuerdo con este artículo, “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

³⁵⁸ En el proceso civil, el principio de legalidad probatoria se desprende del art. 1 LEC. Sin embargo, cuando se trata de legalidad y licitud probatoria en el proceso penal, el principio referido adopta un matiz diferente. En los procesos criminales, “nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley (...), así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento y en enervar la presunción de inocencia a través de ‘pruebas legales’”; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., p. 22. Sucede lo mismo en el proceso penal hondureño, de acuerdo con CHÁVEZ, O. A., *Derechos fundamentales y la investigación criminal...*, cit., pp. 68 y 69.

infracción sea de rango legal, los efectos de la prueba serán aquellos que establezca la ley (nulidad, anulabilidad, posible convalidación o subsanación)³⁵⁹.

Siguiendo esta línea argumentativa, la ineficacia de las pruebas ilícitas constituiría también un factor disuasorio³⁶⁰. Los sujetos que obtienen las pruebas se verán desalentados al saber que el origen ilícito del elemento probatorio conllevará su ineficacia procesal y por ello procurarán la obtención ajustándose a los lineamientos legales. Este interés de fomentar la legalidad en la actuación de los funcionarios públicos se manifiesta en la trascendencia que ha tenido el *deterrent effect*, tanto en los países donde rige el *common law*, como en aquellos en donde impera el *civil law*. La diferencia entre los distintos sistemas radica en el sujeto y en el objeto de la disuasión; es decir, si se busca disuadir a funcionarios públicos o a particulares (o ambos) y si se les quiere disuadir de quebrantar la legislación procesal o de vulnerar los derechos fundamentales (o, nuevamente, de ambas cosas)³⁶¹.

4. La integridad judicial

Es otro de los intereses estatales que se ha esgrimido (principalmente en los EEUU) como fundamentación de la exclusión de las pruebas ilícitas. La preservación de la integridad judicial guarda una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales. Así, los órganos judiciales no deben permitir la incorporación e utilización procesal de elementos corruptos en el proceso: si se sabe, porque está demostrado, que en la obtención de cierta prueba se vulneró un derecho fundamental y, a pesar de ello, el tribunal la valora, se estaría convirtiendo en un cómplice de esa infracción.

³⁵⁹ Con relación a este aspecto, nos remitimos a la diferenciación establecida en el Capítulo II entre prueba prohibida o ilícita y prueba ilegal o irregular.

³⁶⁰ HAIRABEDIÁN, M., *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2002, pp. 42 y 43; señala que “la disuasión es la motivación que deben causar las exclusiones probatorias en el ánimo de los funcionarios, de no violar derechos intencionalmente para conseguir la prueba, porque en ese supuesto se cierne la amenaza de su invalidación”.

³⁶¹ Véase THAMAN, S. C., “Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth”, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 64, no. 4, 2011, pp. 691-735.

Así entendido, la Regla de Exclusión preserva la integridad judicial porque asegura que los jueces y magistrados no condonarán una conducta que violó la Constitución. Además, se evita que el Estado, a través del sistema judicial, se beneficie de un acto ilícito, permitiendo que sirva como prueba en un proceso³⁶².

Por otro lado, el sistema judicial perdería su credibilidad y legitimidad ante la sociedad si avala, por motivos de utilidad procesal, la violación de los derechos de los ciudadanos. Al contrario, se espera más bien que los órganos judiciales sean garantes del cumplimiento de la Ley y protectores de los derechos y garantías consignados en la Constitución.

En EEUU, el argumento de la integridad judicial ha tenido mayor trascendencia para el desarrollo de la Regla de Exclusión³⁶³. En España, sin embargo, no ha sido tan destacado como la protección de los derechos fundamentales, pudiéndose entender más bien como un elemento asociado a la tutela judicial de tales derechos. También en la literatura latinoamericana se hace referencia a la Regla de Exclusión como un mecanismo que preserva la integridad judicial³⁶⁴.

³⁶² SELIGMAN, K., *The Rise and Fall of the Exclusionary Rule: Can it Survive* Hudson, Herring & Brendlin?, First District Appellate Project, San Francisco 2010, p. 14, disponible en http://www.fdap.org/downloads/articles_and_outlines/Seminar2010-ExclusionaryRule.pdf

³⁶³ BLOOM, R./ FENTIN, D., “A More Majestic Conception: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule”, en *Journal of Constitutional Law*, vol. 13:1, Noviembre 2010, pp. 47-80; SELIGMAN, K., *The Rise and Fall of the Exclusionary Rule...*, cit., pp. 14 y 15; MELLIFONT, K. A., *The Derivative Imperative: How Should Australian Criminal Trial Courts Treat Evidence Deriving From Illegally or Improperly Obtained Evidence?*, Tesis doctoral, Queensland University of Technology, Queensland 2007, pp. 36-41.

³⁶⁴ HAIRABEDIÁN, M., *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., pp. 42-46. DEVIS ECHANDÍA, H., “Pruebas ilícitas”, publicado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, p. 16, disponible [ww.icdp.co/revista/articulos/1/HernandoDevisEchandia.pdf](http://www.icdp.co/revista/articulos/1/HernandoDevisEchandia.pdf); defendía la humanización del proceso judicial y, como requisito de ello, la necesidad de que los tribunales excluyeran las pruebas ilícitas. Expresa el autor que “sin duda alguna se civiliza a la justicia judicial con este concepto de que no es posible en la lucha procesal darle validez o eficacia a pruebas que estén manchadas de ilicitud... A mí me parece imposible que eso se acepte, ¿un proceso en el cual se utilicen por las partes y especialmente por los funcionarios encargados de dirigirlo y de decidirlo, pruebas ilícitas, es un proceso totalmente deshumanizado, porque uno de los aspectos de las pruebas ilícitas es precisamente el que atenta contra todo aquello que he mencionado, contra la vida, la dignidad, el honor, la integridad de las personas, contra sus derechos fundamentales”.

Por otro lado, los autores que defienden el predominio de la búsqueda de la verdad critican esta fundamentación porque consideran que la aplicación de la Regla de Exclusión más bien desacredita a los tribunales, ya que la sociedad la percibe como un mero formalismo técnico que conlleva la impunidad de los delincuentes³⁶⁵.

B. DERECHOS SUBJETIVOS

Hemos referido, en el Capítulo I, que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión ya que son, por un lado, garantías objetivas frente al Estado y, por otro, derechos subjetivos de las personas. También hemos dicho que la Regla de Exclusión no es en sí un derecho autónomo, sino que una garantía de índole procesal-constitucional que se deriva del sistema de los derechos fundamentales, de la importancia que estos tienen para el Estado y de su condición de inviolables. En ese sentido, la interdicción de la prueba ilícita tutela los derechos fundamentales considerados desde su vertiente objetiva, como un interés estatal e institucional. Sin embargo, veremos que la Regla de Exclusión también se constituye como un instrumento para salvaguardar los derechos fundamentales desde el punto de vista subjetivo.

Debemos partir del hecho que la existencia de una prueba prohibida en el proceso implica una doble vulneración de derechos fundamentales individuales –nuevamente, subjetivos–. En primer lugar, se viola un derecho al obtener la prueba y, en segundo lugar, su incorporación al proceso y consecuente valoración lesionan otras garantías de índole procesal³⁶⁶. Consideremos un ejemplo: la grabación (no autorizada judicialmente) de una conversación lesionaría el derecho al secreto de las comunicaciones de los interlocutores y, dependiendo del contenido y de la difusión de la misma, el derecho a la intimidad. Adicionalmente, la valoración de esta prueba por parte del órgano judicial lesionaría el derecho al proceso con todas las garantías y el principio de igualdad procesal. Si se tratara de un proceso penal, se estaría vulnerando

³⁶⁵ Por ejemplo, AMAR, A. R., *The Constitution and Criminal Procedure*, Yale University Press, New Haven 1997, p. 25; citado por HAIRABEDIÁN, M., *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 45.

³⁶⁶ GONZÁLEZ MONTES, J. L., “La prueba obtenida ilícitamente...”, cit., p. 39; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 35.

además el derecho a la presunción de inocencia³⁶⁷. Esta construcción ha tenido una relevancia práctica importante, especialmente para la interposición de recursos ante el TS (recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación) y ante el TC (recursos de amparo)³⁶⁸.

Por tanto, la exclusión de la prueba ilícita tutela de forma inmediata aquellos derechos que se vulneran al obtener la prueba (usualmente sustantivos), pero también protege de forma mediata las garantías procesales de los litigantes; siendo todos ellos derechos individuales o subjetivos.

1. Los derechos vulnerados en la obtención de la prueba

En EEUU, la Regla de Exclusión se formuló originalmente como una medida para proteger ciertos derechos fundamentales subjetivos, los *privacy rights*, consignados en la Cuarta Enmienda de la Constitución³⁶⁹. Así también, en España se tutelan aquéllos derechos fundamentales que son susceptibles de sufrir limitaciones a causa de un proceso judicial. Como indicamos en el Capítulo II, se trata de los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad personal (art. 17.1 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE)³⁷⁰. La violación de cualquiera de estos derechos durante la

³⁶⁷ Señala el TC que “no puede olvidarse la relación que el derecho a la presunción de inocencia tiene con el sistema probatorio, por lo cual ha de entenderse -y la doctrina de este Tribunal lo ha entendido siempre así- que el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando se utilizan como pruebas mecanismos o actuaciones, que no merecen jurídicamente esa calificación” (STC 64/1986, de 21 de mayo [RTC 1986(64)]).

³⁶⁸ En los recursos que se presentan ante estos tribunales, el recurrente no impugna sólo la ilicitud que se generó al obtener la prueba, sino también la infracción de garantías procesales al darle valor a la prueba espuria. Cuando la ilicitud probatoria es provocada por un particular, deberá necesariamente alegarse la vulneración de las garantías procesales por parte del órgano judicial de instancia ya que, de otra forma, esa prueba ilícita no podría impugnarse ante el TC, según se ha explicado en el Capítulo II.

³⁶⁹ SALAS CALERO, L., “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal...”, cit., pp. 468 y 469; PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las ocho sentencias más importantes...”, cit., pp. 129 y 130; FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pp. 61-68 y 107-109. La Cuarta Enmienda contiene los denominados *privacy rights*, es decir la intimidad o inviolabilidad de la persona, su hogar y documentos frente a registros, confiscaciones y arrestos.

³⁷⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 112. Tal como señala este autor, en el proceso penal también se ven afectados otros derechos y garantías

obtención de una prueba será causal de ineficacia probatoria de acuerdo con el art. 11.1 LOPJ.

En la legislación hondureña también se protegen estos mismos derechos, consignados en la CRH (arts. 68, 69,76, 99, 100 CRH), a los cuales se suma el derecho a la propiedad privada, que también está considerado como un derecho fundamental (art. 103 CRH)³⁷¹.

En síntesis, la exclusión procesal de las pruebas ilícitas constituye una garantía del sistema de derechos fundamentales en su conjunto y a través de esta garantía se logra tutelar los derechos subjetivos de personas concretas en casos específicos que, de no ser así, quedarían desprotegidos con relación a las infracciones realizadas al obtener los elementos de prueba. En consecuencia, la ineficacia procesal de la Regla de Exclusión y su efecto disuasorio cobran relevancia tanto al nivel estatal como al nivel individual de la tutela de los derechos fundamentales.

2. Los derechos que entran en juego al incorporar la prueba ilícita al proceso

El mecanismo de exclusión de la prueba ilícita incide de forma directa en los derechos y garantías procesales de los litigantes. Dependiendo de la posición que ostente la parte con relación a la prueba ilícita, entrarán en juego unos u otros derechos procesales.

adicionales como el derecho a ser informado de las razones de la detención, el derecho a la asistencia letrada durante la detención policial y judicial y el derecho a no declarar durante la detención (todos ellos contenidos en el art. 17.3 CE), así como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2). En el ordenamiento hondureño, las garantías constitucionales de la detención están reguladas en los artículos 69, 71, 84, 85, 98 CRH.

³⁷¹ PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 265 y 266; CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho procesal penal de Honduras*, cit., p. 297; CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., p. 230.

a) De la parte favorecida por la prueba ilícita

Suele ser la persona que obtuvo la prueba a través de la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, ésta no es una condición indispensable, considerando aquellos supuestos en los que la obtención se ha realizado por un funcionario o un tercero, o bien en los que la prueba provenga de otro proceso anterior. En todo caso, nos referimos a la parte que se ve favorecida por la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales; en términos de carga de la prueba, es aquella parte cuyas alegaciones se ven demostradas por la prueba ilícita. Indistintamente, el beneficiario de la prueba ilícita podría ser tanto el demandante como el demandado.

Para esta parte entran en juego el derecho a la prueba y el derecho de defensa, en caso que la prueba sea inadmitida, o que habiendo sido admitida sea expulsada posteriormente del proceso. En este sentido, se podría acudir a una aplicación matizada de la teoría sobre la búsqueda de la verdad, dado que a la parte le interesa demostrar unos hechos sobre los cuales existe prueba. El órgano judicial debe contar con todos los elementos probatorios que puedan formar su convicción y que le orienten hacia un fallo justo. La parte favorecida por la ilicitud probatoria querrá defender sus intereses a través de la aportación de aquellas pruebas, aparentemente pertinentes, de las que pueda valerse. Tengamos en cuenta que una prueba pertinente y formalmente correcta seguirá siendo legítima y válida mientras no se haya demostrado su origen espurio³⁷².

Debemos aclarar que, cuando se excluye una prueba que fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, quien la obtuvo de esta manera no podrá alegar posteriormente que se le produjo indefensión, porque nadie puede aprovecharse de sus propias acciones ilícitas. Podrá alegarlo en segunda instancia, como usualmente sucede, pero si la ilicitud está demostrada, su recurso será desestimado. En cambio, si se excluye una prueba que supuestamente era ilícita; pero se demuestra que realmente no se vulneró ningún derecho fundamental al obtenerla, entonces sí se está infringiendo el

³⁷² En otras palabras, una prueba ilícita cuya obtención inconstitucional no pueda ser demostrada, no se puede excluir del proceso y, por tanto, será valorada.

derecho de defensa, el derecho a la prueba y el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que la propuso, porque se le está privando de una prueba legítima.

En cualquier caso, es importante determinar la gravedad de la infracción cometida al obtener la prueba, para evitar que la supresión del elemento probatorio lesione el derecho a la prueba y el derecho de defensa del litigante que se vea perjudicado por la exclusión. Solamente aquellas pruebas resultantes de la infracción de un derecho fundamental, de igual rango que el derecho a la prueba, podrán ser eliminadas a través de la aplicación de la RE³⁷³. Cuando se trate de la lesión de un derecho o interés de menor jerarquía que el derecho a la prueba, el elemento viciado será utilizado, subsanado o anulado según los términos fijados por la ley.

b) De la parte perjudicada por la prueba ilícita

Usualmente es la persona cuyo derecho fundamental fue vulnerado en la obtención del elemento probatorio. No obstante, existen casos de ilicitud en los que se han vulnerado los derechos de terceras personas –que no son parte en el proceso– al obtener las fuentes de prueba³⁷⁴. Por tanto, será más apropiado decir que nos referimos a la parte procesal cuyas alegaciones se verían desacreditadas si la prueba ilícita fuese valorada, ya sea que sea trate del demandante o del demandado. Para esta parte, la práctica y valoración de una prueba ilícita conllevan la vulneración del derecho a la igualdad procesal y del derecho al proceso con todas las garantías³⁷⁵.

³⁷³ Como se ha referido en capítulos anteriores. Así, SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes...”, cit., p. 525; GONZÁLEZ MONTES, J. L., “La prueba obtenida ilícitamente...”, cit., pp. 38 y 39. Con relación a este punto se ha pronunciado la jurisprudencia del TS, por ejemplo en la STS, Sala Primera, de 2 de marzo de 2011 (RJ2011\2616).

³⁷⁴ Por ejemplo, en el supuesto analizado por la STC 142/2012, de 2 de julio (RTC 2012\142), el demandante de amparo impugna el acceso que tuvieron unos agentes policiales a la agenda telefónica de una coimputada. Sobre el hecho de que se trata de la vulneración del derecho fundamental de una tercera persona, el TC comenta que: “...se pone de manifiesto que el demandante no es el titular del derecho fundamental a la intimidad personal cuya lesión se aduce. Ahora bien, esa circunstancia no impediría apreciar un interés legítimo en el recurrente a que se analice dicha invocación en la medida en que, mediatamente, hubiera podido verse afectado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en su concreta dimensión, ya reiterada por este Tribunal, de prohibición de utilización como elementos probatorios de cargo de pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales (por todas, STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9)”.

El derecho a la igualdad procesal se ve infringido por dos motivos. En primer lugar, la parte perjudicada por la prueba ilícita recibe la carga probatoria añadida de demostrar que se vulneró un derecho fundamental en la obtención del elemento viciado³⁷⁶. Esta carga requiere un esfuerzo adicional (intelectual, procesal, económico, técnico, etc.) que sólo se exige a una de las partes. En los procesos civiles, en los que la prueba es obtenida generalmente de forma privada y extraprocesal, demostrar el origen ilícito de ésta puede ser una tarea particularmente complicada. En segundo lugar, se quebranta la igualdad procesal cuando en un proceso se permite que una de las partes aduzca sus alegaciones de cualquier forma, es decir, utilizando pruebas ilícitas, mientras que la otra parte se ha ceñido a los parámetros legales. En estas circunstancias, la valoración de una prueba ilícita permite que una de las partes se proclame ganadora sin haber respetado las reglas del juego, mientras que la otra no ha contado con esa ventaja, sino que ha jugado limpiamente³⁷⁷.

Así mismo, el aprovechamiento procesal de una prueba prohibida conlleva la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías. Además de la garantía de igualdad, se vulneran otras como el derecho de defensa, el principio de legalidad procesal, el principio de proporcionalidad y la efectiva tutela judicial. Recordemos al efecto las palabras del TC en su sentencia 114/1984 de 29 de noviembre (RTC 1984\114):

“...constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las ‘garantías’ propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro”.

³⁷⁵ En este sentido, la STC 114/1984 de 29 de noviembre (RTC 1984\114) y la STS, Sala Primera, de 8 de abril de 2010 (RJ 2010\3529). También se pronuncia al respecto la doctrina española: PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las ocho sentencias más importantes...”, cit., pp. 127 y 128; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., p. 42; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 47.

³⁷⁶ ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: Declaración y efectos”, cit., p. 14.

³⁷⁷ Partimos de la metáfora utilizada por FERÁNDEZ ENTRALGO, J., “Las reglas del juego...”, cit., pp. 57-210.

c) Consideración especial sobre la presunción de inocencia en la jurisdicción civil

El enfoque de nuestro estudio nos lleva a analizar aquellos casos excepcionales en los que, tratándose de un proceso civil, se considera vulnerada la presunción de inocencia de la parte perjudicada por la prueba ilícita. Si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia se ha incardinado tradicionalmente en el proceso penal, el TC y el TS han reconocido que éste es un derecho fundamental de índole procesal, consignado en el artículo 24.2 CE y que, por tanto, su vigencia puede extenderse a los distintos ámbitos jurisdiccionales³⁷⁸. Para ser precisos, en el proceso civil puede vulnerarse la presunción de inocencia solo en aquellos casos en los que la resolución judicial “se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”³⁷⁹. La

³⁷⁸ El TC, estableció en la sentencia 13/1982, de 1 de abril, (TOL8.477) que “...una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal y como ha precisado este Tribunal en reiteradas Sentencias. En este sentido, la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada. Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso (...). El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”. También reconocen la vigencia del principio de presunción de inocencia en la jurisdicción civil son las SSTC 52/1989, de 22 de febrero (TOL14.216) y 166/1995, de 20 de noviembre (TOL82.903); así como las SSTS, Sala Primera, de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000\2500) y de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003\1045).

Así mismo lo ha reconocido la doctrina española, concretamente: MASCARELL NAVARRO, J. M., “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 3, 1987, pp. 614-616; MUERZA ESPARZA, J., “El mínimo probatorio en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, no. 6, 1988, pp. 849-851; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 31. En Iberoamérica, ha analizado la vigencia del principio de presunción de inocencia en el proceso civil GOZAÍNI, O. A., “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, no. 6, julio-diciembre 2006, pp. 155-179.

³⁷⁹ STC 13/1982, de 1 de abril (TOL8.477) y STS, Sala Primera, de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000\2500).

STS, Sala Primera, de 19 de junio de 1997 (RJ 1997\5420) recoge la jurisprudencia relativa al tema, pronunciándose de la siguiente forma:

“El Tribunal Constitucional ha reiterado que este principio se aplica a otros campos del Derecho, además del Derecho penal, tal como se expone en el texto del motivo; pero siempre ha matizado que debe tratarse de una norma sancionadora o represiva. La sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 1994 dice explícitamente, refiriéndose al mismo: ...habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras. En Derecho civil en general y, en Derecho de obligaciones en particular, no se trata de sanciones o represiones, sino de cuestiones de acreedor o deudor, en que no hay culpable o inocente. Así, en el caso que puede parecer más claro de condena a un culpable, el caso de ilícito civil, llamada responsabilidad extracontractual, artículo 1902 del Código civil, esta Sala ha mantenido reiteradamente que no es aplicable el principio de presunción de inocencia: sentencias de 8 de febrero de 1991, 7 de enero de 1992, 25 de febrero de 1992, 30 de junio de 1993 y la citada de 27 de septiembre de 1994. La de 15 de diciembre de 1993, matiza: sin dejar de reconocer la aplicabilidad en el ámbito civil del principio constitucional de presunción de inocencia, no se puede desconocer que, dada la naturaleza iuris tantum de la referida presunción, la misma puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba libremente valorado por el Tribunal de instancia. La de 3 de febrero de 1994 añade, con referencia al mismo principio: tanto se entienda como el derecho de toda persona a no padecer un efecto jurídico desfavorable o no ser condenado o sometido a una carga perjudicial, es sabido que dentro del Derecho civil -en el campo penal otra proyección más nítida la explica- se preserva esa tutela mediante una resolución judicial que esté debidamente integrada por los instrumentos probatorios del proceso”³⁸⁰.

A lo largo de los años, el TC ha sostenido que la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada por aquellas pruebas que hayan sido lícitamente obtenidas y practicadas. Por tanto, una condena penal basada en una prueba ilícita vulnera el derecho a la presunción de inocencia³⁸¹. En este sentido, por inaudito que parezca,

³⁸⁰ La sentencia continúa diciendo que: “En conclusión, en general, para el Derecho: el principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, para el Derecho civil: en principio, no contiene este tipo de normas, sino relativas a derechos o intereses privados, por lo que muy raramente es aplicable tal principio; en concreto, para el Derecho de obligaciones: se trata de acreedor y deudor, no de culpable o inocente, incluso en materia de responsabilidad extracontractual; en concreto, para el proceso civil: no cabe una resolución judicial que produzca un efecto jurídico desfavorable o condene a una carga perjudicial si no media prueba, valorada libremente por el Tribunal de instancia (...).”

³⁸¹ Indica la STC 64/1986, de 21 de mayo (RTC 1986\64) que “alguna reflexión habrá que hacer sobre el problema de la presunción de inocencia, que nuestra Constitución erige en derecho fundamental en el último inciso del apartado 2 del art. 24. Como es lógico, tal presunción significa que la carga de la actividad probatoria pesa exclusivamente sobre quien acusa, de manera que es el acusador quien tiene que

también es posible que en un proceso civil se quebrante la presunción de inocencia si la sentencia –que debe ser “sancionadora” o “restrictiva de derechos”– se fundamenta en hechos demostrados a través de una prueba ilícita. Para ilustrar el caso, partiremos de un recurso de amparo que fue resuelto en 1982. En aquella ocasión, el demandante alegaba que se había vulnerado su presunción de inocencia porque la sentencia de segunda instancia, que lo privaba de la custodia de su hijo, se basaba en un hecho que, al mismo tiempo, declaraba no probado. Dado que se trataba de un fallo que restringía sus derechos como padre, el TC reconoció que en este proceso civil se había infringido el principio de presunción de inocencia³⁸². Ahora bien, supongamos que un padre sea privado de la custodia de su hijo y que la sentencia se base en una prueba ilícitamente obtenida (por ejemplo, un vídeo que vulnera el derecho a la intimidad, la grabación de una conversación privada, una carta ilegítimamente sustraída, etc.). En este último caso, la valoración de esa prueba vulneraría no solo el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la igualdad procesal, sino que también la presunción de inocencia del padre al cual se le despoja de la custodia de su hijo³⁸³. Por tanto, y para

probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien tenga que probar su inocencia. Mas la presunción, en el campo del proceso, es una presunción *iuris tantum*, que se destruye mediante prueba en contrario. En rigor, el ámbito de actuación de la presunción de inocencia concluye en este punto. No obstante, no puede olvidarse la relación que el derecho a la presunción de inocencia tiene con el sistema probatorio, por lo cual ha de entenderse -y la doctrina de este Tribunal lo ha entendido siempre así- que *el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando se utilizan como pruebas mecanismos o actuaciones, que no merecen jurídicamente esa calificación*” (la cursiva es nuestra).

³⁸² De acuerdo con la STC 13/1982, de 1 de abril (TOL8.477): “La realidad ha sido, pues, que la Audiencia, basándose en un hecho que expresamente considera no probado ha extraído de él consecuencias jurídicas que limitan claramente los derechos que al padre pudieran corresponderle. Por ello debe apreciarse que con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24, núm. 2 de la CE y que ampara al recurrente”.

³⁸³ Se trata de un supuesto hipotético, pero no imposible. En un caso similar, el TS analizó la vigencia del principio de presunción de inocencia en los procesos civiles (STS, Sala Primera, de 28 de marzo de 2000 [RJ 2000\2500]). Se trataba de una disputa de paternidad en la cual el demandado se negó a hacerse una prueba hematológica. Este hecho fue valorado, junto con otras pruebas concurrentes, en su contra, por lo cual el juzgado de instancia estimó la demanda. En casación, el TS estableció que no hubo vulneración del principio de presunción de inocencia, “porque no participando la paternidad de la naturaleza de los castigos o las penas, no cabe atribuir a la declaración judicial de paternidad el carácter de una sanción civil sino, entre otros, el de una manifestación de la protección integral de los hijos que el art. 39 CE encomienda a los poderes públicos”. En este sentido, no se cumplía el requisito jurisprudencialmente establecido de que debe tratarse de un fallo que imponga una sanción o implique la restricción civil de un derecho. Si bien dicho recurso no versaba directamente sobre pruebas ilícitas, este supuesto no está alejado de nuestro campo de investigación. Sobre las pruebas biológicas de paternidad y los casos de

concluir este apartado, la exclusión de la prueba ilícita en los procesos civiles también coadyuva a tutelar el derecho a la presunción de inocencia en aquellos casos excepcionales en los que dicha garantía tenga vigencia, es decir, cuando de la sentencia definitiva se desprenda la imposición de una sanción o la restricción civil de un derecho.

II. LA ARMONIZACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS QUE FUNDAMENTAN LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Hemos expuesto de forma individualizada ciertos aspectos que consideramos presupuestos para el fundamento de la RE. Sin embargo, éstos no existen aisladamente en la realidad jurídica de los Estados, sino que se encuentran en constante interacción. Por ello resulta necesario definir cuáles son los criterios a aplicar para lograr comprender el funcionamiento armonizado de los valores y derechos, constitucionales e individuales, que anteriormente hemos referido. El fundamento de la Regla de Exclusión de la prueba ilícitamente obtenida radica precisamente en la dinámica de integración de estos presupuestos.

A. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO DE INTERESES

1. El conflicto de intereses que plantea la prueba ilícita

El punto de partida para el estudio de la prueba ilícita o prueba prohibida es el conflicto de intereses que surge durante la obtención de dichas pruebas³⁸⁴. Por un lado

posible ilicitud véase BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 96-98; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 10; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 174.

³⁸⁴ Para la doctrina española, la problemática de la prueba ilícita brota del conflicto de intereses existente entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos fundamentales. Así, podemos destacar autores como GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 107-112; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 24 y 25; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 53-63; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 19-21; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 35-47; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 66-68; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., pp. 55-63 y 99-100; ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: Declaración y efectos”, cit., pp. 2-15; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 21-23; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 345-347.

contemplamos la necesidad de contar con todas las pruebas que puedan guiar al órgano judicial hacia la resolución más justa de un conflicto. Así, nos encontramos con el interés de obtener la anhelada verdad *material*, que conduce a la recta impartición de la justicia, tan necesaria para el Estado de Derecho, la paz, la seguridad y el orden social.

Por otro lado, se encuentra la protección de los derechos fundamentales que la Constitución proclama inviolables y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. La preservación de estos derechos requiere que las pruebas obtenidas en su detrimento no sean válidas. Además, se exige a los funcionarios públicos y a los ciudadanos que respeten los derechos fundamentales, de forma que sus actuaciones sean ajustadas a Derecho; pero, sobre todo, ello se exige a los jueces y magistrados, como requisito indispensable de la integridad judicial. Los derechos fundamentales no deben ser vulnerados por los ciudadanos ni por los funcionarios públicos que obtienen pruebas con fines judiciales, mucho menos deben los órganos jurisdiccionales avalar estas vulneraciones a través de la valoración de dichos materiales ilícitos.

Así, vemos cómo se forman dos bloques opuestos de intereses y valores. Por un lado el derecho a probar y la búsqueda de la verdad y, por el otro, la protección de los derechos fundamentales y el derecho a un proceso con todas las garantías. Existen motivos para que prime tanto uno como otro y por ello se dice que existe un conflicto de intereses que debe ser resuelto: o se busca la verdad a toda costa o se protegen los derechos fundamentales. Depende de cada Estado, del legislador ordinario o constitucional, decidir cuál de los intereses debe primar.

2. Técnicas para resolver el conflicto de intereses

Ante la convergencia de distintos intereses y derechos constitucionales que, debido a la existencia de una prueba ilícita, se encuentran aparentemente en posiciones antagónicas, la doctrina ha identificado diversas vías que pueden ser útiles para dirimir este conflicto de intereses³⁸⁵.

³⁸⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’...”, cit., pp. 20-29. Señala el autor que, cuando hay una prueba ilícita, “existirá una situación de conflicto porque mientras el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva parecen propugnar su admisión (sin perjuicio de la sanción que corresponda al agente), los derechos fundamentales, o demás bienes jurídicos

a) *La interpretación unitaria: delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales en conflicto*

En primer lugar, puede aplicarse la técnica de la interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, que nos lleva a neutralizar el conflicto a través de la delimitación conceptual del contenido de los derechos fundamentales confrontados³⁸⁶. Dado que el ordenamiento jurídico y, particularmente, el texto constitucional son sistemas unitarios, sus elementos deben interpretarse de forma armónica y en conjunto, de manera que no se contradigan entre sí. Por tanto, no puede un derecho fundamental anular a otro o limitarlo³⁸⁷. Más bien, hay que definir y delimitar internamente el contenido de cada uno de ellos³⁸⁸. Aplicando esta técnica de interpretación constitucional al conflicto de intereses provocado por la prueba ilícita, puede decirse

constitucionalmente protegidos, que han sido afectados exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria. Como se puede advertir, esto ocasiona un problema para el ordenamiento jurídico entendido como sistema (es decir, como uno donde no pueden subsistir antinomias o incompatibilidades), pues la existencia de un conflicto entre derechos o bienes jurídicos de igual jerarquía significa –en abstracto– que estamos ante derechos o bienes jurídicos incompatibles (lo cual implicaría que alguno de ellos deba ser eliminado para salvar la coherencia del sistema), o que en realidad tal incompatibilidad no existe pues el conflicto puede ser solucionado en términos de delimitación, de jerarquía o ponderación”. Además, sobre los métodos de solución de conflictos de intereses constitucionales, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 57-69; GARCÍA, E. A., *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pp. 417-448.

³⁸⁶ Existe un sector de la doctrina que se opone a la teoría del conflicto entre derechos constitucionales. De acuerdo con estos autores, lo que existe realmente es un problema en cuanto a la delimitación del contenido de cada derecho o interés, de manera que, si se interpretan correctamente, teniendo en cuenta los límites de cada uno, no hay conflicto alguno. En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 54-57; quien a la vez refiere a PÉREZ, D., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, CEPC, Madrid 2001; CASTILLO CÓRDOVA, L. F., “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones constitucionales*, no. 12, 2005, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm#N*.

³⁸⁷ Téngase en cuenta la distinción, analizada ya en el Capítulo II, entre limitación y vulneración de un derecho fundamental.

³⁸⁸ “No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ‘ceder’ ante otros bienes constitucionalmente protegidos (...) porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho (...). Nada, por tanto, de jerarquía a de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución”; de acuerdo con MARTÍN-RETORTILLO, L./ DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid 1988, pp. 143-144.

que:

“...ciertas situaciones que han sido presentadas por la doctrina como límites de los derechos fundamentales (por derivarse de la concurrencia de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos) en realidad no son problemas de limitación de un derecho fundamental, sino de *delimitación* conceptual del contenido mismo del derecho, de forma tal que lo que se llama protección de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido no exige en realidad una limitación externa de los derechos, por la sencilla razón de que las conductas o situaciones que se trata de impedir, por ser violatorias de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, no pertenecen al contenido del derecho fundamental en cuestión. Por tal razón, vistas así las cosas, el derecho fundamental no requerirá de ninguna limitación externa para excluirlas”³⁸⁹.

Esta técnica es bastante útil cuando analizamos la exclusión de la prueba ilícita desde el punto de vista subjetivo de los derechos fundamentales de las partes. Por ejemplo, pensemos en el conflicto de intereses que surge cuando un individuo se introduce en el domicilio de otro para sustraer un documento que servirá de prueba en un juicio, ya sea penal o civil. Como prueba ilícita tendremos el documento, y como derechos en conflicto el derecho a la prueba de la parte que se beneficia del documento y el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la parte que sufrió el allanamiento. Sabemos que el derecho a la prueba garantiza a quien sea parte en un proceso la posibilidad de impulsar la actividad probatoria acorde con sus intereses; éste es su contenido esencial. Sin embargo, el mismo TC ha delimitado jurisprudencialmente el contenido del derecho a la prueba, establecido que no es un derecho ilimitado y que su ejercicio debe efectuarse dentro de los parámetros constitucionales³⁹⁰. Por otro lado, el artículo 18.2 CE establece un marco de referencia con relación al contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de manera que sólo cuando haya consentimiento del titular, autorización judicial o delito flagrante se podrá entrar a registrar un domicilio.

En el ejemplo, la correcta delimitación del contenido del derecho a la prueba nos permite apreciar que éste no abarca la posibilidad de obtener pruebas a través de la

³⁸⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’...”, cit., p. 21. El autor se fundamenta en la teoría planteada por MARTÍN-RETORTILLO, L./ DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, cit., pp. 143-144; y la traslada al conflicto de derechos provocado por la prueba ilícitamente obtenida.

³⁹⁰ Nos remitimos a las apreciaciones ya expuestas sobre el tema en el Capítulo I.

infracción de los derechos fundamentales de otras personas (entrando en un domicilio ajeno). En sentido contrario, el derecho contenido en el artículo 18.2 CE concede a su titular la facultad de impedir el acceso de terceras personas a su domicilio, siempre y cuando no exista autorización judicial o delito flagrante. En consecuencia, el conflicto desaparece porque ya no hay solapamiento de dos derechos fundamentales, sino que se ha diferenciado y delimitado el contenido y el alcance de uno y de otro derecho.

Esta misma técnica podría aplicarse a los demás supuestos en los que entren en conflicto derechos individuales. Así, podrían evaluarse casos de pruebas ilícitas en los que el derecho a la prueba se oponga a otros derechos como el secreto de las comunicaciones, la integridad psicológica, la intimidad, el proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia, etc.

A pesar de ello, la técnica de resolución interpretativa no resulta del todo satisfactoria cuando el conflicto de intereses se analiza desde un punto de vista objetivo, es decir, incorporando otros valores o bienes de interés social y estatal como la búsqueda de la verdad, la integridad judicial y la protección del sistema de derechos fundamentales. Estos intereses no tienen un contenido esencial que esté definido jurisprudencial o legalmente –recordemos que esa es una garantía propia de los derechos fundamentales–, por lo cual no se podría solucionar el conflicto de intereses a través de la delimitación del contenido esencial de los elementos en cuestión. Para ello, será necesario acudir a alguna de las otras técnicas que a continuación exponemos.

b) La jerarquización de los derechos y valores constitucionales

Esta técnica se basa en la *preferred freedoms doctrine*, elaborada por los tribunales estadounidenses a principios del S. XX³⁹¹. Dicha doctrina establece que

³⁹¹ Fue el Juez Oliver Holmes quien primero aplicó la teoría en casos como *Lochnery v. Nueva York* (1905) y *Abrams v. Estados Unidos* (1919); de acuerdo con HALL, K. L. (editor), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Oxford Reference 2005, consulta de la voz “preferred freedoms doctrine”, disponible en www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195176612.001.0001/acref-9780195176612-e-0959. Originalmente, la teoría se refería a los derechos consignados en la Primera Enmienda de la Constitución de los EEUU (libertad religiosa, libertad de expresión y de prensa, libertad de reunión y libertad de petición). Durante las siguientes décadas la doctrina cayó en desuso, pero volvió a cobrar auge en los años 60. No se ha establecido una lista exhaustiva de los derechos y libertades considerados “preferentes”, pero los tribunales suelen destacar siempre entre ellos aquellos de la Primera Enmienda. Así lo relata

existen ciertos derechos o libertades que, por ser esenciales para una sociedad democrática, deben gozar de mayor protección judicial³⁹². En este sentido, los derechos y libertades preferentes se encuentran en una posición superior respecto a otros derechos o bienes jurídicos con los que pudieran concurrir en una relación de conflicto³⁹³. Entonces, la resolución del conflicto de intereses se sustanciará, conforme a esta técnica, a través de la jerarquización de los derechos, valores, bienes o intereses constitucionales que se encuentren en posiciones contrapuestas: aquél que se encuentre en la posición jerárquica preferente será el que prevalezca frente al otro de menor relevancia.

Analicemos la aplicación que podemos dar a esta teoría para resolver el conflicto de intereses relacionado con la prueba ilícita. Primero, tendríamos que plantearnos cuáles serían, conforme a la CE, los derechos o libertades preferentes. En sentido amplio, cabe decir que los derechos *fundamentales* se encuentran en una posición preferente con relación a los demás derechos constitucionales (los no-fundamentales) y que, además, reciben una protección reforzada a través del art. 53 CE. Así, la jerarquía de los derechos que gozan del carácter fundamental nos permite resolver algunos supuestos de conflicto de intereses.

Consideremos, como ejemplo, el caso de la prueba irregular, en cuya obtención no se ha vulnerado un derecho fundamental sino que solamente un precepto legal. Surge aquí un conflicto entre el derecho fundamental a la prueba y el principio de legalidad,

EDELMAN, M., *Democratic Theories and the Constitution*, State University of New York Press, Albany 1984, pp. 129-131.

³⁹² Señala HALL, K. L. (editor), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University, cit.; que en el caso *Palko v. Connecticut* (1937), el juez Benjamin Cardozo defendió la preferencia que tienen aquellos “principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en la base de todas nuestras instituciones civiles y políticas”, y que son “la matriz, la condición indispensable de casi todas las demás libertades”.

³⁹³ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’...”, cit., pp. 24 y 25; comenta que “esta teoría parte por considerar que entre la gama de derechos o bienes constitucionalmente protegidos existen algunos que son el presupuesto básico para el mantenimiento de los valores democráticos y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, concluyendo que, por ende, gozan de una posición preferente sobre los demás, de tal suerte, que el eventual conflicto que pueda surgir entre éstos y aquellos, al concurrir en un caso concreto, debe ser resuelto con el predominio de los primeros sobre los últimos”.

que exige que los procesos se realicen conforme a la normativa legal. En este supuesto prevalecerá el derecho a la prueba, debido a su alta jerarquía como derecho fundamental y, por tanto, la prueba será admitida y valorada (sin perjuicio de que se exija su subsanación). Otro ejemplo sería el de la prueba robada, es decir, la prueba obtenida en contravención del derecho a la propiedad privada. Como hemos manifestado anteriormente, el derecho a la propiedad no goza de rango fundamental en la CE y, por consiguiente, cuando el conflicto se produzca entre este derecho y el derecho a la prueba, deberá prevalecer éste último, que sí es un derecho fundamental³⁹⁴. En estos dos supuestos, el conflicto ha sido resuelto en términos de jerarquización de los elementos en conflicto, habiendo prevalecido la posición preferente del derecho fundamental a la prueba.

Por otra parte, cabe plantearnos si, entre los mismos derechos fundamentales, existen algunos que gocen de mayor jerarquía. Tal podría ser el caso de los denominados derechos fundamentales absolutos, que no permiten ninguna limitación o restricción (el derecho a la vida y el derecho a la integridad), frente a los demás derechos fundamentales relativos, que pueden ser limitados en ciertos supuestos permitidos por la norma constitucional (como el derecho al secreto de las comunicaciones, que puede restringirse mediante una autorización judicial). En este sentido, la técnica de jerarquización de los derechos fundamentales es aplicable, por ejemplo, al conflicto que surge cuando la prueba ilícita es una declaración obtenida a través de maltrato o tortura. En ese caso prevalecería el derecho a la integridad física y psicológica, que es un derecho absoluto, frente al derecho a la prueba. Si bien se trata de dos derechos fundamentales, hay uno que ostenta una posición preferente y, por tanto, debe predominar.

No obstante, la distinción no resulta tan clara si el conflicto se plantea entre el derecho a la prueba y los demás derechos relativos. Por ende, si se trata de intervenir la correspondencia de alguien, de entrar a un domicilio, de revelar un secreto profesional,

³⁹⁴ Según hemos comentado en el Capítulo II. Indica CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 12; refiriéndose a las pruebas obtenidas infringiendo el derecho a la propiedad, que “cuando la ilicitud es de rango inferior, por no vulnerar derechos fundamentales –y, por tanto, constituye una ilegalidad–, podrá prevalecer el principio de verdad material. Refiere la autora la STS, Sala Segunda, de 29 de marzo de 1990 (TOL2.382.678).

de grabar una conversación, ¿prevalecería el derecho a la prueba? No podemos responder a este interrogante aplicando la técnica de jerarquización, porque se trata de derechos fundamentales que tienen el mismo grado de importancia constitucional. Vagamente podríamos contestar que “depende” de la situación concreta. Esto significa que en ciertos casos prevalecería el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad, mientras que en otros predominaría el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, etc. Para evaluar estos casos, será necesario acudir a otra técnica, la ponderación, para resolver el conflicto de intereses³⁹⁵.

Tampoco resulta fácil aplicar la doctrina de la posición preferente a los conflictos que surgen entre intereses constitucionales que, a diferencia de los derechos fundamentales, no han sido sujetos a la jerarquización. Este será el caso si el conflicto se analiza en términos de confrontación entre la búsqueda de la verdad, la protección de los derechos fundamentales, la integridad judicial y la legalidad de la actuación de los funcionarios públicos. Ello nos vuelve a plantear la cuestión inicial ¿debe prevalecer la búsqueda de la verdad o la protección de los derechos fundamentales? En síntesis, cabe decir que:

“...si la obtención de los medios y/o fuentes de prueba que se quiere hacer valer en un proceso o procedimiento se ha producido con afectación de derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a los que el ordenamiento *supra* legal les otorgase una posición preferente frente al derecho a probar y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, entonces, los medios y/o fuentes de prueba así obtenidos no deben ser admitidos ni tener eficacia probatoria en el proceso o procedimiento. En cambio, si esos medios y/o fuentes de prueba han sido obtenidos

³⁹⁵ Dado que no existe un catálogo exhaustivo que determine la jerarquización objetiva de los derechos preferentes, es necesario remitirse a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto. Así, pregunta EDELMAN, M., *Democratic Theories and the Constitution*, cit., p. 129, “Which rights are deemed so essential to our democracy as to be accorded a preferred position? It is far from clear. There has never been an exhaustive and exclusive list of the preferred freedoms, although certain rights such as free speech are always included. More important, what does it mean to place a right in a preferred position? It clearly does not mean that a right can be treated as an absolute bar to governmental action; rather, *acceptance of the preferred concept implies a balancing of the preferred freedom at issue against any other interest which stands in counterbalance*. How does one go about making this reasonable accommodation? *What is put on the balance when weighing a preferred freedom against other interest?* (...) Since the factors involved are bound to differ from one situation to another, from case to case, no clear, unambiguous standard has emerged. The [preferred freedoms] doctrine cannot provide a set of objective standards to guide decision-making. Even those who accept the doctrine may differ fundamentally about important kinds of decisions it requires” (la cursiva es nuestra).

con afectación de derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a los que el ordenamiento les otorgase una posición igual a la ocupada por el derecho a probar y la verdad jurídica objetiva, entonces el conflicto que se presentara entre éstos y aquellos para decidir acerca de la admisión o exclusión de dicho material probatorio no puede resolverse en términos de jerarquía o subordinación, sino en términos de equilibrio o ponderación...»³⁹⁶.

c) La ponderación de los derechos e intereses en juego

En innumerables ocasiones, el TC ha recurrido al método ponderativo para resolver el conflicto que, en casos concretos, ha surgido entre derechos fundamentales y valores constitucionales. Se trata de una técnica utilizada a nivel internacional³⁹⁷ que consiste en sopesar ciertos derechos, valores, intereses, bienes o principios constitucionales que entran en conflicto, para determinar cuál es el que ha de predominar en cada caso. Al aplicar este método se toma en cuenta el contenido o ámbito de cada derecho o bien ponderado³⁹⁸, sin que exista una jerarquización previa. Dado que se trata de intereses constitucionales, no puede pretenderse que uno predomine sobre otro, ni que uno anule al otro, sino que debe determinarse, según las circunstancias de cada caso, cuál de ellos debe prevalecer en el supuesto concreto. Visto así, es un método de solución casuístico: el juicio de ponderación se aplica de manera individual a cada supuesto.

La teoría de la ponderación parte de que la Constitución contempla una multitud de derechos, valores, bienes, intereses y principios que son importantes para el Estado de Derecho, pero que no son ilimitados. Si bien, considerados en abstracto, éstos no chocan entre sí, en ocasiones pueden entrar en conflicto cuando las personas ejercen sus derechos, siendo necesario encontrar el balance o equilibrio entre los derechos e intereses de uno y otro individuo, o bien, de los individuos y de la sociedad. Así, indica la STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985\53), que en la medida en que no puede

³⁹⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’...”, cit., p. 26.

³⁹⁷ Sobre la aplicación constitucional de la ponderación en EEUU, Alemania e Italia, expone SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, UNED, no. 12-13, 2º semestre 2003 - 1º semestre 2004, pp. 353-362.

³⁹⁸ De acuerdo con el TC, la ponderación “debe partir del contenido, alcance y finalidad que la Constitución atribuye a cada uno de los derechos en presencia” (STC 219/1992, de 3 de diciembre [RTC 1992\219]).

afirmarse el carácter absoluto de los derechos y valores constitucionales, “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.

Dado que los factores confrontados son *principios*, es decir “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, éstos no pueden ser conciliados a través de las técnicas que usualmente se aplican para resolver los conflictos entre *reglas*³⁹⁹. Dicho de otra forma, la colisión entre los derechos y valores constitucionales, debido a la naturaleza de éstos, debe resolverse a través de una técnica específica, la ponderación, y no mediante los métodos usuales de resolución de conflictos entre normas de rango legal (los criterios temporal, jerárquico o de especialidad). Un conflicto entre dos derechos fundamentales no puede resolverse a través de dichas técnicas ordinarias porque ambos derechos son contemporáneos, gozan del mismo rango y ninguno es más general ni más específico que el otro. Por tanto, la prevalencia de uno u otro en el caso particular deberá determinarse a través de la ponderación.

En la sentencia 320/1994, de 28 de noviembre, el TC describió la técnica de la ponderación en los siguientes términos:

“...planteado otra vez el problema de la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales (...), la solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”.

³⁹⁹ A diferencia de los principios, las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...). Son razones definitivas, no razones *prima facie*”. De acuerdo con SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación...”, cit., pp. 376 y 377; quien a su vez cita a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona 1984, pp. 61-101; así como a ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 86, 87, 99 y 101. También recoge esta clasificación HERNÁNDEZ MEZA, N., “La aplicación del principio de la armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, no. 19, 2003, pp. 198-223.

En materia de obtención de pruebas, la ponderación ha llegado a ser un factor determinante en varios niveles. En primer lugar, el legislador (constitucional y ordinario) debe sopesar el interés que supone la búsqueda de la verdad en contraposición con el interés de tutelar los derechos fundamentales⁴⁰⁰. De esta ponderación legislativa resultan normas que establecen límites legítimos tanto a los derechos fundamentales como a la búsqueda de la verdad, entre las cuales podemos citar los artículos 17 y 18 CE, 11.1 LOPJ, 554 al 588 LECRIM y 261 LEC. El legislador considera que un derecho fundamental (como la inviolabilidad del domicilio, la intimidad o el secreto de las comunicaciones) es inviolable –*in abstracto* predomina el interés de tutelar los derechos fundamentales–, pero al mismo tiempo se establece que tal derecho puede sufrir limitaciones cuando así lo requiera un proceso judicial y se cumpla una serie de requisitos legales y constitucionales –con relación a un caso concreto predomina el interés de obtener la verdad–.

Una vez que la Constitución y las Leyes determinan de forma genérica cuáles son los supuestos en que está permitido limitar un derecho fundamental, estas normas pueden ser aplicadas a casos concretos por los tribunales de justicia. Por tanto, un segundo ámbito en el cual se realiza la ponderación es el proceso judicial, cuando el órgano jurisdiccional competente autoriza la realización de una medida que restringe algún derecho fundamental. La ponderación se realizará con atención a las circunstancias del caso concreto, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁴⁰¹, conforme a los cánones legales, constitucionales y jurisprudenciales

⁴⁰⁰ De acuerdo con el ATC 375/1983, de 30 de julio (RTC 1983\375 AUTO), “todo bien o valor constitucionalmente reconocido, puede representar, en supuesto conflicto, un límite para otros bienes o valores. En principio, la Ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes...”. Comenta al respecto SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación...”, cit., p. 364.

⁴⁰¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’...”, cit., pp. 26-29; explica que el principio de razonabilidad está recogido de distintas formas por las normas nacionales e internacionales. Así, puede configurarse como la exclusión de arbitrariedad, la prohibición del abuso o la expresa exigencia de razonabilidad. Según este autor, el principio de razonabilidad “exige que los límites, el estatuto, la regulación y, en general, cualquier decisión que involucre al proceso (y por ende a los elementos que integran su contenido), así como a los demás derechos fundamentales, debe obedecer a un fin lícito, y los medios utilizados para conseguirlo deben ser proporcionales”. También, sobre el principio de razonabilidad en relación con el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación...”, cit., pp. 372-374; HERNÁNDEZ MEZA, N., “La aplicación del principio de la armonización concreta...”, cit., pp. 207-209.

correspondientes. En este sentido, el TC ha dicho que la autorización judicial, “consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental” (SSTC 50/1995, de 23 de febrero [RTC 1995\50] y 26/1995, de 25 de julio [RTC 1995\26]). Será esencial que la diligencia que limita los derechos fundamentales cumpla con todos los requisitos legales y constitucionales, porque de lo contrario la prueba que resulte de esa diligencia podrá ser declarada ilícita y por tanto se excluirá del proceso.

El tercer ámbito en el que se realiza el juicio de ponderación es el de los recursos, de manera que cuando una parte alega la ilicitud de una prueba, el tribunal *ad quem* deberá revisar el juicio de ponderación efectuado por el órgano judicial que autorizó la medida, realizando a la vez un nuevo juicio de ponderación. Dependiendo del recurso que se haya planteado, puede tratarse tanto de un tribunal ordinario como del Tribunal Constitucional. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia que corresponde a este último “determinar, por la vía del recurso de amparo, si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos constitucionales en conflicto” (STC 219/1992, de 3 de diciembre [RTC 1992\219])⁴⁰².

Podemos poner como ejemplo de la ponderación el caso analizado en la STS, Sala Primera, 278/2011 de 28 de abril (RJ 2011\3722). Esta sentencia resuelve un recurso por infracción procesal en donde se plantea la ilicitud de unas cartas, alegando que en su obtención se vulneró el derecho a la intimidad. El primer nivel de ponderación se realiza de forma abstracta cuando se establece en el artículo 18 CE que se garantiza el derecho a la intimidad personal familiar y además “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. En este artículo se está ponderando la inviolabilidad de las comunicaciones con la necesidad de obtener pruebas que permiten otorgar una efectiva tutela judicial (art. 24 CE). Se permite *a priori* limitar el derecho del artículo 18.3 CE mediante una autorización judicial, regla que aplicará a cualquier caso en general, sin

⁴⁰² Además, las SSTC 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990\171); 197/1991, de 17 de octubre (TOL81.885); 40/1992, de 30 de marzo (RTC 1992\40) y 85/1992, de 8 de junio (RTC 1992\85).

pensar en unos sujetos ni en un conflicto particular.

El segundo nivel de ponderación es el que se realiza cuando, para un caso judicial concreto, el juez de instancia dicta el auto que autoriza a intervenir las comunicaciones, sopesando la necesidad de limitar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones del emisor o del destinatario de ciertas cartas. En el supuesto que analizamos, no se autorizó judicialmente la intervención y por ello se está impugnando la prueba documental.

El tercer nivel de ponderación es el que realiza la Audiencia Provincial en apelación y posteriormente el TS al dictar la sentencia que analizamos, con la finalidad de verificar si la prueba es o no ilícita. En este sentido, se pondera el derecho del artículo 18 CE del dueño de las cartas (demandado) y los derechos del artículo 24 CE de la persona que obtuvo las cartas y las propuso como prueba (demandante). Concretamente, el TS expresó que:

“Respecto al contenido de la prueba que se dice que viola el derecho a la intimidad del demandado (...), debe distinguirse entre la ilegalidad de la obtención y la idoneidad de dicho documento para probar; como afirma la STS de 8 abril 2010 (Rec. N° 514/2006), *entran en juego dos derechos fundamentales, el art. 24 CE, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, y el art. 18.1 CE, es decir, el derecho a la intimidad y que, en consecuencia, debe efectuarse una adecuada ponderación*, por lo que no debe prevalecer siempre la intimidad. En este caso, el documento privado consistente en una carta donde se explicaban determinadas cuestiones relativas a las operaciones realizadas, ni era definitiva para la prueba de la simulación, como se deduce de la abundante prueba documental analizada en la sentencia recurrida, ni se ha probado que haya sido obtenida ilegítimamente, ni que su contenido fuera íntimo y por tanto, que su incorporación a las pruebas lesionara el derecho a la intimidad ahora alegado. Se dice en el recurso que la demandante recurrida alega que encontró estos documentos en una bolsa de basura, aunque no lo ha probado. Si ello fuera así, demostraría que el propio autor de esta correspondencia no estaría interesado en conservar los documentos, por lo que una vez abandonados, podrían ser objeto de apropiación por cualquiera. Como se ha dicho y por los argumentos utilizados, no es posible aceptar la infracción alegada del art. 218.2 LEC, ni el art. 11.1 LOPJ” (la cursiva es nuestra).

Debemos resaltar que, a la vista de lo antes dicho, es posible concluir que el conflicto de intereses se ha resuelto por la legislación española, de forma genérica y abstracta, a favor de la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, la

Constitución y el ordenamiento jurídico han reconocido la importancia que tiene la búsqueda de la verdad para la recta impartición de justicia y, por ello, se permite que en determinados casos esos derechos se “flexibilicen” o limiten para dar paso a la búsqueda de pruebas que ayudará a los jueces a acercarse más a la verdad de los hechos. Entonces, en esos casos concretos, será la búsqueda de la verdad quien prevalezca en la ponderación, dado que se autorizará judicialmente la limitación (no violación) de un derecho fundamental para obtener ciertos elementos probatorios.

d) El principio de proporcionalidad en el juicio ponderativo

Con frecuencia, el TC ha destacado la estrecha relación que existe entre la ponderación de derechos e intereses constitucionales y el principio de proporcionalidad, sin que resulte claro cuál de ellos es el género y cuál es la especie⁴⁰³. A pesar de ello podemos observar que, al realizarse el juicio ponderativo, es menester analizar a la luz del principio de proporcionalidad los factores que se sopesan:

“...en el juicio de ponderación debe operar, junto a otras circunstancias (STC 104/1986), el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que ‘toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos’ (STC 85/1992)”⁴⁰⁴.

Por otra parte, cuando se realiza un juicio de proporcionalidad, lo que se hace es *ponderar* si una medida limitativa de derechos fundamentales se ajusta a un fin específico. Se trata de dos conceptos que se encuentran entrelazados conceptual y jurisprudencialmente, de manera que “el principio de proporcionalidad, (...) exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido

⁴⁰³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación...”, cit., p. 370; con relación a BARNES, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5, 1998, p. 35. También sobre este tema véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, cit.; y AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Ed. Edersa, Madrid 1999.

⁴⁰⁴ STC 219/1992, de 3 de diciembre (RTC 1992\219).

esencial es intangible” (STC 50/1995, de 23 de febrero [RTC 1995\50])⁴⁰⁵.

Habiéndonos referido en el capítulo anterior a los elementos del principio de proporcionalidad y a su indispensable aplicación como parámetro determinante en la limitación judicial de derechos fundamentales, únicamente nos resta destacar su importancia como factor interpretativo que nos permite conjugar los distintos intereses constitucionales que subyacen tras la prueba ilícita. Debemos partir del hecho que la CE permite limitar los derechos fundamentales, siempre y cuando la restricción se realice en el contexto procesal y se cuente con la correspondiente autorización judicial. Dicha autorización tendrá que ajustarse a *todos* los requisitos del principio de proporcionalidad porque, de no ser así, la pretendida “limitación” se convertiría en una “violación” del derecho fundamental y, por consiguiente, las pruebas que de ella resulten serán ilícitas por haberse obtenido a través de la vulneración de un derecho fundamental.

Por tanto, el principio de proporcionalidad viene a ser la delicada línea divisoria que establece la diferencia entre limitación y vulneración de un derecho fundamental. En este sentido podemos decir que, si la ponderación es una operación intelectual que realizan el legislador y el órgano jurisdiccional, el principio de proporcionalidad es la herramienta, la balanza que finalmente permita equilibrar el interés de proteger los derechos fundamentales con el interés de encontrar la verdad material–procesal.

B. EL FUNDAMENTO DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Debido al enfoque de esta investigación, vale la pena sintetizar aquello que se ha expuesto hasta ahora, para establecer de manera explícita cuál es el fundamento para la exclusión de la prueba ilícita o prohibida en el proceso civil.

Para comprender el tema, es necesario partir de que el principal objetivo de la exclusión en el proceso civil es la protección de los derechos fundamentales

⁴⁰⁵ Así también la STC 66/1985, de 23 de mayo (RTC 1985\66). En el mismo sentido, indica el TC que “las restricciones a la libertad también deben ser proporcionadas. Esto es: idóneas, necesarias y ponderadas” (SSTC 265/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\265] y 103/2001, de 23 de abril [RTC 2001\103]).

consignados en la Constitución y en los tratados internacionales. La posición preferente de estos derechos como pilares del Estado democrático conlleva que estén dotados de una especial tutela jurídica. Independientemente del ámbito procesal del que se trate, el ordenamiento vela por que se sancionen los actos que hayan vulnerado tales derechos. En este sentido, la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida será una sanción de tipo procesal, que reacciona ante el quebrantamiento de un derecho fundamental. Por consiguiente, la exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso civil es una exigencia que se deriva del sistema de los derechos fundamentales y del importante papel que éstos desempeñan cara al Estado y a la sociedad nacional e internacional.

En España, el artículo 11.1 LOPJ establece expresamente la ineficacia de las pruebas que se hayan obtenido vulnerando, de forma directa o indirecta, algún derecho fundamental. Se trata de una Ley que rige la organización y funcionamiento del Poder Judicial en general, y por tanto es aplicable en los distintos tipos de proceso. El fundamento de la Regla de Exclusión consignada en esta Ley será siempre el mismo, la protección de los derechos fundamentales, sin importar el ámbito jurisdiccional en el que se aplique.

En el proceso civil, la obtención de las pruebas se realiza usualmente de manera extraprocesal, por las partes. No obstante, existen casos determinados en que resulta indispensable la colaboración judicial y, así, el juez deberá involucrarse para apoyar a la parte en la obtención de dichos elementos probatorios. No se trata de una labor de investigación independiente desarrollada por el órgano judicial, sino que éste ayuda a la parte que solicita su intervención cuando se trate de una prueba de difícil obtención para un particular. Excepcionalmente, en los procesos no-dispositivos, el juez sí podrá obtener pruebas por iniciativa propia, dado que entran en juego ciertos intereses sociales.

El fundamento primordial de la RE, la protección de los derechos fundamentales, es un argumento válido tanto para las pruebas obtenidas de forma privada, como para las pruebas recabadas con intervención de una autoridad pública. En el primero de los casos, debe aplicarse la teoría de eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, expuesta en el Capítulo II. Esta doctrina señala

que las personas naturales tienen el deber de respetar los derechos fundamentales, no de forma activa como el Estado, pero sí de manera pasiva, es decir, absteniéndose de vulnerarlos. Por tanto, cuando un particular sea quien ha obtenido la prueba a costa de un derecho fundamental ajeno, la Regla de Exclusión tendrá plena validez y la prueba ilícita será *inutilizable*. Así mismo, la aplicación del artículo 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas por particulares es una forma de otorgar una mayor protección a los derechos fundamentales⁴⁰⁶. Es por esto que, a diferencia de otros países en los que rige el *common law*, en España y en Honduras puede aplicarse también la Regla de Exclusión en procesos civiles y no solamente en los penales⁴⁰⁷.

Por otro lado, en el proceso civil también es posible, si bien menos frecuente, que la vulneración del derecho se haya producido en un acto de obtención oficial de la prueba, en el cual haya participado algún funcionario público o autoridad. Ciertamente, la Constitución permite que los derechos fundamentales sean limitados en el contexto de un proceso, en el cual se están buscando fuentes de prueba. En el proceso civil pueden existir injerencias de este tipo, particularmente ante la negativa de un sujeto a practicar una diligencia preliminar. Para esos casos, el artículo 261 LEC, así como su homólogo hondureño el art. 411 CPCH, autorizan que se efectúe la entrada y registro del lugar en donde se encuentran retenidos los efectos procurados. Algún otro supuesto de prueba ilícita puede surgir con relación al reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC) y las pruebas biológicas (art. 767.2 LEC). En todo caso, será indispensable que la diligencia esté autorizada judicialmente y cumpla con los requisitos constitucionales y legales, sobre todo que respete el principio de proporcionalidad.

⁴⁰⁶ MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 194 y 195.

⁴⁰⁷ Mientras que en EEUU la finalidad primordial de la Regla de Exclusión es disuadir a los policías de la comisión de infracciones constitucionales al obtener pruebas (por lo que carece de sentido excluirlas cuando el que actúa no es un policía), en España y en Honduras lo que se pretende es proteger los derechos fundamentales disuadiendo a quien sea (funcionario público o sujeto particular) de vulnerarlos porque la prueba así obtenida no será eficaz. Tanto en uno como en otro contexto encontramos los elementos básicos de disuasión y protección de la norma constitucional. La diferencia es que en EEUU el acento se pone en el efecto disuasorio y el funcionario hacia quien está dirigido, mientras que en nuestros países el punto de mira es la salvaguardia de los derechos fundamentales.

En los procesos civiles también existe un conflicto de intereses, según hemos explicado anteriormente. Así, la existencia de una prueba ilícita supone la colisión entre los derechos de las partes (derecho a la prueba, derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a la igualdad procesal y en algún caso el derecho a la presunción de inocencia), pero además implica un choque de intereses públicos (la protección de los derechos fundamentales, tanto a nivel subjetivo como institucional, así como la consecución de una sentencia justa, derivada de la obtención de la verdad en el contexto procesal). Adicionalmente, en el proceso civil también se busca salvaguardar otros valores e intereses que hemos referido, como la integridad judicial y la legalidad de la actuación de los particulares, de los funcionarios públicos y autoridades.

Por todos estos motivos, el legislador español ha decidido incluir en la LEC la figura de la prueba ilícita y su necesaria exclusión. No se trata de un mero discurso teórico o hipotético, sino que la Regla de Exclusión ha tenido una gran aplicación práctica en el ámbito procesal civil. Existen numerosas sentencias pronunciadas al respecto por las Audiencias Provinciales y también se han conocido casos por el Tribunal Supremo, en los cuales se determina la necesidad de excluir una prueba que ha sido obtenida a través de la violación de un derecho fundamental⁴⁰⁸.

En conclusión, debemos señalar que la Regla de Exclusión de la prueba ilícita se aplica en el proceso civil, tanto en España como en Honduras, porque su fundamento principal es la protección de los derechos fundamentales, siendo éste un objetivo que puede y debe ser perseguido en todo tipo de procesos, en todos los ámbitos jurisdiccionales, incluido el civil⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ MONTERO AROCA, J. (dir), *Ley de Enjuiciamiento Civil con jurisprudencia sistematizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 607-611; recoge jurisprudencia relevante sobre el tema, así: SAP Alicante, sección 8ª, 362/2010 de 9 de septiembre (JUR\2010\391234); SAP Madrid, sección 10ª, 459/2010 de 20 de octubre (JUR\2011\36109); SAP La Coruña, sección 4ª, 339/2010 de 14 de julio (JUR\2010\328363); SAP Barcelona, sección 18ª, 192/2009 de 31 de marzo (JUR\2009\395293). Con relación al TS, podemos referir la STS, Sala Primera, 109/2011 de 2 de marzo (RJ\2011\2616); así como la STS, Sala Primera, 175/2010 de 8 de abril (RJ 2010\3529); y la STS, Sala Primera, 386/2007 de 29 de marzo (RJ 2007\1760).

⁴⁰⁹ La STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114), hace una explicación muy clara al respecto. Además, los distintos autores que han analizado la configuración de la prueba ilícita en el proceso civil están de acuerdo con que su finalidad principal es proteger la integridad de los derechos fundamentales. Así, GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 69-74; ASENSIO MELLADO, J. M.,

III. EL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA HONDUREÑAS

A. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL EXPRESO E IMPLÍCITO

A lo largo del capítulo hemos ido analizando distintos fundamentos que han servido para justificar la aplicación de la Regla de Exclusión en España, indicando a la vez la repercusión que éstos han tenido en Honduras. Sin embargo, existen ciertas matizaciones y particularidades de la aplicación de la Regla de Exclusión en el ámbito jurídico hondureño que ahora debemos individualizar. En este sentido, consideramos oportuno referirnos expresamente a los fundamentos de la exclusión de la prueba ilícita tal y como han sido regulados, entendidos y aplicados por la legislación y la jurisdicción hondureñas, indicando los puntos de encuentro y las divergencias con relación a la experiencia española.

La ineficacia procesal de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales tiene en Honduras, a diferencia de España, un fundamento constitucional expreso. En primer lugar, el artículo 88 CRH sanciona con la nulidad a aquellas declaraciones que, en el ámbito procesal penal, hayan sido obtenidas en contravención de las estipulaciones de dicho artículo. Se refiere específicamente a 4 supuestos de pruebas ilícitas: la declaración obtenida a través de violencia o coacción, las confesiones que de cualquier otra forma contraríen el derecho a no autoinculparse, las declaraciones hechas sin haber sido informado del derecho a no declarar contra el cónyuge o compañero de hogar ni contra familiares cercanos (según el grado de parentesco establecido por la ley) y, finalmente, las declaraciones que hayan sido rendidas sin la debida presencia judicial. Así, la CRH indica expresamente que estas declaraciones serán nulas y que además los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley.

“Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. IV, pp. 116-122; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.)/ CABEZUDO BAJO, M. J., (coord.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Ed. Iustel, Madrid 2007, p. 871; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 77-80; MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 188-196; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., p. 347; MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la prueba ilícita”, cit., p. 43; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., pp. 9-11; DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., p. 38.

Por tanto, se contempla tanto la exclusión de estas pruebas ilícitas como la exigencia de responsabilidad personal a quienes hayan cometido la vulneración de los derechos fundamentales aludidos (el derecho a la integridad y las garantías procesales fundamentales)⁴¹⁰.

En segundo lugar, debe fundamentarse constitucionalmente la aplicación de la Regla de Exclusión también en el artículo 100 CRH, que atañe tanto a procesos penales como a procesos civiles. Este artículo establece el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. Es de destacar que esta norma protege ciertos documentos que no son comunicaciones en sentido estricto, específicamente los libros y comprobantes de los comerciantes y los documentos personales, que sólo estarán sujetos a “inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley”. Añade a continuación que las comunicaciones y los documentos a los que alude el artículo “no harán fe en juicio” si fueran violados o sustraídos. Y por si no fuera suficiente garantía, agrega que “se guardará siempre el secreto respecto a los asuntos estrictamente privados que no tengan relación con el asunto objeto de la acción de la autoridad”⁴¹¹.

En este artículo se protege el derecho a la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones, pero además podemos enlazarlo con el derecho a la propiedad del artículo 103 CRH (ya que alude a la sustracción de documentos personales y

⁴¹⁰ De acuerdo con la CSJH, “El artículo 88 de la Constitución de la República determina que solo hará prueba la declaración rendida ante juez competente, ello porque el órgano jurisdiccional que recibe ésta declaración se encarga de la observancia de los principios que gobiernan la actividad procesal, tales como la igualdad, contradicción, concentración, publicidad, defensa e intermediación” (SCSJH, Sala Penal, CP-98-11 de 7 de mayo de 2013). Por otra parte, podemos también referir la SCSJH, Sala Penal, CP-258-10 de 10 de enero de 2013, en la cual se confirmó la exclusión de una prueba ilícita que vulneraba el artículo 88 CRH.

⁴¹¹ La CSJH se ha pronunciado en distintas ocasiones indicando que el artículo 100 CRH determina la ilicitud y consiguiente nulidad de las pruebas obtenidas en contra del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, en la SCSJH, Sala Penal, CP 48-11 de 11 de junio de 2013, se determinó que “la intervención telefónica realizada [es] de carácter ilícito y por tanto nula, conforme lo ordena el artículo 100 tercer párrafo de la Constitución de la República, artículo 223 último párrafo y 200 del Código Procesal Penal”. En este mismo sentido, la SCSJH, Sala Penal, CP-250-09 de 13 de abril de 2011 expone que: “Tiene rango constitucional el derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones el que solo puede verse restringido por resolución judicial (artículo 100 de la Constitución) observando el procedimiento previsto en el artículo 223 del Código Procesal Penal”.

empresariales) y el derecho a la intimidad del artículo 76 CRH (porque resguarda los contenidos privados que se encuentren en los documentos y comunicaciones que no interesen al proceso). Entonces, de acuerdo con el artículo 100 CRH pueden excluirse las pruebas obtenidas a través de la ilegítima intervención de las comunicaciones, o mediante la inspección o sustracción de libros y comprobantes comerciales y documentos personales realizadas al margen de la ley. La vulneración de este artículo constitucional podría ser provocada tanto en la obtención oficial de pruebas (art. 411.1.c CPCH, referido a las diligencias preparatorias), realizada por el órgano judicial, como en la obtención privada a cargo de particulares (pensemos en la grabación de conversaciones, la sustracción de cartas y documentos, el acceso al correo electrónico de la contra parte, la presentación de un diario ajeno como prueba, etc.).

En estos artículos se asienta el fundamento constitucional expreso de la aplicación de la Regla de Exclusión en el ámbito jurídico hondureño. Pero además, podemos afirmar que, al igual que en España, es posible excluir pruebas ilícitas en casos que no están expresamente contemplados en la Constitución. La ineficacia de las pruebas ilícitas también se ha entendido en Honduras como una garantía que se deriva del sistema de derechos fundamentales y de la filosofía que inspira la CRH de 1982, la cual señala que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado” (art. 59 CRH). En consecuencia y como garantía de los derechos fundamentales, deberán excluirse del proceso aquellas pruebas en cuyo origen se vulneren las garantías procesales o los derechos individuales sustantivos consignados en la Constitución⁴¹². En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

⁴¹² La doctrina hondureña reconoce que la exclusión de las pruebas ilícitas se fundamenta en la protección de los derechos constitucionalmente garantizados. Con relación al tema podemos destacar los comentarios de MORENO CATENA, V./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ GUZMÁN FLUJA, V./ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Explicación instructiva del nuevo Código Procesal Civil de Honduras*, cit., pp. 27 y 28; CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L., (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp. 295-298; DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 414 y 415; TENA ARAGÓN, M. F., *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pp. 58-60; PINEDA GALINDO, J., *Derecho positivo procesal penal hondureño*, Ed. Casablanca, Tegucigalpa 2004, p. 271; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Los medios de prueba*, Cuadernos de Estudios Judiciales “Rafael Alvarado Manzano”, CSJH/ AECI/ CGPJ, Tegucigalpa 2001, pp. 7 y 8; CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., pp. 227-231; GALLARDO CORREA, D., *El proceso ordinario en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., p. 152; PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., p. 30.

“Señala el artículo 1 de la Constitución que Honduras es un Estado de Derecho, proclamación que constituye la base de todo el orden estatal, por cuanto los Poderes del Estado, instituciones centralizadas, descentralizadas y desconcentradas y con ello todo funcionario público y empleado público debe desarrollar sus funciones y ceñir su comportamiento a lo preceptuado en las normas legales válidas y vigentes, a efecto de que éstas sean positivas y eficaces. El Estado de Honduras, no puede basarse en actuaciones realizadas al margen de la ley o contrarias a la ley, por cuanto sería un contrasentido que queriendo hacer prevalecer el imperio de la ley, se valga de actos ejecutados al margen de ésta. Particularmente en el Proceso Penal, medio a través del cual el Estado de Honduras imputa a una persona un acto contrario a la ley, debiendo celebrar dicho proceso con estricto ajuste a las normas para que la consecuencia del juicio sea válida. Concretamente interesa que en el proceso penal la prueba que se reproduzca sea de carácter lícita y de carácter legal. La Prueba es de carácter lícita cuando ha sido obtenida mediante un acto o procedimiento estipulado o permitido por la ley, ergo, la prueba es de carácter ilícita cuando para su obtención se ha violentado la ley, causando la violación o la disminución ilegítima de derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República o violación o disminución ilegítima de los Derechos Humanos establecidos en los Tratados y Convenios que forman parte del Derecho Interno Hondureño y que conforman el bloque de constitucionalidad” (SCSJH, Sala Penal, CP 48-11 de 11 de junio de 2013).

B. LA EXCLUSIÓN PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO: EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA LA LIMITACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al igual que la CE, la CRH admite la limitación de ciertos derechos fundamentales cuando así lo autorice un juez⁴¹³. Se reconoce la importancia de la búsqueda de la verdad como factor decisivo para la realización del Derecho positivo a través del cauce procesal. Sin embargo, esa búsqueda de la verdad ha de desarrollarse de acuerdo con las formalidades establecidas en la Constitución y en las leyes procesales. Ha indicado la CSJH que:

⁴¹³ Adicionalmente, el CPPH permite también que los fiscales autoricen ciertas diligencias de investigación que restringen los derechos humanos, o que las practique directamente la policía, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley (por ejemplo, que haya un delito flagrante, que la medida sea necesaria para impedir la comisión de un delito, o que sea urgente para evitar la fuga de un delincuente o la destrucción de pruebas). Véase al respecto los artículos 206, 208, 212 y 221 CPPH sobre registros personales, registros de vehículos, allanamientos e interceptación de correspondencia. Además, será necesario que el juez de garantías convalide posteriormente la diligencia. Con relación al tema, consúltese la SCSJH, Sala Penal, CP 303-2010 de 11 de junio de 2013.

“... sería un contrasentido que la ley permitiera la violación de derechos fundamentales, en la averiguación de la verdad a todo costo, cuando el mismo Estado se ha autorregulado el ejercicio del *Ius Puniendi* solo pudiendo destruir el Estado de Inocencia de una persona mediante una sentencia dictada por juez competente y en la cual se haya respetado el debido proceso” (SCSJH, Sala Penal, CP 37904, de 10 de noviembre de 2004)⁴¹⁴.

Nos encontramos nuevamente ante el conflicto de intereses y su resolución a través de la técnica de la ponderación. Los jueces hondureños deberán analizar cada caso a la luz del principio de proporcionalidad, para determinar si procede o no la restricción de un derecho fundamental, de modo que las injerencias que se realicen estarán siempre sometidas al control jurisdiccional. Así lo entiende la CSJH al señalar que:

“En Honduras al aprobar el Código Procesal Penal, los legisladores entendieron que el derecho Procesal Penal debía ser un derecho Constitucional aplicado, en el mismo se potencian todos los derechos Constitucionales; en la sociedad Hondureña coexiste la pugna entre la efectividad y el garantismo, pero es obligación de los órganos jurisdiccionales tratar de mantener el equilibrio y de una manera concreta y eficaz evitar los abusos de las instituciones investigativas...” (SCSJH, Sala Penal, CP 37904, de 10 de noviembre de 2004).

Como resultado, será posible excluir las pruebas adquiridas a través de una diligencia que restrinja un derecho fundamental cuando no se haya respetado alguno de los requisitos básicos del principio de proporcionalidad, de manera que el derecho en cuestión haya resultado vulnerado.

Debemos tener en mente que, por mandato constitucional (arts. 69, 84, 90, 99, 100 y 103 CRH), las diligencias de obtención de prueba que limiten los derechos fundamentales deberán realizarse de acuerdo con los lineamientos que establezca la ley.

⁴¹⁴ En este sentido, el art. 198 CPPH señala que “la finalidad de los medios de prueba es el establecimiento de la verdad de los hechos y circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código”. Esto quiere decir que la verdad no se puede obtener a cualquier precio, sino que en la investigación criminal deben respetarse las exigencias constitucionales y los requisitos legales. La doctrina se muestra de acuerdo en este aspecto y recoge las teorías desarrolladas en este sentido en la Europa continental. Así, CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L., (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp. 295-298, 323-324 y 451-461; PACHECO VALLE, *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 257-319; DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Los medios de prueba*, cit., pp. 7 y 8; CHÁVEZ, O. A., *Derechos fundamentales y la investigación criminal...*, cit., p. 3; ÁLVAREZ, A./ AGUILAR, J./ CORZO, M., *Manual del Juez de Letras*, CSJH/ USAID, Tegucigalpa 2002, pp. 103 y 107-110.

El CPPH desarrolla estos artículos constitucionales y regula detalladamente cómo deberán ejecutarse tales diligencias (arts. 107, 175, 177 y 203-225 CPPH), entre las cuales se incluyen los registros personales, los exámenes corporales y extracciones de muestras, la inspección de vehículos, el allanamiento de moradas, el depósito y comiso de cosas y documentos secuestrados, la interceptación de correspondencia y la intervención de las comunicaciones. Este último aspecto, hemos de recordar, se encuentra ahora regulado de forma específica en la Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas (LICPH)⁴¹⁵. Para este tipo de injerencias, la Corte Suprema ha expresado:

[El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones] no es de carácter absoluto, reconociendo el constituyente que en ciertas circunstancias específicas puede el Estado ordenar la intervención de las comunicaciones realizadas por cualquier medio, aun sin consentimiento o previo aviso de las personas que la sostengan, ello con el afán de proteger otros bienes jurídicos que se consideran preponderantes, siendo la autoridad judicial la única competente para ordenarlo cuando existan causas legítimas, mismas que están previstas en el Código Procesal Penal y a partir de enero de 2012 también en la Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas (...). El Código Procesal Penal establece que el órgano jurisdiccional ordenará la intervención de una comunicación privada cuando después de auditar rigurosamente los elementos que le presente el peticionario, concluya con un balance a favor de la medida en los tres aspectos siguientes (Art. 221 párrafo tercero y 223 segundo párrafo del CPP): 1) Gravedad del delito que se está investigando, gravedad que se graduará, no conforme a la pena prevista en el tipo penal, sino que conforme a la magnitud de la lesión que pudiese provocarse al bien jurídico protegido; 2) Utilidad de la medida como acto de investigación; y 3) Proporcionalidad de la medida entre el derecho a la intimidad de las personas cuyas comunicaciones serán intervenidas y la urgencia de obtener información para asegurar los medios de prueba o para evitar las lesiones al bien jurídico protegido” (SCSJH, Sala Penal, CP 48-11 de 11 de junio de 2013).

Por otro lado, la CSJH ha señalado en varias ocasiones que se puede aplicar la Regla de Exclusión cuando en la obtención de la prueba se han infringido preceptos del

⁴¹⁵ La LICPH señala en el artículo 5.1 que ha de respetarse el principio de proporcionalidad. De acuerdo con esta norma, “la intervención de las comunicaciones tendrá carácter excepcional y sólo podrá realizarse cuando resulte útil para una investigación penal y se justifique la medida, ponderándose un equilibrio entre lo que se pretende lograr con la medida y el derecho que ha de resultar afectado”. Más adelante, en el artículo 9 LICPH, se indica que “salvo las excepciones establecidas en esta Ley, no tendrán valor probatorio los resultados de las intervenciones realizadas sin cumplir con los requisitos que señala esta Ley”.

CPPH que regulan las diligencias limitativas de derechos fundamentales⁴¹⁶. Las pruebas así adquiridas vulneran el principio de legalidad que, como recordaremos, está vinculado al principio de proporcionalidad procesal. Hemos dicho que el principio de legalidad, con relación al principio de proporcionalidad, exige por un lado que las diligencias que restrinjan los derechos constitucionales estén reguladas en la ley; pero por otro lado, requiere también que la ejecución de tales medidas se realice conforme a la ley –es decir que interesa tanto la legalidad formal como la legalidad material de las diligencias–.

Por tanto, si el CPPH expresa la manera en que deben efectuarse las injerencias, el cumplimiento de dichas normas tendrá trascendencia constitucional porque se refiere a la limitación de derechos fundamentales. La vulneración de las garantías procesales consignadas en el CPPH, dada su relevancia constitucional, permitirá aplicar la Regla de Exclusión del artículo 200 CPPH⁴¹⁷.

En síntesis, la CSJH ha estado exigiendo el estricto cumplimiento de las normas que regulan las diligencias de investigación y de obtención de pruebas que impliquen restricciones a los derechos fundamentales. El incumplimiento de las disposiciones recogidas al respecto en el CPPH vulnera el principio de legalidad procesal y además el derecho a tener un proceso con todas las garantías, lo cual repercute en el derecho de defensa del acusado. Reiteramos lo que comentamos en el capítulo anterior en cuanto a que la legislación procesal hondureña, tanto el CPPH como el CPCH, destaca la vulneración de garantías procesales constitucionales como el fundamento de la exclusión de las pruebas ilícitas (arts. 200 CPPH y 237 CPCH). Esto no excluye la tutela de derechos materiales a través de la aplicación de la RE, ya que el legislador (art. 236 CPCH) y la jurisprudencia también reconocen que éstos resultan vulnerados en la obtención de pruebas ilícitas.

⁴¹⁶ SCSJH, Sala Penal, CP115804, de 11 de mayo de 2005; CP56404, de 13 de diciembre de 2004; CP172003, de 25 de agosto de 2004.

⁴¹⁷ Véase como ejemplo la SCSJH, Sala Penal, CP56404, de 13 de diciembre de 2004. En cambio, si se violentara otro artículo del mismo Código que se refiera a otra formalidad probatoria, no limitativa de derechos constitucionales, entonces la prueba no sería ilícita, sino que solamente irregular.

C. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO CIVIL HONDUREÑO: PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Resultaba necesario el anterior análisis del punto de vista procesal penal dado que de momento no contamos con sentencias dictadas por la CSJH con relación a la exclusión de pruebas ilícitas en el proceso civil. Por tanto, estudiamos el proceso penal para identificar aquellos aspectos que podrían incidir en la aplicación del art. 237 CPCH. Continuando con el análisis comparativo, existen tres diligencias limitativas de derechos fundamentales que han sido recogidas en la legislación procesal civil⁴¹⁸. Recordemos el art. 411.1.c CPCH que dice:

“Si la persona citada y requerida no atendiera el requerimiento para la práctica de la diligencia preliminar, el tribunal podrá (...) ordenar el secuestro de la cosa, los títulos, libros o documentos cuya exhibición ha sido solicitada, lo que podrá comprender la entrada y registro en lugar cerrado en el que presumiblemente se halle o el acceso a bases de datos personales o de personas jurídicas.”

Así, podrá realizarse, en primer lugar, el secuestro de los bienes, en segundo la entrada y registro de un lugar cerrado y, en tercero, el acceso a bases de datos privadas⁴¹⁹. Con relación a la primera de las diligencias, el secuestro de bienes, debemos indicar que cuenta con una identidad propia en el proceso hondureño. En el CPPH se regula expresamente cómo se ha de realizar, cuáles bienes no son secuestrables y qué destino se dará a los objetos incautados (arts. 217 al 220 CPPH)⁴²⁰. En este aspecto, la legislación hondureña se diferencia de la española, en la cual el decomiso de bienes se contempla como parte o consecuencia de la diligencia de entrada y registro (art. 574 LECRIM).

⁴¹⁸ Apunta la naturaleza de medidas restrictivas TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., p. 377.

⁴¹⁹ En cambio, en la legislación española el art. 261 LEC habla solamente de entrada y registro de un lugar cerrado, “procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante...”. No se contempla el secuestro como una diligencia en sí misma y tampoco se habla del registro de bases de datos electrónicas.

⁴²⁰ Explican esta diligencia en el proceso penal CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L., (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp.331-334; ÁLVAREZ, A./ AGUILAR, J./ CORZO, M., *Manual del Juez de Letras*, cit., pp. 122 y 123.

La diligencia de entrada y registro no suscita mayores problemas de interpretación. Sin embargo, el acceso a bases de datos personales o empresariales sí podría plantear alguna dificultad en este sentido, dado que admite la utilización de tecnologías modernas. Sabemos que este tipo de diligencias se ha venido equiparando a la intervención de las comunicaciones, y así resulta del art. 100 CRH que permite el acceso autorizado a documentos comerciales (que deben entenderse como documentos físicos y también documentos electrónicos o digitales).

El CPCH no regula la forma en que han de ejecutarse estas diligencias preparatorias del proceso. Estimamos que deberían aplicarse supletoriamente los artículos del CPPH y de la LICPH que regulan este tipo de intervenciones, para asegurar el respeto a los derechos de las partes y demás personas afectadas. Por tanto, tendría que haber una autorización judicial motivada –el art. 412 CPCH habla de que sea un auto, recurrible en apelación–, una ejecución vigilada y proporcionada y la posibilidad de controlar la legalidad en la ejecución de la medida. Tal como en el proceso penal, la falta de cumplimiento de los requisitos del principio de proporcionalidad y la lesión de un derecho fundamental serán causas que provoquen la ineficacia de las fuentes de prueba obtenidas a través de las diligencias realizadas.

En los casos que el juez civil autoriza una medida que limita los derechos fundamentales, la aplicación de la Regla de Exclusión ayuda a garantizar la legalidad y objetividad de la actuación de los funcionarios públicos, al igual que en el proceso penal se provoca el *deterrent effect*⁴²¹. En cambio, cuando las pruebas son obtenidas por particulares, la exclusión de las pruebas ilícitas protege, además del principio de legalidad, la probidad y lealtad o buena fe procesal⁴²². En cuanto a las pruebas de obtención privada, podemos enfatizar que los particulares no tienen potestad propia para limitar los derechos fundamentales de otras personas, sino que dependerán de la intervención y autorización judicial a estos efectos. Igualmente, se excluirán del proceso

⁴²¹ ROJAS CARÓN, L., *La Constitución hondureña analizada*, cit., p. 186; PACHECO VALLE, *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 258 y 259; CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L., (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., pp. 296-298.

⁴²² Así se comenta en “Aspectos técnicos del proyecto dictaminado”, en *Código Procesal Civil*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2007, p. 59.

las pruebas obtenidas lesionando derechos constitucionales cuando la infracción fuera provocada por un particular. La aplicación de la Regla de Exclusión en estos casos se fundamentaría en la protección de los derechos fundamentales de las partes y de terceros, así como en la preservación de las distintas garantías procesales que ya hemos analizado.

Por tanto, la aplicación de la Regla de Exclusión en Honduras, así como en España, es una garantía que se deriva del sistema de derechos fundamentales consignados en la Constitución, que reconoce a la persona humana como fin último del Estado, y se apoya en la regulación procesal. Se considera y reconoce la existencia de un conflicto de derechos e intereses, tanto particulares como constitucionales, que se resuelve a través de la ponderación abstracta (realizada por el legislador) y concreta (realizada por el juez en cada caso), dando prioridad a la protección de derechos fundamentales sobre la búsqueda de la verdad, excluyendo las pruebas obtenidas con violación de derechos constitucionales, ya sean derechos sustantivos o garantías procesales. Ello se aplica tanto al proceso penal como al proceso civil. Así, podemos recordar las palabras de la CSJH, que sintetizan el tema expresando que:

“...cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de considerarla inexistente al momento de construir la base fáctica de la sentencia” (SCSJH, Sala Penal, CP34908, de 27 de octubre de 2009).

IV. LOS FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

A. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH ha conocido numerosos casos en los que los demandantes impugnan la valoración, por parte de los tribunales nacionales, de pruebas que han sido obtenidas ilícitamente. Así, desde la década de los ochenta, el TEDH ha venido perfilando su jurisprudencia con relación a la exclusión probatoria. El caso paradigmático que potenció el desarrollo de esta doctrina aconteció en Suiza, donde se condenó al señor Pierre Schenk (gracias a la grabación ilegítima de una conversación telefónica) por

tentativa de inducción al asesinato. Desde entonces el TEDH se ha decantado por una postura intermedia en cuanto a la exclusión, de manera que no ha establecido una interdicción expresa ni absoluta de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, sino que ha optado por el análisis de las circunstancias de cada caso⁴²³. Por otro lado, la exclusión probatoria ha venido recibiendo un tratamiento diferente por parte del Tribunal dependiendo del derecho que se haya vulnerado, que podría ser sustantivo (arts. 3 y 8 CEDH) o también procesal (art. 6 CEDH). Además, podemos destacar que el TEDH ha conocido casos tanto penales como civiles, en los que la prueba ha sido obtenida de forma ilícita –por las autoridades nacionales o por particulares–, de manera que podremos analizar su jurisprudencia con relación a los distintos aspectos que hemos venido tratando a lo largo de este capítulo.

1. La regla general sobre la exclusión de pruebas ilícitas en la jurisprudencia del TEDH

De acuerdo con el TEDH, se debe partir del hecho que las reglas concretas sobre admisibilidad y exclusión de la prueba ilícita son una cuestión que corresponde al Derecho interno de cada Estado. Así, si se cuestiona la licitud de una prueba frente al Tribunal, éste procederá a analizar y tomar en cuenta la legislación nacional para determinar si, de acuerdo con ella, la prueba controvertida ha vulnerado el derecho al proceso equitativo. En este sentido, y dado que el CEDH no contiene reglas específicas sobre la admisibilidad de la prueba, el TEDH parte de que la posibilidad (no el mandato) de excluir la prueba ilícita se deriva del derecho al proceso equitativo consignado en el artículo 6 del Convenio. Sin embargo, el Tribunal no puede pronunciarse sobre la ilicitud de una prueba “en principio y en abstracto”, sino que le

⁴²³ STEDH del caso Schenk contra Suiza, de 12 de julio de 1988 (TEDH\1988\4). Entre la doctrina española, comentan la postura desarrollada por el TEDH con relación a las pruebas ilícitas y a partir de esta sentencia: ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 156-164; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 57-65; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. Akal, Madrid 1991, pp. 118 y 119; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año no. 1, no. 2, 1993-1994, pp. 601 y 602; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., p. 42. Véase también THAMAN, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, cit., pp. 371 y ss.

corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, ha sido o no equitativo, incluyendo la forma en que se obtuvo la prueba en cuestión. De esta forma se ha pronunciado su jurisprudencia, estableciendo que:

“No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas practicadas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue equitativo, lo que implica un examen de la ‘ilegalidad’ en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la misma”⁴²⁴.

2. La vulneración del artículo 6 CEDH: el derecho a un proceso equitativo

Para comprobar el carácter equitativo del proceso, el Tribunal analiza distintos aspectos como la manera de obtención de la prueba, las posibilidades de defensa de la parte afectada, la fiabilidad de la prueba, el uso que se le dio en el proceso y la existencia de otras pruebas de cargo⁴²⁵. En cuanto a este último, debemos destacar que, a diferencia del TC español, el TEDH ha desvinculado completamente la exclusión de pruebas ilícitas del derecho a la presunción de inocencia. De acuerdo con el TEDH, ello se debe a que el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) garantiza únicamente que el procesado se presuma inocente hasta que se establezca su culpabilidad. En cambio, el hecho de ser condenado en el seno de un proceso justo, con

⁴²⁴ STEDH del caso Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 (JUR\2006\204643). En este mismo sentido las SSTEDH de los casos Khan contra Reino Unido, de 20 de diciembre de 2011 (JUR 2011\430962); P. G. y J. H. contra Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001 (TEDH 2001\552); y Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002 (TEDH 2002\64).

⁴²⁵ “Para determinar si el procedimiento en su conjunto fue equitativo, hay que preguntarse asimismo si se respetaron los derechos de la defensa. Concretamente se debe indagar si se ofreció al demandante la posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización. Hay que tener igualmente en cuenta la calidad del elemento de prueba, por tanto la cuestión de si las circunstancias en las que se obtuvo hacen dudar de su fiabilidad o exactitud. Si bien no se plantea necesariamente un problema de equidad cuando la prueba practicada no es corroborada por otros elementos, hay que señalar que cuando es muy sólida y no se presta a duda alguna, la necesidad de otros elementos en su apoyo es menor” (STEDH Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 [JUR\2006\204643]).

base en pruebas obtenidas y practicadas de forma lícita, se enmarca dentro del derecho al proceso equitativo del artículo (art. 6.1 CEDH)⁴²⁶.

Otro de los componentes del proceso equitativo es el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. El Tribunal se ha mostrado más intransigente cuando la prueba se ha obtenido con vulneración de este derecho, habiendo considerado que la violación de dicha garantía conlleva la infracción del artículo 6 CEDH y por tanto requiere la exclusión de las pruebas.

“En cuanto a la utilización de pruebas obtenidas en violación del derecho a guardar silencio y del derecho a no autoinculparse, el Tribunal recuerda que estos derechos son normas internacionales generalmente reconocidas que constituyen el núcleo de la noción de proceso justo consagrada por el artículo 6. En particular, el derecho a no autoinculparse presupone que, en una causa penal, la acusación trata de fundamentar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo coacción o presión, sin tener en cuenta la voluntad del acusado (ver, concretamente, Sentencias Saunders contra Reino Unido de 17 diciembre 1996, Heaney y McGuinness, J. B. contra Suiza y Allan)”⁴²⁷.

3. La vulneración del artículo 8 CEDH: el derecho al respeto a la vida privada y familiar

Se trata de un artículo de amplio contenido, que tutela el derecho a la intimidad en distintos ámbitos (personal, familiar, vivienda y comunicaciones) y que establece la posibilidad de restringir este derecho siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos. El artículo 8 CEDH ha sido aplicado tanto a restricciones realizadas por la autoridad pública como a actos ejecutados por particulares. Partiendo de la regulación establecida en el CEDH, las injerencias realizadas sobre el derecho a la intimidad, a la

⁴²⁶ STEDH Schenk contra Suiza, de 12 de julio de 1988 (TEDH\1988\4). Comentan este aspecto ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., p. 157; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El convenio, el Tribunal Europeo...*, cit., pp. 105-109; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Prueba y proceso equitativo...”, cit., pp. 600 y 601. Para el TC español, en cambio, la presunción de inocencia debe ser desvirtuada a través de la práctica de pruebas lícitas practicadas en un proceso con todas las garantías, es decir, que une en un mismo derecho (la presunción de inocencia) los conceptos que el TEDH separa en dos derechos completamente autónomos (la presunción de inocencia y el proceso equitativo).

⁴²⁷ STEDH Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 (JUR\2006\204643). Sobre la exclusión de pruebas obtenidas vulnerando el derecho a no autoincriminarse, BEERNAERT, M. A., “La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, no. 69, 2007, pp. 83-87.

inviolabilidad domiciliar y de las comunicaciones, deben reunir tres requisitos primordiales: Primero, la injerencia debe estar prevista por la ley; segundo, debe perseguirse una finalidad legítima; y, tercero, la medida debe ser necesaria en una sociedad democrática⁴²⁸. Al estudiar el desarrollo la jurisprudencia del TEDH sobre estas cuestiones, observamos cómo el tribunal ha aplicado el principio de proporcionalidad.

Con relación al primer requisito, el TEDH señala que la medida limitativa del derecho debe estar consignada en una “Ley”, entendiéndose el término en sentido amplio (ley, normativa de rango infra-legal, o jurisprudencia). Además, la previsión legal debe respetar varias condiciones:

“El Tribunal recuerda al respecto que la ‘Ley’ debe ser ‘previsible’ ‘en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables’: debe ser ‘compatible con la preeminencia del derecho’, y ‘ofrecer cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público a los derechos garantizados por el apartado 1 [del artículo 8]’ Sentencia *Kruslin* (...). Además, la ‘Ley’ debe ser lo suficientemente clara para señalar a todos las circunstancias y condiciones en que autoriza a los poderes públicos a tomar medidas de vigilancia secreta (ver Sentencias *Malone* contra Reino Unido de 2 agosto 1984 [...] y *Kahn*...)”⁴²⁹.

El segundo requisito se refiere a la persecución de una finalidad legítima, o sea a una de las que el mismo artículo 8.2 CEDH consigna. Así, el Convenio indica que los derechos de intimidad referidos pueden ser restringidos para garantizar “la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴²⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El convenio, el Tribunal Europeo...*, cit., pp. 65-69; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Prueba y proceso equitativo...”, cit., pp. 603-607.

⁴²⁹ STEDH *Vetter* contra Francia, de 31 de mayo de 2005 (TEDH\2005\59). La sentencia continúa indicando que las normas internas que regulan la limitación de derechos fundamentales deben ser precisas, claras y detalladas. Se requiere también que ofrezcan suficiente protección a los justiciables contra posibles abusos de las autoridades, de forma que “deben definirse las categorías de personas que pueden ser objeto de tal medida y la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la misma; el Juez debe estar obligado a fijar un límite a la duración de la ejecución de la medida; deben asimismo precisarse las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis en las que constan las conversaciones ‘escuchadas’, las precauciones a tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas, a efectos de un eventual control por el Juez y por la defensa, así como las circunstancias en las que puede y debe llevarse a cabo la borradura o la destrucción de dichas cintas, concretamente tras un sobreseimiento o una absolución”.

Todas estas son razones nos llevan al tercer requisito, que es la necesidad de restringir el derecho fundamental en una sociedad democrática. Es en este punto donde el TEDH ha destacado expresamente la importancia del juicio de proporcionalidad.

A efectos de esta investigación, resulta especialmente interesante el caso N.N. y T.A. contra Bélgica, resuelto el 13 de mayo de 2008 (TEDH\2008\31), porque analiza la prueba ilícita y el principio de proporcionalidad desde la perspectiva del proceso civil. En esa ocasión se discutía la licitud de unas cartas utilizadas en un proceso de divorcio. La esposa había sustraído dichas cartas sin el consentimiento de su marido y en ellas se revelaba la relación íntima que éste mantenía con otro señor. Tanto el esposo como el amante acudieron ante el TEDH porque consideraban que el aprovechamiento judicial de las cartas, que fueron valoradas como elementos probatorios, vulneraba el derecho a la intimidad de ambos, sobre todo del amante que no era parte del proceso de divorcio. A la vista de la aplicación del derecho interno, y tras analizar la equidad del proceso en su conjunto, el TEDH decidió que no hubo violación del artículo 8 CEDH. La fundamentación jurídica de este caso nos provee las pautas necesarias para comprender la postura del Tribunal con relación a las pruebas ilícitas que surgen en el proceso civil. Así, señala la sentencia que:

“Hay que examinar si la injerencia era ‘necesaria en una sociedad democrática’, es decir, proporcional a la finalidad perseguida. Para ello, el Tribunal debe zanjar el conflicto existente en este caso entre, por un lado, el derecho de una parte al proceso, además demandante (en este caso B. V., la esposa entonces de T. A.), de hacer valer los argumentos y motivos de prueba en apoyo de su causa teniendo en cuenta su derecho a un proceso justo y, por otro, el derecho a la intimidad de la otra parte que puede imponer al Estado la obligación de obstaculizar la utilización de pruebas susceptibles de vulnerar su derecho a la vida privada. Para ambas partes, se trata de derechos que *a priori* merecen un respeto igual, lo que conduce al Tribunal a examinar la situación en conjunto”.

Podemos apreciar que el TEDH también reconoce la existencia de un conflicto de derechos, en este caso los derechos de las partes⁴³⁰, y la necesidad de que la

⁴³⁰ También en casos penales se ha reconocido la existencia del conflicto de intereses (y la necesidad de ponderarlos) que subyace a la prueba ilícita y que exige la correspondiente ponderación; así, comenta la STEDH Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 (JUR\2006\204643), que “las exigencias generales de equidad planteadas en el artículo 6 se aplican a todos los procedimientos penales, cualquiera que sea el tipo de delito en cuestión. Queda que, para determinar si el procedimiento en su conjunto ha sido justo, el peso del interés público en la investigación del delito concreto y en el castigo de su autor puede ser tomado en consideración y sopesarse con el interés de la persona en que las pruebas de cargo se

injerencia sea proporcional y necesaria en una sociedad democrática. Continúa diciendo que:

“El Tribunal ha señalado que en derecho belga el proceso civil está regulado por el principio dispositivo y que corresponde al demandante la obligación de aportar la prueba de sus alegaciones (...). Según la jurisprudencia del Tribunal, las exigencias que se desprenden del derecho a un proceso contradictorio son, en principio, las mismas en el ámbito civil que en el ámbito penal (Werner contra Austria, Sentencia de 24 noviembre 1997...) y la igualdad de armas implica la obligación de ofrecer, en las discrepancias que oponen intereses de carácter privado, a cada una de las partes la posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no le sitúen en desventaja en relación con su adversario (Sentencias Raffineries griegas Stran y Stratis Andreadis contra Grecia y Papageorgiou contra Grecia de 9 diciembre 1994 [...], y Dombo Beheer B. V. contra Países Bajos de 27 octubre 1993). El artículo 6 implica principalmente, a cargo del Tribunal, la obligación de examinar de manera efectiva los medios, argumentos y solicitudes de prueba de las partes, para valorar la pertinencia para la decisión que debe adoptar (Pérez contra Francia [...] y Van de Hurk contra Países Bajos, Sentencia de 19 abril 1994...”).

Adicionalmente, indica la sentencia referida que el reconocimiento de la vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es un asunto de derecho interno:

“Por otro lado, el Tribunal recuerda que la elección de medidas que garanticen el cumplimiento del artículo 8 del Convenio en las relaciones entre individuos depende, en principio, del margen de apreciación de los Estados Contratantes (ver, entre varios precedentes, Leempoel y, SA Ed. Cine revue contra Bélgica, núm. 64772/2001, 9 noviembre 2006; Keegan contra Irlanda, Sentencia de 26 mayo 1994 [...], y Botta contra Italia, Sentencia de 24 febrero 1998...). Existen al respecto diferentes maneras de asegurar el ‘respeto de la vida privada’ y ‘la naturaleza de la obligación del Estado depende del aspecto de la vida privada que se encuentra en causa’ (X e Y contra Países Bajos, Sentencia de 26 marzo 1985...”).

En síntesis, podemos indicar que el caso N.N. y T.A. contra Bélgica nos permite analizar la aplicabilidad de la Regla de Exclusión probatoria en los procesos civiles ante el TEDH. Vemos que, partiendo del artículo 6 CEDH, la sentencia analiza el proceso en conjunto para determinar si este ha sido equitativo. Así mismo, aplica los requisitos del

practiquen legalmente. Sin embargo, las preocupaciones del interés general no pueden justificar unas medidas que vacían de su misma sustancia los derechos de la defensa de un demandante, incluido el de no contribuir a su propia incriminación garantizado por el artículo 6 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, Sentencia Heaney y McGuinness contra Irlanda...).

artículo 8 con relación al análisis de la legitimidad de la injerencia, al igual que lo haría en un proceso penal, evaluando si la medida resulta proporcionada en el caso concreto.

4. La vulneración del artículo 3 CEDH: la prohibición de la tortura

De acuerdo con este artículo, “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En este sentido, el enunciado puede analizarse en dos partes, en primer lugar la prohibición de tortura en sentido estricto y, en segundo, la prohibición de infligir tratos inhumanos o degradantes. En general, se tutelan los derechos a la integridad y a la dignidad, pero será la gravedad y características particulares de la lesión lo que determine si ésta constituye un trato inhumano o degradante o si es un acto de tortura. De ello depende el tratamiento que se concederá a la exclusión de la prueba obtenida en violación de este precepto.

Con relación al primer punto, la interdicción de la tortura, el TEDH ha establecido directamente que no podrán utilizarse las pruebas que se hayan obtenido de esta manera. Se trata de uno de los pocos casos de exclusión obligatoria de la prueba⁴³¹, de forma que no se permite su valoración y aprovechamiento procesal, independientemente de su relevancia y de la consideración de la equidad del proceso en su conjunto. En otras palabras, está absolutamente prohibido utilizar una prueba que se haya obtenido a través de la tortura. No existe ninguna excepción a esta regla, de manera que no se puede utilizar este tipo de pruebas ni siquiera en los casos más graves de conflicto social (lucha contra el terrorismo, estado de guerra, amenaza a la seguridad nacional, emergencia pública, etc.). La jurisprudencia del Tribunal lo explica en los siguientes términos:

“Los elementos obtenidos por medio de una medida juzgada contraria al artículo 3 requieren una consideración diferente. Puede presentarse una cuestión desde el punto de vista del artículo 6.1 en relación a unos elementos obtenidos en violación del artículo 3 del Convenio, incluso si el hecho de haberlos admitido como prueba no fuese decisivo para la condena del sospechoso (*Içöz contra Turquía* [...], 9 enero 2003 y *Koç contra Turquía* [...], 23 septiembre 2003). El Tribunal recuerda, a este respecto, que el artículo 3 consagra uno de los valores más

⁴³¹ Tras un cuidadoso análisis, BEERNAERT, M. A., “La recevabilité des preuves...”, cit., p. 105; concluye que la jurisprudencia del TEDH ha establecido la interdicción absoluta de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas en alguna de estas situaciones: a través de la provocación policial, en violación del derecho a guardar silencio o bien por medio de actos calificables como tortura.

fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en situaciones extremadamente difíciles, tales como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé restricciones en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núms. 1 y 4 y, según el artículo 15.2, no autoriza ninguna excepción incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación (ver, concretamente, Sentencias Chahal contra Reino Unido de 15 noviembre 1996 [...] y Selmouni contra Francia...)»⁴³².

Diferente es el manejo de las pruebas obtenidas a través de tratos inhumanos o degradantes. En este segundo supuesto, puede ocurrir que una prueba haya sido obtenida a través de actos contrarios a la dignidad e integridad personal, que tengan una gravedad suficiente para estar incluidos en la prohibición del artículo 3 CEDH, pero que no lleguen a ser considerados tortura. Entonces, indica el Tribunal, la validez de la prueba deberá analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso, con relación al Derecho interno del país, para determinar si su utilización ha vulnerado o no el derecho al proceso equitativo –es decir, puede haber una vulneración del artículo 3, porque se hayan infligido tratos inhumanos y degradantes, pero esto no se traduce necesariamente en una violación del artículo 6–. Por tanto, para excluir la prueba se exigiría que la vulneración del artículo 3 CEDH, relacionada a los tratos inhumanos y degradantes, conlleve también la lesión del artículo 6.1 CEDH, en cuanto a que el proceso en su conjunto no haya sido equitativo⁴³³. Esta ambigua postura ha sido duramente criticada

⁴³² TEDH Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 (JUR\2006\204643). En este pronunciamiento, el TEDH se remite a la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la ONU, cuyo artículo 2.2 señala que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Además, el artículo 15 de esta Convención establece expresamente, con relación a las pruebas prohibidas, que “todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

⁴³³ La obtención de la prueba a través de tratos inhumanos y degradantes no conllevaría siempre su exclusión, sino que habrá que analizar el caso concreto. En la sentencia del caso Jalloh, el TEDH lo afirmó con estas palabras: “Si bien el trato infligido al demandante no se distingue por la infamia especial que acompaña a los actos de tortura, sí alcanzó el grado mínimo de gravedad exigido para hallarse en el ámbito de la prohibición que establece el artículo 3. *No se puede excluir que, en las circunstancias de un asunto concreto, la utilización de pruebas obtenidas por medio de actos deliberados de malos tratos que no equivalen a actos de tortura tacha de iniquidad el juicio de la víctima*, independientemente de la gravedad del delito que se le impute, de la importancia concedida a los elementos de prueba y de las

por la doctrina, que considera que el TEDH tendría que rechazar automáticamente estas pruebas, al igual que lo hace con aquéllas que han sido obtenidas a través de torturas⁴³⁴.

5. El fundamento de la exclusión según la jurisprudencia del TEDH

A diferencia de la Regla de Exclusión española, que se desprende del art. 11.1 LOPJ y guarda una postura favorable a la ineficacia de las pruebas ilícitas, el TEDH ha venido aplicando más bien una postura intermedia. Ello se debe principalmente a que no existe en el CEDH una regla expresa que determine la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas. Dado que el Tribunal ha incardinado la Regla de Exclusión en el derecho al proceso equitativo del artículo 6 CEDH, lo determinante será la equidad del proceso en su conjunto, que incluye tanto la forma en que se ha obtenido la prueba como otros factores (la relevancia de la prueba, la normativa interna del país, la existencia de otras pruebas de cargo, el interés social de perseguir el delito, etc.). En consecuencia, ante el TEDH uno de los principales fundamentos de la Regla de Exclusión es la tutela del derecho al proceso equitativo de la parte que se ve perjudicada por la prueba ilícita.

Así mismo, se desprende del CEDH que debe existir un balance entre el ejercicio de los derechos fundamentales relativos y la búsqueda de la verdad en el

posibilidades de que haya dispuesto la víctima para impugnar su inserción en el expediente y su utilización en el juicio” (la cursiva es nuestra).

⁴³⁴ En la misma sentencia que generó esta postura jurisprudencial ya se vislumbraba cierta discrepancia con relación al tema, plasmada en la opinión concordante de Sir Nicolas Bratza: “Es cierto que el trato al que se sometió al demandante se ha considerado inhumano y degradante pero no constitutivo de un acto de tortura y que la cláusula de exclusión que enuncia el artículo 15 en relación con el artículo 16 de la Convención contra la tortura (apartado 48 de la sentencia) distingue expresamente entre la admisión de pruebas obtenidas mediante tortura y la admisión de pruebas obtenidas a través de otras formas de malos tratos. Ahora bien, no solamente la línea de demarcación entre las diferentes formas de malos tratos no es inmutable ni se presta a una definición precisa, como ha reconocido anteriormente el Tribunal, sino que la equidad del procedimiento judicial sufre en mi opinión un daño irreparable en todos los casos en los que se admite una prueba que las autoridades del Estado en cuestión han obtenido sin tener en cuenta la prohibición del artículo 3. Iría con gusto más lejos que la mayoría del Tribunal, que ha preferido no resolver la cuestión general de si la utilización de pruebas practicadas por medio de actos calificados de inhumanos y degradantes privaría automáticamente a un proceso del carácter equitativo, y se ha limitado a una constatación de iniquidad en las circunstancias concretas del presente caso”.

También la doctrina ha criticado esta opción de la corte, particularmente BEERNAERT, M. A., “La recevabilité des preuves...”, cit., pp. 92 y 93; y ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 163 y 164.

contexto judicial (art. 8 CEDH). En este sentido, se podrán limitar ciertos derechos siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos por el CEDH y por la legislación interna del país. El TEDH tomará en cuenta el cumplimiento o incumplimiento de esos requisitos, así como la aplicación del principio de proporcionalidad, para determinar si se debe invalidar una prueba obtenida en contra de los derechos de intimidad protegidos por el artículo 8 CEDH.

La jurisprudencia del TEDH reconoce la existencia de un conflicto de intereses (tanto privados como estatales) que entran en juego y deben sopesarse para dilucidar el tratamiento que debe otorgarse a la ilicitud probatoria. También reconoce que la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba puede haber sido causada tanto por una autoridad pública como por un particular, de manera que lo relevante será la tutela de los derechos en juego y no el sujeto que provoca la infracción. Si bien el Tribunal toma en cuenta la legalidad de las actuaciones, en ningún momento entra a evaluar otros factores como el efecto disuasorio de la exclusión o el efecto de la prueba ilícita en la integridad judicial.

Finalmente, existen ciertos supuestos en los cuales la expulsión de la prueba resulta obligatoria, particularmente cuando se trata de pruebas obtenidas a través de torturas.

B. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, conocida también como el Pacto de San José (art. 62.3 CADH), con relación a los Estados que, habiendo suscrito la Convención, hayan reconocido también la competencia de la Corte. Entre dichos Estados se encuentra, naturalmente, la República de Honduras⁴³⁵.

⁴³⁵ Honduras firmó la CADH el 22 de noviembre de 1969, ratificándola posteriormente el 5 de Septiembre de 1977. Poco después, el 9 de septiembre de 1981, presentó en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el Artículo 62 de la Convención, según hace constar el Departamento de Derecho Internacional de la OEA en su página web http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-

Al igual que sucede en el ámbito europeo, no existe en la CADH una regla expresa que regule la exclusión de las pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte Interamericana ya ha conocido distintos casos relativos a la ilicitud probatoria, por lo cual es posible, a través del análisis de su jurisprudencia, determinar su posición respecto al tema. En líneas generales, la Corte se ha mostrado favorable a la exclusión de las pruebas obtenidas en contra de los derechos que hemos denominado absolutos (vida e integridad personal), mientras que su postura varía cuando se trata de derechos relativos (garantías procesales y privacidad), por lo cual habrá que analizar una variedad de factores para determinar la eficacia o la exclusión de las pruebas impugnadas.

Para determinar el tratamiento de las pruebas ilícitas por parte de la Corte IDH hemos analizado las sentencias más relevantes dictadas por Corte sobre este particular⁴³⁶.

1. Generalidades sobre la exclusión probatoria en la jurisprudencia de la Corte IDH

Para analizar el papel de la Corte IDH con relación a la RE, es menester considerar en primer lugar la regulación que aplica la Corte. No obstante la falta de referencia expresa al tratamiento de la ilicitud probatoria, podemos encontrar en la

32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Honduras:. Hasta el año 2015, la Corte IDH ha dictado 9 sentencias en casos contenciosos conocidos contra el Estado de Honduras (*Caso Velásquez Rodríguez*, *Caso Godínez Cruz*, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, *Caso Juan Humberto Sánchez*, *Caso López Álvarez*, *Caso Servellón García* y otros, *Caso Kawas Fernández*, *Caso Pachecho Teruel* y otros, y *Caso Luna López*). Así lo revelan los datos brindados por la Corte IDH en su portal electrónico http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=16.

⁴³⁶ Con relación a la temática podemos sugerir las aportaciones de ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, cit., pp. 172-177; así como ROCHA DE ASSIS MOURA, M.T./ COELHO ZILLI, M.A./ MONTECONRADO GHIDALEVICH, F.G., “*Provas ilícitas e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Relatorio – Brasil 2009*”, en *Sistema Americano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional*, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2010, pp. 313-339; JUÁREZ, M. G., “La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, 2012, pp. 285-314; FERRER MAC-GREGOR, E., “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, en *Revista IIDH*, vol. 59, 2014, pp. 38-40, disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf.

CADH, en el Reglamento de la Corte y en otros instrumentos internacionales algunas prohibiciones probatorias implícitas.

En primer lugar, el artículo 8.3 CADH señala que “la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. *Contrario sensu*, interpretamos que las confesiones forzadas, derivadas de acciones coactivas (amenazas, intimidación, malos tratos, torturas, etc.) deberán carecer de valor probatorio⁴³⁷. Además de recoger el derecho a no confesarse culpable, esta afirmación se relaciona también con la prohibición de la tortura. De acuerdo con el artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, “ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso...”⁴³⁸.

Por otro lado, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Reg. Corte IDH)⁴³⁹ indica en el artículo 57.1 que “las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas”.

⁴³⁷ Señalan DE PRADA SOLAESA, R./ PÉREZ-CADALSO ARIAS, G. A., *El nuevo Código Procesal Penal...*, cit., p. 166; que el artículo 8.3 CADH “determina la exclusión de la confesión si hay *coacción de cualquier naturaleza*, lo que ha de entenderse incluye cualquier conducta coactiva aunque no llegue a constituir como tal tortura o trato cruel, inhumano o degradante”. De igual forma que el artículo 8.2.g CADH, el artículo 14.3.g del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Con relación a este último artículo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha comentado en su *Observación General No. 13 de 1986, sobre la administración de justicia* que “la ley debería establecer que la prueba obtenida a través de tales métodos [confesiones forzadas, tortura, etc.] o cualquier otra forma de coacción sea completamente inaceptable”. Agrega también que “los jueces deberían tener autoridad para considerar cualquier alegación hecha sobre la violación de los derechos del acusado durante cualquier etapa del proceso”.

⁴³⁸ “...salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”. Cabe apuntar que este instrumento fue firmado por Honduras el 11 de marzo de 1986, pero no consta su ratificación ni su depósito, de acuerdo con los datos consultados en el portal electrónico de la OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>.

⁴³⁹ Nos referimos al Reglamento actualmente vigente, que fue aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. El primer Reglamento de la Corte Interamericana fue aprobado en 1980, el segundo en 1991, el tercero en 1996 y el cuarto en el año 2000. Éste último reglamento, que ya ha sido derogado, fue reformado en 2003 y 2009.

Este inciso se refiere a las pruebas presentadas, por el Estado o por particulares, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano consultivo de la OEA en dicha materia (art. 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos). La Comisión se encarga de recibir, analizar e investigar las peticiones individuales que atribuyan a un Estado la violación de los derechos consignados en la CADH. Posteriormente, la Comisión puede someter los casos a la Corte Interamericana, debiendo entonces comparecer durante la tramitación y el conocimiento de los mismos.

Por tanto, las pruebas que recibe la CIDH con relación a un caso, serán incorporadas al expediente que se remita a la Corte, siempre y cuando éstas provengan de un procedimiento contradictorio. Así, existe una prohibición probatoria implícita en el sentido de que no podrán remitirse a la Corte aquellas pruebas que se hayan obtenido y practicado en procedimientos desarrollados sin contradicción. Este sería el caso, por ejemplo, de las pruebas obtenidas en un proceso militar, aplicado en una situación de conflicto social, desarrollado a puerta cerrada y limitando las facultades de defensa del acusado. En principio, estas pruebas no deberían ser incorporadas al expediente del caso y por consiguiente serían inutilizables ante la Corte⁴⁴⁰. Por otra parte, la salvedad que hace el artículo viene a indicarnos que aun cuando las pruebas provengan de un proceso contradictorio, la Corte puede pedir su repetición si lo estima necesario.

Además de estas prohibiciones probatorias indirectas, el régimen de exclusión probatoria del sistema interamericano de justicia tiene que tomar en cuenta el mandato de protección de otros derechos sustantivos y procesales consignados en la CADH. A través del artículo 1.1, los Estados partes de la Convención “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. Entre esos derechos podemos destacar, con relación al tema que estudiamos, el derecho a la integridad personal (art. 5 CADH), el derecho a la libertad personal (art. 7 CADH), las garantías judiciales (art. 8 CADH) y la protección de la honra y la dignidad (art. 11 CADH, que incluye el derecho a la intimidad personal y familiar, así como la inviolabilidad del domicilio y de las

⁴⁴⁰ Esto sucedió en el *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, al cual nos referiremos próximamente, en el que unas pruebas de este tipo fueron indirectamente convalidadas. Si bien esa sentencia se dictó bajo el Reglamento del año 2000 (reformado en el 2003), la estipulación citada ya estaba contemplada en el artículo 44.2 del texto entonces vigente.

comunicaciones). Como resultado, los Estados partes de la CADH deberán respetar estos derechos en todo momento, misión que debe reflejarse también en la obtención de fuentes de prueba por parte de los funcionarios públicos.

Pero además, la obligación de respetar los derechos consignados en la Convención se extiende también a los particulares por vía del artículo 32 CADH, el cual establece una correlación entre derechos y deberes de la siguiente forma: “1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. En consecuencia, la obtención de pruebas por particulares también está limitada por el respeto a los derechos de las demás personas, con lo cual, dado el momento, podría excluirse una prueba ilícita obtenida de manera privada⁴⁴¹.

Todos estos parámetros deben aplicarse de conformidad con la naturaleza de la Corte, es decir, tomando en cuenta su jurisdicción internacional. Este factor es determinante en el régimen de exclusión aplicable, ya que como establece su jurisprudencia, las normas y principios procesales han de aplicarse de manera más “flexible e informal” en el ámbito internacional, especialmente cuando un particular se enfrenta contra un Estado por la violación de un derecho fundamental⁴⁴². En palabras de la Corte IDH:

“En relación con los documentos presentados por la representante de las presuntas víctimas y sus familiares durante la audiencia pública, el Estado alegó que ‘las copias o reproducciones fotostáticas del proceso penal [...] han sido obtenidas de manera ilícita y sin mandato judicial, hecho que nos hace incurrir en la teoría del fruto del árbol prohibido’”.

⁴⁴¹ En la sentencia del *Caso Escher y otros vs. Brasil*, la Corte IDH reconoce que la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por la Convención puede ser efectuada por un sujeto privado, según veremos en los siguientes apartados.

⁴⁴² ROCHA DE ASSIS MOURA, M.T./ COELHO ZILLI, M.A./ MONTECONRADO GHIDALEVICH, F.G., “*Provas ilícitas e o sistema interamericano...*”, cit., p. 327; comentan que “A liberdade na produção e na valoração do material probatório é uma característica marcante no processo conduzido perante a Corte IDH, como revela o seu próprio regulamento. Com efeito, não há regras de exclusão probatória informadas pelo emprego de meios ilícitos de obtenção. Ao contrário: há uma clara flexibilidade do procedimento probatório e dos limites de tolerância, o que, diga-se de passagem, atende às próprias expectativas que cercam uma Corte internacional desenhada para a proteção dos direitos humanos. Afinal, o que se almeja é a responsabilização internacional dos Estados por tais práticas, o que não seria alcançado caso se exigisse o mesmo rigor formal que é imposto aos processos nacionais.”

“El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades⁴⁴³, sin que por ello deje la Corte de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes⁴⁴⁴. Este proceso, por ser tramitado ante un tribunal internacional, y por referirse a violaciones a los derechos humanos, tiene un carácter más flexible e informal que el seguido ante las autoridades internas⁴⁴⁵” (*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*)⁴⁴⁶.

Por otra parte, la Corte IDH no puede convertirse en una instancia más del proceso iniciado a nivel nacional. Sus facultades en cuanto a la valoración de la prueba se limitan a conocer si se ha producido una vulneración de los derechos consignados en la CADH. Para ello deberá valorar la prueba conforme a su experiencia, de acuerdo con los criterios de la lógica y la sana crítica, aplicando los principios de igualdad procesal y contradicción⁴⁴⁷. En otras palabras⁴⁴⁸:

⁴⁴³ “Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de Sentencia*, nota 6, párr. 42; *Caso 19 Comerciantes. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 35; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 67; y *Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 51” (nota de la sentencia).

⁴⁴⁴ “Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, nota 5, párr. 48; *Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de Sentencia*, nota 6, párr. 28; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 5, párr. 120; y *Caso Bulacio*, nota 6, párr. 42” (nota de la sentencia).

⁴⁴⁵ “Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, nota 5, párr. 48; *Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de Sentencia*, nota 6, párr. 42; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 5, párr. 120; y *Caso Bulacio*, nota 6, párr. 42” (nota de la sentencia).

⁴⁴⁶ Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párrs. 57 y 58. En este mismo sentido Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, (Fondo)*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 132: “El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. 133. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos. 134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”.

⁴⁴⁷ “La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los

“Las facultades de la Corte para la revisión de los procesos nacionales son limitadas. Cuando un asunto llega a la Corte, ha sido ya resuelto por los tribunales nacionales. Estos tribunales han conocido del caso y recogido las pruebas del mismo de manera inmediata y, por lo tanto, no es permisible que el órgano internacional, que tiene una intervención *a posteriori* y que no participa de manera directa y personal en la recolección de la prueba, pueda reevaluar la prueba y juzgar el caso nuevamente”.

“Teniendo esto en consideración, la Corte Interamericana, así como todos los demás órganos de supervisión internacional, han tenido y tienen un extremo cuidado en no transformarse en otra instancia, restringiendo su labor a asegurarse de que el procedimiento en el ámbito nacional haya cumplido escrupulosamente con las obligaciones que impone el artículo 8 de la convención. La Corte, luego, no evalúa nuevamente la prueba del juicio cuestionado, para decidir, por ejemplo, que un acusado en un juicio penal es inocente; lo que examina es si los tribunales nacionales que decidieron el caso eran independientes e imparciales, si han respetado la obligación de, *inter alia*, otorgar un tiempo y condiciones adecuadas para la defensa y dar a la parte la posibilidad de objetar las pruebas que se presenten en su contra; en suma, si ha habido una infracción de las normas procesales básicas establecidas en el artículo 8”.

Al igual que sucede con el TEDH, cuando se trate de la valoración de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, la Corte Interamericana no valorará aisladamente la prueba ilícita, sino que analizará el proceso en su conjunto para determinar si éste –incluyendo la incorporación de la prueba– ha sido justo o no. De acuerdo con la sentencia del *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú* (párr. 133):

“El Tribunal ha establecido que ‘[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos’⁴⁴⁹, para

límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia” (*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 41; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 64).

⁴⁴⁸ *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, voto disidente de la Jueza Medina Quiroga, párrs. XIV y XV.

⁴⁴⁹ “Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, nota 4, párr. 146; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 234, párr. 200; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 210, párr. 120” (nota de la sentencia).

establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención⁴⁵⁰.

Las consideraciones previas han sido formuladas y aplicadas por la Corte IDH en los distintos casos en los que se ha discutido la exclusión de pruebas ilícitas. Sin embargo, al igual que el TEDH, la Corte no aplica un criterio único o absoluto de exclusión, sino que ha guardado una posición intermedia que le lleva a analizar la situación caso por caso. A continuación estudiaremos las sentencias más relevantes sobre el tema, que nos permitirán obtener una mayor comprensión sobre la aplicación de la Regla de Exclusión por parte de la Corte IDH, así como de los fundamentos en que se ha basado la Corte para conservar o excluir las pruebas impugnadas.

2. La vulneración de los artículos 5 y 8.2.g y 8.3 CADH: el derecho a la integridad personal y el derecho a no declarar contra sí mismo. El *Caso Bayarri v. Argentina*⁴⁵¹

La jurisprudencia de la Corte IDH ha recogido la prohibición contra la tortura, las penas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, apuntando que sobre éstos pesa una prohibición absoluta e inderogable, que rige aun en las circunstancias sociales más difíciles, tales como la guerra, la lucha contra el terrorismo, el estado de emergencia, la inestabilidad política y otras emergencias públicas⁴⁵². En la Sentencia del *Caso Bayarri vs. Argentina* (párr. 83), la Corte estableció:

“La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. La

⁴⁵⁰ “Cfr. *Caso Juan Humberto Sanchez*, nota 210, párr. 120; *Caso Bámaca Velásquez*, nota 210, párr. 189; y *Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222” (nota de la sentencia).

⁴⁵¹ Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina*, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187.

⁴⁵² *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 100; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 111.

Corte ha entendido que se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato sea: a) intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito, entre ellos, la investigación de delitos”.

De acuerdo con el informe presentado por la CIDH, el señor Bayarri estuvo en prisión preventiva durante casi 13 años debido a una confesión que fue obtenida bajo tortura⁴⁵³. Sospechoso del delito de secuestro, su detención se realizó de forma ilegal ya que los métodos utilizados por los policías federales no respetaron sus derechos fundamentales. El Estado no controvertió estos hechos, sino que indicó que ya habían sido resueltos en el fuero interno a favor de la víctima. Efectivamente, la Cámara de Apelaciones declaró inválida dicha confesión y anuló los actos procesales derivados de la misma. Sin embargo, la Corte IDH procedió a evaluar los hechos y estimó que se había violado tanto el artículo 5 como el 8 de la CADH. Además, volvió a enfatizar que cuando existan indicios de tortura a un detenido, el Estado tiene la obligación de investigar de oficio el origen de las lesiones con el fin de procesar a los agentes responsables⁴⁵⁴.

Por otro lado, la prolongada detención del señor Bayarri también implicó que el Estado presumía su culpabilidad, por lo cual se vulneró el principio de presunción de inocencia. De esta manera, el Estado violó el artículo 8 de la CADH en razón de la coacción a que fue sometido el señor Bayarri para extraerle una confesión de culpabilidad.

Como podemos observar, también en este caso se abordó directamente el tema de la ilicitud probatoria. A pesar de que la confesión ilícita ya había sido anulada por la jurisdicción nacional, la Corte IDH se pronunció al respecto y reconoció que se habían violado los derechos a la integridad y a no confesarse culpable. En este sentido,

⁴⁵³ De acuerdo con la sentencia: “Los representantes alegaron que durante tres jornadas consecutivas y mientras se encontraba detenido en el centro clandestino conocido como ‘el Olimpo’, Juan Carlos Bayarri fue ‘salvajemente golpeado en diversas partes del cuerpo, luego de ello torturado con la aplicación del suplicio conocido como la ‘picana eléctrica’, así como con un método de tormento denominado ‘submarino seco’(…). Los representantes señalaron que, una vez trasladado al Departamento Central de Policía, lo amenazaron con posibles daños a sus familiares con el objeto de que se declarara culpable por la comisión de diversos hechos delictivos (...)” (*Caso Bayarri vs. Argentina*, párr. 79).

⁴⁵⁴ *Caso Bayarri vs. Argentina*, párrs. 92 al 94.

debemos destacar la remisión que hace la sentencia a la resolución argentina de Apelación, en la cual se anuló la prueba ilícita y las demás pruebas y actos que se derivaban de ella⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ De acuerdo con la sentencia del *Caso Bayarri vs. Argentina*, párr. 108: “Ya quedó establecido (...) que mediante tortura el señor Bayarri confesó la comisión de varios hechos delictivos. Asimismo, no escapa al conocimiento de este Tribunal que la Sala I de la Cámara de Apelaciones declaró inválida dicha confesión y anuló los actos procesales derivados de la misma, lo que constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de la referida violación a las garantías judiciales cometida en perjuicio de Juan Carlos Bayarri. Debido a ello, la Corte considera oportuno destacar los fundamentos empleados por dicha Sala I al respecto:

‘La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el conocido caso *Montenegro* (Fallos 303:1938) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de las confesiones de los imputados prestadas bajo tormento. En ese caso la [Suprema] Corte advirtió que existía un conflicto entre dos intereses distintos: por un lado, el interés social de aplicar rápida y eficientemente la ley penal y, por otro, el interés de la comunidad de que los derechos de los individuos no resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley penal. [El] máximo Tribunal se inclin[ó] por la supremacía del interés mencionado en segundo término, sosteniendo: ‘[...] tal conflicto se halla resuelto en nuestro país desde los albores de su proceso constituyente cuando la Asamblea de 1813, calificando al tormento como ‘invención horrorosa para descubrir los delincuentes’ mandó a quemar los instrumentos para aplicarlo [...], decisión que se concretó en la prohibición contenida en el artículo 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo [...] el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria de un hecho ilícito’. [...] La verificación de la violación de este derecho fundamental impone, en primer término, el deber de separar del análisis del caso todas las piezas de actuación que den cuenta de las manifestaciones que [...] Bayarri [...] pronunci[ó] bajo efectos de los apremios, amenazas y tormentos. [...] [A] pocas horas de haberse producido los actos de tortura, en oportunidad de prestar declaración indagatoria en el juzgado, [el señor Bayarri] brind[ó] una versión acorde con lo relatado en las declaraciones testimoniales del personal preventor [...]. A pesar de ello, [el] dicho prestado por [...] Bayarri no pued[e] ser tenido en cuenta como prueba de confesión dado que de las circunstancias que rodearon a [su declaración] tornan inverosímiles las explicaciones de los imputados en cuanto afirman que procedieron a ratificar el contenido de las declaraciones testimoniales del personal policial porque estaban amenazados por los mismos funcionarios que lo torturaron y trasladaron al juzgado a declarar. Es de destacar en este contexto que dicho acto procesal fue llevado a cabo sin la presencia de s[u] defenso[r] letrado, circunstancia que da una pauta de la falta de garantías que rodearon a la [...] declaraci[ón] indagatori[a]. A ello hay que agregarle el particular trato que, según se deduce de la declaraci[ón] recibió en la sede del juzgado. Bayarri, se encontraba con marcas visibles de haber sufrido lesiones de reciente data y, sin embargo, el juzgado de instrucción ordenó que los médicos forenses sólo lo revisaran con relación a la alegada dolencia en el oído derecho. [...] Conforme con lo narrado, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de prueba obtenida ilegalmente. De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Estado no puede hacer valer como prueba de cargo aquellos elementos que han sido incorporados a una investigación de manera ilegal, es decir afectando derechos individuales reconocidos constitucionalmente [...]. Además es menester establecer si la legalidad de los mencionados actos acarrea consecuencias más allá de esta misma exclusión. En este supuesto, se debe aplicar la doctrina *del fruto del árbol venenoso*, que postula que no sólo se debe excluir

3. La vulneración del artículo 8: Las garantías procesales. El Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*⁴⁵⁶

En un contexto social sumamente agitado, la señora Lori Berenson fue acusada de terrorismo y traición a la patria. En 1996 se le juzgó y condenó a cadena perpetua a través de un juicio militar exento de toda garantía procesal. Las infracciones cometidas en dicho procedimiento fueron tantas que no es posible establecer con exactitud el vínculo entre la violación de un derecho fundamental y resultado probatorio final (detención ilegal, allanamiento a su vivienda, malos tratos, interrogatorio sin asistencia de un abogado y coacción a los testigos, entre otras)⁴⁵⁷.

Cuatro años más tarde, el proceso militar fue anulado por la jurisdicción peruana y se realizó un segundo juicio, ahora ante fuero penal ordinario. A este nuevo proceso se incorporaron las pruebas provenientes del enjuiciamiento militar y además se realizaron

la prueba obtenida en forma ilegal sino que igualmente deben dejar de considerarse otras evidencias que se encontraron o que fueron fruto de la información obtenida ilegalmente. Por aplicación de esta regla, que encuentra reflejo legal en lo normado por los artículos 511 y 512 del Código de Procedimientos en Materia Penal, deberán declararse nulos los actos procesales que fueron dictados como consecuencia de l[a] mencionad[a] declarac[ión] indagatori[a]”.

⁴⁵⁶ Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119.

⁴⁵⁷ En noviembre de 1995, Lori Berenson Mejía fue detenida por miembros de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional del Perú. En sede policial fue interrogada por su presunta vinculación con miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Durante los interrogatorios y las diligencias de registro que se realizaron en su domicilio no estuvo presente el abogado de la señora Berenson y tampoco se le informaron los cargos en su contra. En diciembre de 1995 se le tomó declaración instructiva en el fuero militar. La señora Berenson fue exhibida ante la prensa nacional como cabecilla del MRTA. En enero de 1996 el Juez Instructor Militar dio por concluida la investigación y el Fiscal Militar Especial del Ejército para casos de traición a la patria formuló la correspondiente acusación. Poco después se celebró el juicio militar de la señora Berenson ante un tribunal militar “sin rostro”. El juicio duró un par de horas y consistió únicamente en la lectura de la sentencia. Por tanto, mediante dicha sentencia se le condenó como autora del delito de traición a la patria otorgando la pena privativa de libertad de cadena perpetua, en aplicación de la legislación penal antiterrorista. Berenson permaneció en prisión hasta el 7 de octubre de 1998. En ese período fue sometida al régimen de aislamiento celular continuo durante un año y tuvo varios problemas de salud como consecuencia de la altitud, la mala alimentación que recibía y el frío de la zona. En agosto de 2000 se inició un nuevo juicio en el fuero penal ordinario. La Sala Nacional de Terrorismo emitió sentencia mediante la cual declaró que, al no haberse logrado plena certeza de que la señora Berenson hubiera llegado a asociarse y ser parte integrante de la organización del MRTA, se le condenaba por delito de terrorismo, en la modalidad de actos de colaboración, a 20 años de pena privativa de libertad. La Corte Suprema de Justicia de Perú confirmó la sentencia.

otras diligencias probatorias. A pesar de que la defensa de la señora Berenson impugnó las primeras pruebas, por haber sido obtenidas de forma ilícita, la Sala Nacional de Terrorismo (competente en el segundo proceso) se negó a excluirlas.

La sentencia de la jurisdicción penal no realizó una valoración individualizada de la prueba que permitiera establecer si los hechos se acreditaron a través de las pruebas ilícitas obtenidas en el proceso militar o gracias a las pruebas –supuestamente “saneadas”– procedentes del proceso penal. Tampoco era posible determinar el vínculo causal o la independencia existente entre las pruebas del primer proceso y las pruebas del segundo.

En su informe, la CIDH denunció las infracciones cometidas en detrimento del artículo 8 CADH, tanto en el primer proceso como en el segundo, pronunciándose claramente a favor de la exclusión de las pruebas viciadas. Reproducimos sus argumentos según aparecen recogidos en la Sentencia (párr. 129, puntos 1 y 2):

“El Estado violó, en perjuicio de la presunta víctima, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, tanto en el procedimiento ante el fuero militar como en el juicio tramitado en el fuero penal ordinario, en razón de que:

Respecto del procedimiento seguido ante la justicia militar

a) las violaciones a las garantías judiciales de la presunta víctima ‘implicaron afectaciones a la presunción de inocencia, al debido proceso y al derecho a la defensa’, e incidieron en ‘la validez de todas las pruebas recabadas en tal contexto de violaciones a sus derechos humanos’ (...);

d) las pruebas recabadas durante ambas instrucciones, la realizada por el juez instructor militar, y la llevada a cabo por la DINCOTE [Dirección Nacional Contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú], ‘fueron obtenidas de manera ilegítima’. El hecho de que la ‘mayoría de las pruebas haya sido recabada bajo dirección de un juez instructor militar constituy[ó] un vicio *per se* que afect[ó] dichas pruebas’. Estos elementos de prueba fueron integrados al atestado policial de la DINCOTE y valorados en el juicio ante el fuero militar (...);

j) la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 18 de agosto de 2000, así como la del Tribunal Supremo Militar de 24 de agosto de 2000, ‘declararon la nulidad de la sentencia condenatoria [de la señora] Lori Berenson en el fuero militar, pero no declararon la nulidad de la instrucción que ahí se adelantó. Más bien, se remitió copia de la instrucción al fuero penal ordinario’ (...); y

Respecto del procedimiento seguido ante la justicia ordinaria

a) No hubo ‘un corte claro y definitivo’ entre el juicio militar y el juicio en el fuero penal ordinario, toda vez que los medios probatorios recabados en aquel tuvieron un “rol probatorio trascendente” en el segundo juicio, ya que ‘constituyeron la base para la apertura de la instrucción’ y “fueron el fundamento de [la] condena’ de la presunta víctima;

b) ‘*el estándar del sistema interamericano de derechos humanos debe ser la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos*’. Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, ‘con más razón no se le puede condenar si obra contra ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos’⁴⁵⁸ (...);

d) ‘en el nuevo juicio no se ordenó instruir todas las pruebas de cargo y defensa, como si se iniciara el sumario nuevamente. Ello hubiera sido necesario para subsanar las irregularidades procesales que habían viciado el proceso original en sede militar’;

e) la sentencia condenatoria de 20 de junio de 2001 no permite distinguir ‘entre pruebas recabadas en el juicio militar en violación a los derechos humanos de la señora [Lori] Berenson y pruebas recabadas en dicho fuero que no habrían violado derechos de ésta’”.

A pesar de los convincentes argumentos esgrimidos por la Comisión, la Corte adoptó una postura diferente. Al igual que en el *Caso Bayarri*, el Estado indicó que no sometía al conocimiento de la Corte los hechos que originaron la ilicitud probatoria, ya que éstos habían sido resueltos por la jurisdicción interna a favor de la víctima, es decir que en Perú ya se había anulado ese primer juicio militar que fue el que infringió los derechos de la señora Berenson (al igual que Argentina alegó que ya había anulado los efectos de la confesión de Bayarri). La diferencia es que en el *Caso Bayarri* la Corte volvió a considerar los hechos y declaró que se vulneraron los artículos 5 y 8 CADH y, por el contrario, en el *Caso Berenson* la Corte dijo que no conocería el proceso militar (pero sí lo analizó y dijo que vulneraba la CADH) y luego pronunció su fallo únicamente con relación al proceso penal ordinario, para el cual no reconoció que se hubiera vulnerado el artículo 8 CADH. En palabras de la Corte:

⁴⁵⁸ La cursiva es nuestra. Queremos destacar la posición clara y radical que, a diferencia de la Corte, toma la CIDH como forma de garantizar los derechos fundamentales violentados al obtener las pruebas judiciales de forma ilícita.

“El Estado manifestó que ‘no somet[ía] a la Corte la cuestión derivada del juzgamiento de [la señora] Lori Berenson Mejía por la jurisdicción militar por terrorismo agravado[, ya que se había declarado] la incompetencia de la jurisdicción militar para procesar a [la señora] Berenson Mejía y [se] derivó el proceso a la jurisdicción ordinaria’. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión y los representantes sometieron posibles violaciones al artículo 8 de la Convención en perjuicio de la presunta víctima en el proceso militar, por lo que la Corte se referirá a estos hechos”⁴⁵⁹.

Esto significa que la Corte no estaba juzgando los acontecimientos del juicio militar, pero que sin perjuicio de ello se referiría a los hechos. Tras analizar las distintas situaciones acontecidas en el fuero militar y aceptar que fueron contrarias al artículo 8 CADH (no solo en cuanto al derecho a no autoinculparse, sino incluyendo más vulneraciones como la del derecho de defensa, el derecho a interrogar a los testigos y a presentar testigos de descargo, el derecho a un tribunal imparcial, el derecho a un juicio justo, el derecho a ser presumido inocente, etc.), la Corte reiteró que:

“Tomando en cuenta las características del procedimiento militar, sobre el que ya se ha pronunciado esta Corte, así como las alegaciones formuladas por la defensa de la presunta víctima acerca del ‘origen presuntamente ilegal de los medios de prueba actuados’ y la ‘inconstitucionalidad del marco normativo vigente’ esta Corte se limitará a mencionar sólo las actuaciones realizadas directamente ante los órganos de la justicia ordinaria”⁴⁶⁰.

Por tanto, no importaba cuáles y cuántas vulneraciones se hubieran cometido en el primer proceso, en el cual se originó la prueba, porque lo que estaba juzgando la Corte era el segundo proceso. Así, la Corte IDH resolvió el asunto de las pruebas ilícitas del *Caso Berenson* de la siguiente forma:

“Al analizar, en su integridad, el proceso seguido en el fuero ordinario, se aprecia que en éste fueron presentados elementos de prueba provenientes del juicio militar, así como elementos de prueba recabados directamente ante la jurisdicción ordinaria. La Corte considera que las pruebas del primer grupo son inadmisibles, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron. Al mismo tiempo este Tribunal advierte que existe, como se ha dicho y acreditado, material probatorio aportado en el curso del proceso ordinario, conducente a establecer los hechos materia del juicio y la sentencia correspondiente. Desde luego, la Corte no se pronuncia acerca de la

⁴⁵⁹ *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 137.

⁴⁶⁰ *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 171.

eficacia de dichas pruebas en el caso concreto, asunto que corresponde a la jurisdicción interna (...).

Por lo tanto, la sentencia dictada en el juicio ordinario que condenó a la señora Lori Berenson (...) se formuló conforme al criterio de valoración de la prueba y motivación de hecho consagrado en la legislación peruana. La Corte Interamericana no se pronunciará sobre la elección de dicho sistema de apreciación de la prueba que guarda estrecha relación con el que se observa en el juicio por jurado adoptado en diversos ordenamientos (...).

En virtud de lo expuesto, esta Corte considera que no se ha comprobado que el Estado violó el artículo 8.2.b), c) y d) de la Convención en perjuicio de la presunta víctima en relación con el juicio seguido en su contra en el fuero ordinario⁴⁶¹.

Finalmente, a la luz de todo ello y tras analizar la violación de otros artículos de la CADH (artículos 1.1, 5.1, 5.2, 5.6, 7 y 9), la Corte IDH determinó que sí se había vulnerado el artículo 8 CADH (8.1, 8.2, 8.2 b), c), d), f) y h) y 8.5 CADH). Estableció algunas obligaciones para el Estado y ciertas compensaciones para la señora Berenson, pero no anuló su condena y tampoco ordenó su liberación.

A nuestro parecer, la posición de la Corte con relación a la ilicitud probatoria no ha sido congruente en este caso. No comprendemos como puede aceptar, por un lado, que el primer proceso estuvo plagado de infracciones a los derechos de la señora Berenson y, por otro lado, decir que en el segundo proceso no hubo lesiones a las garantías procesales, especialmente después de que admite que las pruebas del primer juicio (cuya ilicitud reconoce expresamente) han sido incorporadas al segundo. En materia de exclusión probatoria, a la luz de la teoría de los frutos del árbol envenenado, esta situación carece de sentido lógico. La nulidad de las primeras pruebas tendría que haber conllevado la nulidad de las segundas. El debido saneamiento del proceso habría exigido la desvinculación total entre las pruebas de ambos juicios, de forma que en la jurisdicción penal se tendrían que haber utilizado únicamente pruebas nuevas. Sin embargo, consta en la sentencia que en el juicio penal se utilizaron las pruebas del proceso militar, que definitivamente estaban viciadas en su origen.

⁴⁶¹ *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párrs. 174, 179 y 181, correspondientemente.

Por ello, concordamos más bien con el voto disidente planteado por la jueza MEDINA QUIROGA, con relación al tratamiento que debió haber dado la Corte IDH a las pruebas ilícitas que figuran en el *Caso Berenson*. Referimos algunos fragmentos de este enriquecedor texto⁴⁶²:

“En este voto, me remitiré a analizar un punto primordial de las fallas que estimo existen en el segundo proceso seguido a la señora Berenson: el de las pruebas que se admitieron en él. Esta Corte ha decidido que en el proceso seguido contra la señora Berenson ante el fuero militar se violaron las letras b), c), d) y f) del artículo 8.2 de la Convención. Una consecuencia lógica de ello es que las pruebas existentes en ese proceso no tienen para esta Corte validez (...).

Por otra parte, aparece claramente en este caso que se allegaron al proceso ante el fuero común pruebas recogidas en el proceso ante el fuero militar, que son para esta Corte inválidas (...).

La defensa de la señora Lori Berenson objetó la validez de estas pruebas de diversos modos, uno de los cuales fue el pedir que se trajera al juicio ante el juez ordinario el expediente ante el fuero militar ‘a efectos de verificar el cumplimiento procesal de las normas del debido proceso y las actuaciones a nivel judicial y del fuero militar (...)’.

Con respecto al cuestionamiento de la defensa de los medios de prueba traídos del juicio primero, la Sala Nacional de Terrorismo señaló que ‘sin embargo, a pesar de que la investigación policial se desarrollaba en paralelo con la investigación jurisdiccional del Fuero Militar, en ella se cumplían las normas legales vigentes las que aun si fueran extremadamente limitantes y abusiva su aplicación, no estaríamos frente a la prueba prohibida sino a defectos probatorios que deben ser serenamente evaluados dentro del marco de constitucionalidad’, agregando como fundamento que ‘la autoridad policial actuó con la convicción de un debido cumplimiento legal, pero bajo un control jurisdiccional que tenía que ejercer el Fuero Militar’ (...). Estas consideraciones llevaron a esa Sala a sostener que no renunciaba a sus facultades de calificación de legalidad para decidir los medios de prueba que podían o no ser incorporados al proceso.

Después de esas aseveraciones, no hay nada en la sentencia de la Sala Nacional en el sentido de que excluya esas pruebas de sus consideraciones para decidir la culpabilidad de la señora Berenson. Por el contrario, todo indica que se reservó el derecho de utilizarlas porque sólo tenían defectos probatorios y no era ‘prueba prohibida’.

Teniendo todo esto en consideración, no puedo estar de acuerdo con el hecho de que la Corte expresara que ‘[t]omando en cuenta las características del procedimiento militar, sobre el que ya

⁴⁶² *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, voto disidente de la Jueza Medina Quiroga, párrs. XVI al XXV, respecto del artículo 8 en relación con el juicio seguido ante el fuero común.

se ha pronunciado esta Corte, así como las alegaciones formuladas por la defensa de la presunta víctima acerca del ‘origen presuntamente ilegal de los medios de prueba actuados’ y la ‘inconstitucionalidad del marco normativo vigente’ [...ella...] se limitará a mencionar sólo las actuaciones realizadas directamente ante los órganos de la justicia ordinaria’. Una separación de las pruebas de esta manera lleva implícita la idea de que la Corte Interamericana tenía la facultad y estaba en condiciones de distinguir entre pruebas que se usaron para decidir la condena de la señora Berenson y las que no se tomaron en consideración y que podía, entonces, decidir que habiéndose recurrido sólo a pruebas válidas, el proceso ante el fuero común no violaba el artículo 8 de la Convención.

Disiento de esto por dos razones. La primera es que estimo que la Corte no tiene facultades para distinguir entre pruebas y llegar a la conclusión de que para decidir la culpabilidad de la señora Berenson sólo se utilizaron en la sentencia de la Sala Nacional de Terrorismo las pruebas del proceso ante el fuero común. Esto constituye, en mi opinión, una transformación de la Corte Interamericana en un tribunal de cuarta instancia, lo que no le está permitido, tanto por las normas que la rigen como por su propia jurisprudencia ya mencionada. La segunda razón es que hacer ese ejercicio de distinción en este caso es imposible, dada la manera cómo se estructura la sentencia penal en el Perú, que no señala taxativamente los medios de prueba que se utilizan para llegar a concluir qué hechos se dan por probados y cuáles no.

*Estimo, en consecuencia, que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana al permitir la introducción de pruebas en el proceso ante el fuero común que no eran válidas por no haberse cumplido con las exigencias mínimas de dicha disposición; que debió declararse que, adoleciendo el segundo juicio realizado en contra de la señora Berenson de una falla substancial en materia de debido proceso, la sentencia no tenía validez y la prisión de dicha señora carecía de justificación. La reparación debió haber sido la liberación de la señora Berenson”*⁴⁶³.

4. La vulneración del artículo 11 CADH: el derecho a la honra y la dignidad. El Caso *Escher y otros vs. Brasil*⁴⁶⁴

Los hechos que dan vida a este caso acontecieron en 1999, en el período de conflicto social causado por la reforma agraria que se realizó en varios estados de Brasil. En este contexto, la policía militar del estado de Paraná interceptó las líneas

⁴⁶³ La cursiva es nuestra. Suscribimos completamente la opinión de la Jueza MEDINA QUIROGA y coincidimos con que éste debería haber sido el fallo de la Corte IDH en el Caso de Lori Berenson.

⁴⁶⁴ Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil*, (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 208.

telefónicas de varios miembros de las organizaciones COANA y ADECON⁴⁶⁵. Las intervenciones se realizaron supuestamente como parte de una investigación criminal en la que se indagaba la desviación de fondos públicos y un homicidio. Sin embargo, existieron múltiples irregularidades que llevaron a la Corte a estimar que se había vulnerado el artículo 11 CADH.

En primer lugar, las intervenciones fueron autorizadas por una autoridad diferente a la que estaba realizando la investigación criminal⁴⁶⁶. Además, la decisión que avaló las escuchas “no fue debidamente fundada, no indicó la forma en que debió haberse llevado a cabo la diligencia, ni el plazo durante el cual debió extenderse la misma”⁴⁶⁷, tampoco se notificó al Ministerio Público, según exigía la legislación interna aplicable. Las escuchas tuvieron una duración mayor a la legalmente permitida y sus resultados fueron facilitados a varios medios de comunicación, que luego los hicieron públicos. Con todo ello, la Comisión indicó en su informe que las intervenciones telefónicas, la resolución que las autorizó y su implementación “fueron ilegales, ilegítimas e inválidas”⁴⁶⁸.

Este caso es relevante porque nos da a conocer la posición de la Corte IDH con relación a la obtención de elementos probatorios en contravención de los derechos amparados por el artículo 11 CADH. Para comenzar, en la sentencia del caso la Corte describe el contenido de dicho precepto de la siguiente forma:

⁴⁶⁵ Se trataba de la *Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.* y la *Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais*. La primera tenía como objetivo el desarrollo comunitario y la integración de sus asociados a través de actividades culturales, deportivas y económicas, mientras que la segunda buscaba integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de los productos. Las dos organizaciones compartían el objetivo común de promover la reforma agraria (*Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 88).

⁴⁶⁶ Ni siquiera se notificó a la policía civil de *Querência do Norte*, encargada de la investigación del caso, sobre la realización de las escuchas. Los resultados de las intervenciones tampoco fueron utilizados como pruebas en la causa penal. Por el contrario, se procuró conseguir otro tipo de información que luego fue difundida a la prensa, de manera que parecía que las injerencias se realizaron más bien por motivos políticos y no para la averiguación de los hechos delictivos referidos.

⁴⁶⁷ *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 119.

⁴⁶⁸ *Ídem*.

“El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que ‘el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública’⁴⁶⁹.

Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”⁴⁷⁰.

También estableció la sentencia que “el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (...)”. En este sentido, la función de la Corte IDH consiste en examinar si tales injerencias se han realizado en los términos del artículo 11 CADH. Entonces, “para que resulte conforme a la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la

⁴⁶⁹ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, nota 48, párr. 194; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, párr. 95, y *Caso Tristán Donoso*, nota 9, párr. 55 (nota de la sentencia).

⁴⁷⁰ *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párrs. 113 y 114.

Convención”⁴⁷¹. Con relación al primer requisito, la legalidad de la injerencia, la Corte señaló que:

“Las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material”⁴⁷².

Además, la sentencia explica que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan restringir los derechos fundamentales de las personas deberán estar debidamente motivadas, por tanto:

“...deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos. El deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento señalado en las peticiones, sino puede variar según la naturaleza de la decisión. Corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha. En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión”⁴⁷³.

Por otro lado, la Corte IDH resalta la importancia de reservar para la investigación criminal la información recabada a través de las intervenciones⁴⁷⁴. En este

⁴⁷¹ *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párrs. 116 y 129.

⁴⁷² Continúa diciendo que la ley que regule la interceptación telefónica “debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos” (*Caso Escher y otros vs. Brasil*, párrs. 130 y 130).

⁴⁷³ *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 139.

⁴⁷⁴ “En términos generales, la Corte considera que guardar secreto de las conversaciones telefónicas interceptadas durante una investigación penal es un deber estatal: a) necesario para proteger la vida privada de las personas sujetas a una medida de tal naturaleza; b) pertinente para los efectos de la propia investigación, y c) fundamental para la adecuada administración de justicia. En el presente caso, se trataba de información que debía permanecer sólo en conocimiento de un reducido número de funcionarios policiales y judiciales y el Estado falló en su obligación de mantenerla con el resguardo debido” (*Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 162).

caso se vulneró también la intimidad de las personas afectadas ya que el contenido de las escuchas se hizo público.

En materia de exclusión probatoria debemos resaltar algunos puntos analizados en este caso. En primer lugar, se trata de escuchas que fueron obtenidas como *fuentes* de prueba, pero que nunca llegaron a ser usadas como *medios* de prueba para demostrar la supuesta malversación de fondos públicos y el homicidio. A diferencia de los casos anteriores, los elementos impugnados en éste no han servido para condenar a una persona ni para privarla de su libertad. En otras palabras, en el *Caso Escher* la Corte analiza la ilicitud en la obtención de las fuentes y no la exclusión de medios probatorios propiamente dichos. Lo importante es que en la sentencia se expone la necesidad de anular unas diligencias que vulneraron los derechos fundamentales de varios ciudadanos y así la Corte va sentando jurisprudencia que se podrá aplicar en futuros casos de ilicitud probatoria. En segundo lugar, el *Caso Escher y otros vs. Brasil* nos permite ver como la CORTE IDH trata distintos aspectos que hemos mencionado a lo largo de este capítulo: la posibilidad de restringir judicialmente los derechos consagrados en la CADH, la forzosa aplicación del principio de proporcionalidad, la necesidad de realizar una adecuada ponderación y la vinculación de los particulares con los sujetos fundamentales (en el sentido que también ellos pueden de hecho lesionar tales derechos).

5. El fundamento de la exclusión según la jurisprudencia de la Corte IDH

Tras haber estudiado distintos casos de ilicitud probatoria conocidos por la Corte IDH, podemos afirmar que su postura con relación a la aplicación de la Regla de Exclusión es bastante similar a la del TEDH. Al igual que el TEDH, la Corte ha adoptado una posición intermedia que no obedece a una regla preestablecida que determine la exclusión o nulidad absoluta de las pruebas ilícitas. La Corte Interamericana respeta las decisiones de los tribunales nacionales que se hayan tomado dentro del margen de actuación delimitado por los derechos consignados en la CADH, reconociendo que compete en primer lugar a la jurisdicción nacional resolver la cuestión de la exclusión probatoria, conforme a la legislación interna del país.

Hemos observado que el tratamiento que la Corte IDH da a las pruebas ilícitas difiere de manera importante dependiendo del derecho que se considere violentado. En este sentido, la Corte ha sido más estricta cuando se trata de pruebas obtenidas vulnerando el *derecho a la integridad personal*. En cambio, cuando se trata de la vulneración de *otros derechos humanos*, como la inviolabilidad de las comunicaciones o del domicilio, la intimidad personal y las garantías judiciales, la postura de la Corte difiere dependiendo de distintos factores (por ejemplo, la gravedad de la infracción, el tratamiento que se haya dado a las pruebas prohibidas en los procesos internos y la valoración del proceso en su conjunto). En estos supuestos la Corte no ha querido invalidar la prueba basándose únicamente en la manera en que se obtuvo, sino que procede a analizar el proceso de forma global para determinar si éste fue o no justo.

Ante la Corte IDH es posible distinguir dos supuestos diferentes de ilicitud probatoria. Por un lado, encontramos las pruebas que se obtuvieron de forma ilícita en los procesos nacionales y han sido impugnadas durante años en las distintas instancias de la jurisdicción interna hasta llegar al conocimiento de la Corte Interamericana. Son diligencias o pruebas que se obtuvieron vulnerando los derechos fundamentales consignados en la CADH y que por eso constituyen el objeto (o uno de los objetos) de la denuncia que se presenta ante la Corte IDH, como hemos visto en los procesos de Bayarri, Berenson y Escher. En estos casos la Corte se ha mostrado más anuente a tutelar los derechos fundamentales de la víctima que, en un contexto social conflictivo, fueron vulnerados por el Estado.

Un segundo supuesto se refiere a pruebas ilícitas que no se generan en el fuero nacional, sino una vez que el caso llega a la Corte IDH. Los hechos que provocan la ilicitud no son ahora los hechos que constituyen el objeto del proceso, sino que se trata de pruebas más recientes que fueron generadas precisamente para ser presentadas a la Comisión o a la Corte. Este segundo grupo de casos ha recibido menos atención de la Corte, que usualmente termina admitiendo las pruebas (supuestamente ilícitas) presentadas por la víctima, la parte “débil” del proceso. Así sucede, por ejemplo, en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*, en el que el Estado alegó que la defensa de la víctima había obtenido de manera ilícita unas copias fotostáticas del proceso penal. No consta en la sentencia que se haya demostrado dicha ilicitud y la Corte indica que no renunciará a tales pruebas “en aras de meras formalidades”

[insinuando que la aplicación de la Regla de Exclusión sería, en este contexto, una formalidad que perjudicaría el derecho de defensa y de prueba de la víctima]. Los documentos no son excluidos sino que se incorporan al acervo probatorio del caso.

En cuanto a las pruebas ilícitas producidas en procesos civiles, no hemos detectado ningún caso que haya sido resuelto por la Corte Interamericana en este sentido. Sin embargo, partiendo de los razonamientos y la jurisprudencia que ya se han emitido en el ámbito penal, podemos adelantar que sí sería posible que la Corte IDH conociera un asunto de ilicitud probatoria civil. El primer motivo es que el tema se reconduce al artículo 8.1 CADH, relativo a las garantías judiciales, que es aplicable tanto al proceso civil como al penal⁴⁷⁵. El segundo motivo es que en el *Caso Escher* la Corte nos ha adelantado que la vulneración de los derechos fundamental recogidos en la CADH también puede ser producida por particulares. Así, en el marco de un proceso civil, una parte (particular) podría lesionar algún derecho de la otra con el propósito de probar una situación ante un órgano judicial.

Debido a la naturaleza internacional de la Corte, sabemos que ella no puede resolver casos en los que las dos partes sean particulares; se requiere, en cambio, que la violación del derecho fundamental sea imputable a uno de los Estados sometidos a su jurisdicción. Por consiguiente, para que una prueba ilícita civil sea sometida al conocimiento de la Corte IDH, sería necesario aplicar el mismo mecanismo por el cual llegaría uno de estos casos al TC español⁴⁷⁶: la víctima de la vulneración tendría que denunciar al Estado que no ha tutelado su derecho al proceso justo, ya que ha permitido que en un proceso civil se valore, en distintas instancias, una prueba obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, en este caso protegido por la CADH.

Lógicamente serán más comunes ante la Corte IDH los casos de ilicitud probatoria penal, pero no descartamos que pueda llegar a resolverse un caso proveniente de un proceso civil, tal y como está configurada la jurisprudencia actualmente.

⁴⁷⁵ BURGENTHAL, T., “Convención Interamericana sobre derechos humanos y justicia social”, p. 52, disponible en la página web del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), www.ilanud.or.cr/A021.pdf.

⁴⁷⁶ Mismo que hemos comentado en el capítulo anterior.

CAPÍTULO IV.

LOS EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA

Como hemos podido observar en los capítulos anteriores, tanto en España como en Honduras las pruebas de obtención ilícita están condenadas a ser procesalmente ineficaces. Mientras que España la Regla de Exclusión fue reconocida primero por la jurisprudencia constitucional y a continuación se integró al ordenamiento legal, en Honduras el primer reconocimiento fue de rango constitucional y tardó más tiempo en ser legalmente desarrollada. En este sentido, la inclusión de la Regla de Exclusión en las normas de legalidad ordinaria facilita su aplicación práctica, pero es importante ir más allá. El hecho de que en ambos países se le haya dado reconocimiento constitucional ha influido poderosamente, como veremos a continuación, en su desarrollo, tratamiento y consecuencias jurídicas.

Será necesario verificar la aplicación práctica de estas normas por parte de los órganos jurisdiccionales. En España la influencia del derecho norteamericano en este tema es incontestable, ya que además de la Regla de Exclusión también se han adoptado múltiples excepciones a la misma, originalmente desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. En este capítulo exploraremos la repercusión que estas teorías han tenido en España, particularmente en el ámbito del proceso civil, que hasta ahora ha sido relegado por la doctrina a un segundo plano en comparación con el proceso penal. Por otro lado, vamos a corroborar si las doctrinas estadounidenses sobre la exclusión de la prueba ilícita han sido igualmente adoptadas por los tribunales hondureños y, en caso de haberlo sido, cuáles de ellas⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ En otros países europeos también se ha reconocido, si bien con distintos matices, la importancia de privar de eficacia a aquellas pruebas que hayan sido obtenidas ilícitamente. En Italia, el artículo 191 del *Codice di Procedura Penale* establece que “le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”. La inutilizabilidad de dichas pruebas se puede apreciar, incluso de oficio, en cualquier momento del proceso. Se trata de una sanción de índole procesal, que se traduce en una prohibición de admisión, pero también de valoración. Así, el artículo 526 de dicha Ley determina que “il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento”. Por otra parte, la *Corte Costituzionale* ha creado la categoría de la “prueba inconstitucional”, que se refiere a aquella que haya sido obtenida vulnerando derechos fundamentales. Sin embargo, la jurisprudencia sobre el tema no es del todo homogénea. Con relación a la exclusión de las pruebas ilícitas en Italia véase CHIAVARIO, M., “La normativa sobre las pruebas...”, cit., pp. 361-401.

I. LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

A. JUSTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN DE EXCLUSIÓN E INEFICACIA

Hoy en día, la ineficacia de las pruebas ilícitas, obtenidas a través de la vulneración de un derecho fundamental es un tema relativamente pacífico en la doctrina española⁴⁷⁸. Por un lado, la sanción de “inutilizabilidad” está consignada expresamente en el artículo 11.1 LOPJ y, por el otro, la ley regula el procedimiento a través del cual se expulsarán del litigio las pruebas prohibidas (arts. 287 y 433.1 LEC, 786.2 LECRIM, 36.1.b LOTJ)⁴⁷⁹. En consecuencia, está claro que las pruebas ilícitas han de ser

En Alemania encontramos el parágrafo 136 de la Ordenanza Procesal Penal, que contienen una regla de exclusión obligatoria para todas las pruebas que hayan sido obtenidas a través de la tortura. No hay una regulación general expresa con relación al tema de las pruebas ilícitas, sino que más bien se ha puesto límites a la búsqueda de la verdad en el proceso penal a través de la articulación de distintas prohibiciones probatorias. En este sentido, hay prohibiciones tanto de producción como de valoración. Podemos referir, como ejemplo, las prohibiciones relativas a los hechos, (*Beweisthemaverbote*), a los métodos de obtención (*Beweismethodenverbote*) y a los medios de prueba o a la obtención de pruebas a través de determinadas personas (*Beweismittelverbote*). Por otra parte, el Tribunal Constitucional alemán se ha basado también en la aplicación conjunta de distintas teorías para lograr determinar, en cada caso concreto, cuándo una prueba ha de ser excluida. Se acude así a la teoría del ámbito o círculo de derechos, a la doctrina del fin de protección de la norma y a la teoría de la ponderación. Con relación al tratamiento de las pruebas prohibidas en Alemania, sugerimos la lectura de AMBOS, K., “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, cit., pp. 325-360.

⁴⁷⁸ Véase, por ejemplo, GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 39 y ss.; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 19 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 55 y 56; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 66 y ss.; URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 40-43; MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, cit., pp. 102-106; MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit. pp. 238 y 239; GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pp. 126-129; MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil...*, cit., pp. 244-249; ASENSIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 1-55; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 75-89.

⁴⁷⁹ Si bien la gran mayoría de la jurisprudencia y la doctrina está de acuerdo en que deben excluirse las pruebas originadas con la infracción directa de un derecho fundamental, no existe todavía consenso sobre el alcance del efecto reflejo de las pruebas ilícitas, es decir, sobre la exclusión o utilización de las pruebas derivadas. Cómo funciona el efecto reflejo, cuál es su relevancia, hasta dónde llega su alcance y cuáles son las consecuencias prácticas que resultan al modularlo son interrogantes que responderemos a lo largo de este capítulo.

procesalmente ineficaces, lo que resta por determinar es la extensión de ese efecto invalidante.

Como hemos explicado en el Capítulo III, la necesidad de excluir las pruebas ilícitas se deriva de manera implícita del sistema constitucional de derechos fundamentales. De acuerdo con la CE estos derechos son inviolables y, por consiguiente, el Estado no puede permitir que sean infringidos durante la investigación y la recolección de pruebas que se llevan a cabo con motivo de un proceso judicial. Debe alcanzarse un justo balance entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos fundamentales, de manera que las limitaciones que éstos sufran deberán realizarse siempre dentro de un marco legal y constitucional⁴⁸⁰.

Por consiguiente, se deriva de la configuración constitucional del concepto de Estado democrático y de los derechos fundamentales la necesidad de expulsar del proceso aquellas pruebas en cuya obtención se haya infringido alguno de estos derechos. Empero, para aplicar la sanción de ineficacia, será necesario que el órgano judicial reconozca, a través de las vías procesalmente establecidas, que la prueba fue obtenida con vulneración de derechos constitucionales, declarando formalmente su ilicitud. A partir de ese momento, la prueba ilícita se considerará excluida del proceso y será ineficaz. Pero de forma concreta, ¿en qué consiste la ineficacia de la prueba ilícita? ¿Funciona igual que la ineficacia de otros actos procesales? ¿Cuáles son los efectos prácticos de la exclusión procesal de las pruebas prohibidas?

B. CARACTERÍSTICAS DE LA INEFICACIA DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS

Para comenzar, debemos señalar que la ineficacia procesal, considerada de forma general, consiste en la no producción de efectos jurídicos⁴⁸¹. Así, si la finalidad de un medio de prueba es demostrar un hecho controvertido para lograr la convicción del juez, la prueba ilícita sobre la que recaiga la sanción de ineficacia no deberá

⁴⁸⁰ Recordemos en este sentido las palabras del TC en la afamada Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114). También el Tribunal Supremo se ha pronunciado con relación a la sanción de ineficacia de las pruebas ilícitas en el ámbito del proceso civil, por ejemplo en la STS, Sala Primera, 109/2011, de 2 de marzo (RJ\2011\2616).

⁴⁸¹ En este sentido, LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones...*, cit., p. 36.

admitirse ni practicarse en juicio, no integrará el acervo probatorio y, sobre todo, no podrá ser valorada por el tribunal. Por tanto, *la ineficacia de la prueba ilícita consistirá en que dicha prueba no podrá ser utilizada de ninguna forma para fundamentar la sentencia*⁴⁸². No obstante, hay que aclarar que la ineficacia que se deriva de la Regla de Exclusión (art. 11.1 LOPJ) no es una mera prohibición de valoración⁴⁸³. *La ineficacia de la prueba ilícita implica que ésta no puede utilizarse en absoluto, ni de manera directa ni de forma indirecta; es una prohibición integral de uso.*

Para que la prueba ilícita sea realmente ineficaz, deberá expulsarse del proceso lo antes posible⁴⁸⁴. Si se conoce la ilicitud desde el inicio, la prueba debe ser inadmitida (art. 283.3 LEC); pero si la prueba ilícita ya fue admitida por desconocerse su condición, puede y debe excluirse con el fin de evitarse su práctica (art. 287 LEC). No

⁴⁸² Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitas en el proceso civil véase PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 75; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A./ RIFÁ SOLER, J. M./ VALLS GAMBAU, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium/ Atelier, Barcelona 2000, t. II, pp. 1336-1338; ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 116; XIOL RÍOS, J. A. (coord.), *Enjuiciamiento civil...*, cit., vol. II, p. 1975; MARTÍN OSTOS, J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II, pp. 1775 y 1776.

⁴⁸³ ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., *passim*; defiende que la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ no establece una mera prohibición de valoración de las pruebas ilícitas. De acuerdo con el autor, el entender que la ineficacia equivale a una prohibición de valoración implicaría que la prueba ilícita puede permanecer en autos a lo largo del proceso, excluyéndose hasta el final, en el momento de valorar las pruebas para dictar sentencia. Esto conllevaría que, mientras la prueba ilícita pende en el proceso aguardando su exclusión valorativa, las partes podrían realizar actuaciones derivadas de la prueba ilícita (pruebas reflejas). El mayor problema es que al final, al dictar sentencia, se excluiría la prueba ilícita pero se daría valor a las pruebas derivadas, convalidando así el contenido de la prueba ilícita, como lo han hecho tantas veces distintos tribunales al aplicar las teorías de excepción al efecto reflejo. En cambio, si se entiende que la ineficacia establecida en la LOPJ es una prohibición absoluta de uso (no admitir, no practicar y no valorar), la prueba ilícita debe excluirse de forma inmediata y esto aseguraría una ineficacia fuera real y no meramente retórica.

⁴⁸⁴ Además del perjuicio comentado en la nota anterior, ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 42-44, explica otras razones para no entender la ilicitud probatoria como una mera prohibición de valoración y, por tanto, para excluirla del proceso tan pronto se conozca su origen inconstitucional. De acuerdo con el autor: a) Declarar la ilicitud al final del proceso entorpece la economía procesal, porque permite realizar actuaciones derivadas de la prueba ilícita que luego serán anuladas; b) Mantener la prueba ilícita en el proceso da lugar a que las partes adopten estrategias defensivas equivocadas; c) La prueba ilícita puede tener influencia psicológica en el órgano judicial; d) Mantener la prueba ilícita en el proceso da paso a que se hagan juicios paralelos y la opinión colectiva se fundamente en un acto nulo e ineficaz; e) Se da paso a que las partes actúen de mala fe y omitan la denuncia de la ilicitud, incluso que propongan pruebas derivadas de la ilícita; f) Se permite que se vayan aportando pruebas –y realizando investigaciones– derivadas de la ilícita, que posteriormente serán utilizadas para fundamentar la sentencia tras aplicar criterios como los de la conexión de antijuridicidad.

obstante, si la ilicitud se manifestara una vez practicada la prueba y concluido el juicio o la vista, el tribunal debe optar por no valorarla⁴⁸⁵. En todo caso, la exclusión de la prueba ilícita debe hacerse por los cauces legalmente establecidos (según comentamos ampliamente en el Capítulo V). En síntesis, la sanción de ineficacia de las pruebas ilícitas puede lograrse a través de la no admisión, la no práctica o la no valoración de tales pruebas⁴⁸⁶.

Por otro lado, debemos hacer ahora ciertas precisiones sobre los contornos de la ineficacia de la prueba ilícita, según se desprende de la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ.

En primer lugar, la ineficacia de la prueba ilícita se caracteriza porque es plena, esto quiere decir que el acto por el que se obtuvo la prueba vulnerando derechos fundamentales no se puede subsanar ni convalidar⁴⁸⁷. La gravedad de la infracción constitucional impide que la prueba ilícita sea subsanada posteriormente a través de otros medios procesales y tampoco permite que se convalide de manera explícita o implícita⁴⁸⁸. En este sentido, una vez aplicada la sanción de ineficacia, la prueba ilícita

⁴⁸⁵ Se plantea la problemática de que si puede el tribunal excluir la prueba ilícita por su propia cuenta o si debe antes dar audiencia a las partes. En este sentido véase el Capítulo V.

⁴⁸⁶ Entre otros autores, PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, cit., p. 315; ASENSIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., p. 6; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 95-103; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1340.

⁴⁸⁷ Sobre la insubsanabilidad de la prueba ilícita comentan GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 148-150; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 76-79; ASENSIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., p. 29. Es importante distinguir entre la subsanación y la convalidación de los actos procesales inválidos. Por un lado, la *subsanación* requiere que se efectúe una acción de corrección, reparación o enmienda de la irregularidad, es decir que el acto inicialmente defectuoso se adecúa posteriormente a su modelo normativo, desapareciendo así la causa de la ineficacia. En cambio, la *convalidación* implica que un acto inicialmente defectuoso se convierte en un acto válido pese a su irregularidad (sin que se realice ninguna acción concreta para corregir el defecto). En este sentido, la convalidación se logra porque la ley establece unos medios específicos para hacer valer la nulidad, o la ineficacia, que están sujetos a requisitos temporales de actuación. Cuando un acto ya no se puede declarar ineficaz, entonces queda convalidado a pesar de su irregularidad inicial. Así lo explican MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 318-320.

⁴⁸⁸ Con relación a la prohibición de convalidación de la prueba ilícita podemos mencionar dos excepciones. Primero, cuando la parte no alega la ilicitud probatoria en tiempo y forma; por ejemplo,

no pueda utilizarse de ninguna forma para acreditar un hecho. Toda la información derivada de esa actuación probatoria debe tenerse por nula y excluirse del proceso.

En segundo lugar, resulta necesario diferenciar el plano procesal del plano fáctico. La prueba ilícita y los hechos que a través de ella se aducen quedan excluidos, siendo así eliminados del proceso. No obstante, los hechos continúan existiendo en la realidad, en el plano fáctico, por lo cual podrían ser demostrados por otros medios que sean independientes o autónomos de la diligencia ilícita que infringió el derecho fundamental⁴⁸⁹. Esto significa, por un lado, que los hechos pueden demostrarse a través de otras pruebas válidas e independientes que se hayan obtenido, admitido y practicado conforme a los requisitos legales. Por otro lado, cabría repetir (desde el principio y por completo) la diligencia por la cual se obtuvo la prueba ilícita pero, claro está, la segunda vez respetando los requisitos legales y constitucionales. En cuanto a esta última opción, el problema radica en que, dependiendo del hecho, de la naturaleza de la diligencia de obtención de prueba y del momento en que se haya descubierto la ilicitud, hay algunas

cuando ha conocido la ilicitud desde que inició el proceso pero no impugnó la prueba en instancia, sino que hasta interponer el recurso de apelación. En estos casos, los recursos han sido denegados por las Audiencias Provinciales (por ejemplo, la SAP de Madrid, sección 20ª, 531/2012 de 16 de noviembre [JUR 2013\8996] y la SAP de Valencia, sección 8ª, 527/2012 de 8 de noviembre [JUR 2013\60226]) y, siendo así, puede considerarse que la oportunidad de alegar la ilicitud ha prescrito y que la prueba ilícita queda de cierta forma convalidada. La segunda excepción ocurrirá con la sentencia firme ya que al existir cosa juzgada, y por motivos de seguridad jurídica, no podría volver a abrirse el proceso por una alegación de ilicitud probatoria. En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p.170; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 83.

⁴⁸⁹ También en este sentido PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 80 y 81; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 151-154. Señala este último que “la ineficacia de la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales no trasciende al plano fáctico, es decir, que los hechos conocidos no dejan de existir porque se declare inconstitucional la forma de conocerlos. Una cosa es que los hechos descubiertos no sirvan para sustentar una prueba válida y otra cosa distinta afirmar que tales hechos no existieron en la realidad o que son otros distintos”. Como ejemplo, el autor cita la STC 161/1999, de 27 de septiembre, conforme a la cual: “La ilicitud constitucional del acto de investigación ejecutado en fase de instrucción tiene pues una consecuencia jurídica añadida: la exclusión probatoria cuyo alcance se detalla en dichas resoluciones, que son expresión de la doctrina sentada en las SSTC 114/1984, 81/1998 y 49/1999. Pero el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que ‘no fue hallada la droga’ o que la misma ‘no existe, porque no está en autos’. Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías”.

actuaciones que pueden repetirse de manera eficaz, pero existen otras que son irrepetibles⁴⁹⁰.

Una tercera característica de la ineficacia de la prueba ilícita es que tiene un “efecto reflejo” o “efecto dominó” que se extiende a otras pruebas que se deriven de la que fue obtenida vulnerando derechos fundamentales. Sobre este aspecto ahondaremos en el siguiente apartado, pero cabe anticipar que, *a contrario sensu*, la ineficacia no contaminará las pruebas que sean independientes de la ilícita. La dificultad práctica consiste precisamente en identificar cuáles son pruebas derivadas y cuáles son pruebas independientes de la ilícita.

C. DIFERENCIA ENTRE LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y OTRAS FIGURAS AFINES

Ahora bien, es necesario establecer diferencias entre la ineficacia impuesta por la Regla de Exclusión (art. 11.1 LOPJ) y otras categorías similares, particularmente la nulidad de actuaciones que afecta a ciertos actos probatorios viciados (arts. 238 al 243 LOPJ y 225 al 231 LEC)⁴⁹¹. Comprendemos que en algunos casos la doctrina utilice los términos “ineficacia” y “nulidad” para referirse indistintamente a los efectos de la

⁴⁹⁰ Para explicar la diferencia entre ambas situaciones nos remitimos a los ejemplos citados por PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 81. En cuanto a las diligencias probatorias que se pueden volver a procurar (no subsanar), el autor comenta: “Imaginemos un documento obtenido de un Registro Público, por un tercero, infringiéndose el derecho a la intimidad de la persona cuyos datos constan registrados. En este caso, la ilicitud producida en la obtención del documento no impide que el juez, a instancia de parte, si lo estima pertinente y necesario, pueda requerir posteriormente al Registro Público, durante el período probatorio, la aportación de una copia o certificación de los datos que consten en él”. En cambio, continúa el autor, no podría repetirse la obtención de la prueba cuando se trate de unas fotografías o de un vídeo que se hicieron vulnerando el derecho a la intimidad, es decir, en contra de lo previsto por el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Consideramos que la diferencia radica en el hecho de si las condiciones que rodean la fuente de prueba perduran en el tiempo de forma más o menos estable o, en cambio, si se dan en un solo momento concreto –en el que se obtuvo la prueba ilícitamente–. En el primer caso (ejemplo del Registro Público), la prueba se podrá obtener por segunda vez y será útil para demostrar los mismos hechos que la ilícita; en el segundo caso (ejemplo de las fotografías y el vídeo) sería inútil volver a procurar la prueba porque el hecho y las circunstancias que se querían demostrar (como podría ser el encuentro entre ciertas personas o el contenido de una conversación privada) ya han cambiado o no existen más.

⁴⁹¹ Hay que tomar en cuenta que, de acuerdo con la Disposición Final Decimoséptima de la LEC, los artículos 225 al 230 LEC entrarán en vigor cuando se produzca la reforma de la LOPJ, por tanto siguen siendo de aplicación los artículos 238 a 243 LOPJ.

ilicitud probatoria, sobre todo porque las dos categorías conducen como resultado a la ausencia de producción de efectos jurídicos⁴⁹². No obstante, se debe distinguir ambos regímenes, sobre todo en cuanto a su tratamiento procesal, porque no son equivalentes: existen tanto divergencias conceptuales como diferencias en cuanto a la producción y extensión de sus efectos⁴⁹³.

Sin perjuicio de estas distinciones, hay que reconocer en primer lugar que entre la ineficacia de la prueba ilícita y la nulidad probatoria existe una especie de “zona gris”, ya que ambas categorías jurídicas se solapan en algunos aspectos. Muestra de ello es que la nulidad de actuaciones ha sido considerada como un mecanismo auxiliar para excluir la prueba ilícita en aquellos casos cuando resulta extemporáneo expulsarla del proceso mediante el artículo 287 LEC⁴⁹⁴. Y por otro lado, el incidente de ilicitud probatoria del artículo 287 LEC ha sido calificado como uno de “los demás medios” establecidos por la ley procesal para declarar la nulidad de actuaciones (art. 240.1 LOPJ)⁴⁹⁵. Dicho esto hay que preguntarse ¿cuál es la relación entre ineficacia y nulidad? ¿Cuál es la especie y cuál es el género? ¿Quién suple a quién? ¿O simplemente son dos figuras con distinta función y naturaleza?

⁴⁹² Como comentan DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 149, “los artículos 11.1 y 238 de la LOPJ tienen un punto de partida en común: la privación de eficacia jurídica del acto que los contraviene. En el proceso no va a poder desplegar eficacia jurídica el acto de que se trate (...). Se trata de una característica compartida por ambos preceptos en el campo de los efectos procesales”.

⁴⁹³ Resulta pertinente recordar la diferencia, ya referida en el Capítulo II, que existe entre prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (denominada prueba ilícita o prueba prohibida) y la prueba que infringe normas de rango legal ordinario (prueba ilegal). Ésta última es la que debe ventilarse a través del régimen de nulidad de actuaciones, mientras que la primera debe enmarcarse dentro de los artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC. En algunas ocasiones, cuando la prueba tiene un vicio de poca entidad, meramente formal, se le denomina también prueba irregular.

⁴⁹⁴ Particularmente cuando el juez se percata de la ilicitud al momento de dictar sentencia. En este sentido, véase MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 199 y 200; ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio...*, cit., p. 360; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 97 y 98; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II, p. 1340.

⁴⁹⁵ Así lo reconocen LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones...*, cit., p. 181; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 438 y 439; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2008, p. 97.

1. Características de la nulidad de los actos procesales

Para responder estas interrogantes, y habiendo comentado ya en qué consiste la ineficacia de la prueba ilícita, debemos comenzar estableciendo algunos rasgos generales sobre la nulidad de las actuaciones procesales. En primer lugar, hay que aclarar que si bien la nulidad procesal parte de las teorías civilistas sobre la nulidad del negocio jurídico⁴⁹⁶, no es posible equiparar la nulidad en ambos planos, procesal y sustantivo⁴⁹⁷. Erróneamente, en algunos países se ha querido aplicar en el ámbito procesal la teoría sobre la nulidad civil⁴⁹⁸. Hay que tomar en cuenta que los actos procesales tienen una naturaleza diferente porque se desarrollan dentro de un proceso que responde a garantías y principios específicos, jurídicos y técnicos. El proceso es, además, un instrumento para que el justiciable obtenga la efectiva tutela judicial de sus derechos. La nulidad procesal se distingue también porque responde a los principios de subsanabilidad y conservación de los actos (arts. 243LOPJ, 230 y 231 LEC)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ La STS de 14 de marzo de 1983 (RJ 1983\1475) explica las clases de nulidad civil de la siguiente forma: “Entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la *inexistencia* y la *nulidad radical o absoluta*, según que al contrato le falte alguno o algunos de sus elementos esenciales, señalados en el art. 1261 CC o que haya sido celebrado, aun reuniendo esos elementos esenciales, en oposición a las leyes imperativas cuya infracción da lugar a la ineficacia; situaciones jurídicas distintas de aquella otra en que la ineficacia deviene a consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad o falta de capacidad del obrar en uno de los contratantes o falsedad de la causa, casos de la denominada *nulidad relativa o anulabilidad*, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y solo puede ser ejercitada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los arts. 1301 y 1302 del citado Cuerpo legal, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta sala a declarar (...) que los tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos”.

⁴⁹⁷ Sobre la distinción entre nulidad procesal y nulidad civil, véase MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 316; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad...*, cit., pp. 49-52; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones...*, cit., pp. 37-56; VILELA CARBAJAL, K., “La nulidad desde una perspectiva procesal”, en *Revista de Derecho*, vol. 4, 2003, pp. 11-27.

⁴⁹⁸ VILELA CARBAJAL, K., “La nulidad desde una perspectiva procesal”, cit., p. 11.

⁴⁹⁹ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 316 y 320; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad...*, cit., pp. 49-52.

De acuerdo con la doctrina procesalista, la nulidad puede ser de pleno derecho o nulidad simple, dependiendo de la incidencia de factores como la esencialidad del requisito omitido o afectado por el vicio, la indisponibilidad de la norma infringida y los efectos que produzca⁵⁰⁰. Por otro lado, también se puede clasificar la nulidad procesal como objetiva o subjetiva, según el motivo por el cual se haya producido (si el acto es nulo porque infringió cierta norma que así lo establece o si lo es por haber causado indefensión a una parte, respectivamente)⁵⁰¹. Existen además nulidades específicas y nulidades genéricas, dependiendo de si están reguladas en una norma de forma singular (ya sea de manera expresa o tácita) o si encajan en alguno de los supuestos generales de nulidad previstos por la ley (arts. 238.3 y 240.1 LOPJ, 225.3 y 227.1 LEC)⁵⁰². No obstante, la diferenciación entre una u otra clase de nulidad se limita al plano teórico, dado que al ser apreciada la nulidad por el órgano judicial (ya sea plena o simple, objetiva o subjetiva, específica o genérica), sus efectos prácticos serán los mismos⁵⁰³.

Antes de continuar, es importante distinguir varios conceptos y momentos relacionados con la nulidad⁵⁰⁴. En primer lugar, la *invalidez o irregularidad* del acto,

⁵⁰⁰ La nulidad de pleno derecho ocurrirá cuando se omita un requisito esencial del acto procesal, vulnerando una norma de orden público. Esta clase de nulidad provoca la ineficacia *ipso iure*, se puede declarar de oficio o a solicitud de parte y es insubsanable e imprescriptible. Al contrario, la nulidad simple o anulabilidad se produce cuando se infringe un requisito accidental o una norma que sea disponible por las partes. Por ello el acto viciado por nulidad simple producirá efectos mientras el tribunal no lo declare nulo. Esta segunda categoría de nulidad es subsanable, convalidable y precluye si no se solicita su declaración a instancia de parte. Analizan estos aspectos ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones...*, cit., pp. 44-54; VILELA CARBAJAL, K., “La nulidad desde una perspectiva procesal”, cit., pp. 14-17; MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 316.

⁵⁰¹ Véase RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad...*, cit., pp. 80 y 81.

⁵⁰² Así, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 317 y 318.

⁵⁰³ Es quizás por eso que el legislador español no ha reconocido expresamente distintas categorías de nulidad. La ley habla únicamente de nulidad de pleno derecho y nulidad (en general), sin hacer distinción por motivo de la causa o de los efectos, entendiéndose que la consecuencia jurídica en todo caso es la misma. Siguiendo este argumento, un sector de la doctrina aboga decididamente por la supresión de las distintas categorías doctrinales de nulidad procesal. En este sentido, LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones...*, cit., pp. 76-82.

⁵⁰⁴ Sobre esta distinción puede consultarse MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 316 y 317; LOURIDO RICO, A. M., *La*

supone que éste no se adecúa a la norma jurídica. Consiste en la verificación de que existe alguna divergencia entre lo que manda la ley y la forma en que efectivamente fue realizado el acto procesal. En segundo lugar, la *nulidad* supone una calificación jurídica sobre el alcance de la irregularidad y además la sanción que se le aplicará. La nulidad es una herramienta procesal consignada en la Ley para poder aplicar una consecuencia jurídica al acto defectuoso. Esa consecuencia es la *ineficacia*, que tiene su proyección en el plano real, es decir en la práctica, y que como dijimos consiste en privar al acto de sus efectos jurídicos. Así, puede decirse que la nulidad es un instrumento procesal “para convertir en ineficaz un acto inválido”⁵⁰⁵.

Fijemos ahora nuestra atención en los efectos que produce la declaración de nulidad de un acto⁵⁰⁶. Para comenzar hay que tener claro que un acto, a pesar de ser defectuoso, desplegará sus efectos procesales mientras no se haya declarado su nulidad. En la práctica la gran mayoría de los defectos que provocan la nulidad procesal pueden ser denunciados a instancia de parte o apreciados de oficio por el tribunal, lo importante es que antes de declarar la nulidad se dé audiencia a las partes (art. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC). Sin embargo hay que considerar, previo a anular el acto, la posibilidad de aplicar los principios de subsanación y convalidación, de manera que el órgano judicial analizará primero si el vicio se puede subsanar o si ya ha sido convalidado de forma expresa o tácita. En este sentido la Ley establece que se declarará la nulidad “siempre que no proceda la subsanación” (nuevamente, art. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC) y además que el tribunal “cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley” (art. 243.3 LOPJ y 231 LEC).

nulidad de actuaciones..., cit., pp. 29-39; ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones...*, cit., pp. 56-65.

⁵⁰⁵ Acuña esta expresión SANTAMARÍA PASTOR, A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos/ Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1972, p. 170; quien a su vez es citado por LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones...*, cit., p. 38.

⁵⁰⁶ Sobre los efectos prácticos de la nulidad, véase ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones...*, cit., pp. 499-509; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad...*, cit., pp. 87-92.

Si se determina que el acto no puede subsanarse, entonces se procederá a declarar la nulidad por el cauce que corresponda (incidentes específicos o generales, excepciones procesales, recursos contra la resolución viciada, etc.). Deberá tomarse en cuenta que en el ámbito procesal la alegación de nulidad siempre tiene un plazo de preclusión. En todo caso, no será posible suscitar la nulidad una vez que haya sentencia firme⁵⁰⁷.

Declarada judicialmente la nulidad del acto, éste quedará eliminado del proceso como si no hubiera existido. Sin embargo, es necesario delimitar la extensión de dicha ineficacia, conforme al principio de conservación de los actos procesales (arts. 243 LOPJ y 230 LEC). De acuerdo con este principio, se conservarán los actos que fueran independientes de aquel declarado nulo y también aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad (sean dependientes o independientes del acto ineficaz). En este sentido, para que la nulidad se transmita de un acto a otro, no basta con que exista entre ellos una vinculación causal natural, sino que se requiere más bien una dependencia funcional⁵⁰⁸. Además, la nulidad parcial de un acto no implicará la de otras partes del mismo acto que fuesen independientes de la que fue declarada nula.

2. Diferencias entre la ineficacia de la prueba ilícita y la nulidad de los actos procesales

Habiendo analizado las características generales de la ineficacia producida por la Regla de Exclusión y las de la nulidad de los actos procesales, podemos proceder ahora a comparar ambas categorías y su incidencia sobre la actividad probatoria. Hemos de ser

⁵⁰⁷ Únicamente será posible de manera extraordinaria, como por ejemplo con el incidente de nulidad de actuaciones, y aun así la ley establece para ello un plazo de cinco años (arts. 241.1 LOPJ y 228.1 LEC).

⁵⁰⁸ ASENCIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 26 y 33. Explica el autor que para que la nulidad produzca efectos reflejos debe existir una conexión funcional entre el primer acto nulo y el segundo que se anula por derivación. Así, debe haber una relación directa e inmediata entre ambos actos, pero sobre todo la parte tiene que acreditar que se le ha producido un perjuicio real y constante que se extiende de un acto al otro. Entonces, el acto nulo “sí produce efectos [reflejos] respecto de otros actos, ya que la regla es la validez de los independientes y la ineficacia de aquellos que deriven del nulo, siempre que provoquen el mismo daño y no puedan ser subsanados. El criterio, pues, aplicable no es el de una mera dependencia natural o fáctica, sino funcional, que atiende, pues, a la realidad y constancia del perjuicio producido”.

conscientes de que la nulidad puede afectar a una gran variedad de actos procesales, ya sea que estén relacionados con la prueba o que sean completamente ajenos a ella (actos de comunicación, postulación procesal, resoluciones del tribunal, etc.). En cambio, cuando hablamos de aplicar la Regla de Exclusión, siempre nos estamos refiriendo a la prueba, particularmente a la forma en que fue obtenida.

Existen opiniones diversas sobre la forma en que se interrelacionan la nulidad probatoria y la Regla de Exclusión. Por un lado, un sector mayoritario de la doctrina española ha indicado que son dos regímenes diferentes, o bien dos formas paralelas de tratamiento procesal⁵⁰⁹. No obstante, también se han identificado ciertos puntos de encuentro entre ellas, de manera que las diferencias usualmente reconocidas entre una y otra categoría no siempre pueden entenderse de forma absoluta, sino que pueden y deben matizarse en la práctica⁵¹⁰.

En otras palabras podemos decir, por un lado, que la nulidad de actuaciones y la ineficacia de la prueba ilícita cuentan cada una con sus características propias, pero que, por otro lado, existe una especie de zona gris en la que comparten ciertas propiedades. En esta zona gris la nulidad de actuaciones puede ser una forma de excluir la prueba ilícita y el incidente de ilicitud probatoria puede ser un tipo de nulidad específica, cómo veremos más adelante.

Al analizar la nulidad de actuaciones y la ineficacia de la prueba ilícita, cobran relevancia una serie de elementos comparativos.

- a) Primero debemos diferenciar ambos regímenes de tratamiento procesal con base en *las normas que los regulan*. La nulidad de actuaciones está comprendida en los artículos 238 al 243 LOPJ y 225 al 231 LEC. La exclusión e ineficacia de la prueba ilícita, en cambio, está regulada en los artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC (además, en los artículos 283, 433 y 446 LEC). En cuanto a este primer elemento, observamos que los regímenes son

⁵⁰⁹ DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 134-157; así como MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 51-53; ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 1-55.

⁵¹⁰ Véase MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 77-87.

diferentes y que cada uno cuenta con su propia regulación procesal. Claramente el legislador ha buscado separar la prueba ilícita de los actos procesales genéricamente nulos; se considera que la exclusión de la prueba ilícita necesita un tratamiento procesal específico.

- b) El motivo de esa distinción nos lleva al segundo elemento comparativo, que es *la gravedad de la infracción que provoca la ineficacia y los intereses jurídicos protegidos*. Como ya hemos indicado, tanto la declaración de nulidad como la exclusión de la prueba ilícita tienen como consecuencia práctica la ineficacia procesal de un acto. Sin embargo, el motivo o causa de invalidez es diferente en ambos casos. Para que se produzca la exclusión de la prueba ilícita es necesario que se vulnere un derecho fundamental en la obtención de la prueba. Esta vulneración usualmente se refiere a las garantías procesales que deben respetarse cuando se limita un derecho fundamental, por consiguiente el interés protegido es de rango constitucional: la inviolabilidad y el respeto a los derechos de los demás, que es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

De diferente forma, cuando se declara la nulidad procesal de un acto, la causa es usualmente la infracción de normas de legalidad ordinaria, que suelen referirse a formalidades procesales de cierta trascendencia⁵¹¹. En este

⁵¹¹ No obstante, en algunas ocasiones la nulidad de actuaciones también puede basarse en la lesión de derechos constitucionales, como por ejemplo la prohibición de indefensión del artículo 24.2 CE (arts. 238.3 LOPJ y 225.3 LEC). Sin embargo, la afectación de derechos fundamentales que puede producir la nulidad es diferente a los supuestos que producen la ilicitud probatoria, que se refieren específicamente a la infracción de derechos fundamentales durante la obtención de la prueba. ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 33 y 34; lo explica de la siguiente forma: “Que ciertos códigos procesales, por una cierta inercia, establezcan causas de nulidad cuando los actos han vulnerado derechos fundamentales, debe, en todo caso, ceñirse a los que estrictamente pueden serlo al margen de la ilicitud probatoria (...). Que la nulidad propia de la prueba ilícita derive indirectamente del derecho a un proceso con todas las garantías y más en concreto de la producción de indefensión (...), no significa tampoco que toda infracción al mismo pueda ser considerada como prueba ilícita, puesto que ésta se reconduce a las infracciones constitucionales materiales, que no procesales, cometidas al momento de obtener la fuente, no a la práctica del miedo o en las condiciones de acceso e intervención en el proceso de las partes. Que toda prueba ilícita, además, suponga infracción del contenido esencial de derechos materiales no significa que se equiparen esta categoría y la nulidad y que aquella haya en todo caso de ser denunciada y declarada mediante las estrictas vías de la nulidad”.

caso el interés protegido al anular el acto es la protección del principio de legalidad procesal y de otros principios afines como el de seguridad jurídica, el de proporcionalidad y el de economía procesal⁵¹². Si bien todos estos son fines socialmente relevantes, no cuentan con el carácter fundamental e inviolable de los derechos vulnerados al obtener pruebas de manera ilícita. Por eso se justifica que el legislador haya dado una regulación específica y una sanción particular de ineficacia a las pruebas ilícitas.

- c) El tercer elemento comparativo es *el objeto de la ineficacia* contemplado en cada régimen. Por un lado, cuando hablamos de la Regla de Exclusión de las pruebas ilícitas, el objeto afectado por la ineficacia es más reducido, ya que consiste específicamente en aquellas pruebas que hayan sido obtenidas a través de la vulneración de derechos fundamentales. En cambio, la nulidad de actuaciones tiene un objeto mucho más amplio y abarca un abanico de actos procesales que pueden ser probatorios (relacionados con la obtención, admisión, práctica o valoración de la prueba) o de índole completamente distinta (actos de comunicación, resoluciones interlocutorias, cuestiones de jurisdicción o competencia, postulación procesal, participación del Secretario judicial, presupuestos procesales, imparcialidad judicial, etc.).

- d) El siguiente factor a comparar es *el carácter intra o extra procesal de la vulneración invalidante*. Se ha considerado que el régimen de ineficacia de la prueba ilícita se aplica a actuaciones realizadas de manera extraprocésal, relativas a la obtención de fuentes de prueba; en cambio la nulidad aplicaría a actuaciones realizadas dentro del proceso⁵¹³. Esta afirmación es certera, sin

⁵¹² En este sentido, ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones...*, cit., pp. 69-75. Por otro lado, LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones...*, cit., pp. 47-64, considera que la nulidad de actuaciones tiene como objetivo o fundamento el propugnar la justicia de la resolución del proceso y la protección de la seguridad jurídica.

⁵¹³ DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 142. Indican los autores que “la garantía constitucional de la exclusión de la prueba ilícita extiende su juego no sólo al proceso en marcha, ámbito en el que juega exclusivamente el artículo 238 [LOPJ], artículo 225 LEC, sino que también alcanza a la realidad material, extraprocésal...”.

embargo admite ciertas matizaciones. Pueden darse casos en los que la prueba ilícita se obtenga una vez iniciado el proceso (por ejemplo, cuando hay un hecho nuevo o de nueva noticia o cuando una prueba se practica como diligencia final), o en los que la nulidad se remonte a una causa extraprocesal (por ejemplo, si el juez o alguna de las partes fue amenazada antes de iniciar el proceso y ha actuado bajo violencia o intimidación). Quizás estos últimos sean supuestos menos frecuentes, pero no dejan de ser posibles.

- e) Otro elemento comparativo es *la indefensión como presupuesto de la ineficacia*. Algunos autores han dicho que la nulidad de actuaciones requiere que se haya producido la efectiva indefensión de la parte mientras que la exclusión de la prueba ilícita no depende de la producción de indefensión⁵¹⁴. Debemos matizar esta afirmación ya que algunas nulidades van aperajadas con la indefensión, pero puede haber otras no requieran que se haya causado indefensión a la parte (por ejemplo cuando la nulidad se base en que el acto carece de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, en la falta de competencia del órgano jurisdiccional, en la existencia de intimidación o en la ausencia del secretario judicial). Igualmente, hay casos en los que la ilicitud va acompañada de indefensión procesal (por ejemplo, en los procesos penales, cuando se somete al imputado a alguna diligencia de investigación o un interrogatorio y se le impide que esté presente su defensor). Por otro lado, cierto sector de la doctrina ha sostenido que para que se declare la nulidad de la prueba lo que hace falta es, no estrictamente la producción de indefensión, sino que la parte demuestre que se le ha causado un perjuicio concreto (que bien puede ser, entre otras cosas, la producción de indefensión)⁵¹⁵. En el caso de la ilicitud probatoria, en cambio, es posible excluir la prueba sin necesidad de alegar o demostrar que se ha causado ya un perjuicio efectivo a

⁵¹⁴ Por ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 52. También DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 143-148.

⁵¹⁵ ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 26 y 33.

la parte. Al contrario, se procura excluir la prueba ilícita antes de que provoque cualquier clase de efecto perjudicial en el proceso⁵¹⁶.

- f) Un sexto factor a comparar es *la posibilidad de subsanar el vicio invalidante*. Cuando la prueba es ilícita porque se obtuvo con vulneración de derechos fundamentales, será imposible subsanar la diligencia inconstitucional; por tanto, una vez infringido el derecho fundamental, la prueba está condenada a ser excluida. Cosa distinta es ésta se pueda volver a obtener, en cuyo caso estaríamos hablando de una diligencia de obtención diferente, pero no de subsanar la primera diligencia viciada. En cambio, cuando se detecta que una prueba es anulable, la ley indica que se ha de considerar la posibilidad de subsanarla antes de proceder a declarar la nulidad (arts. 240.2 y 243.3 y 4 LOPJ, así como 227.2 y 231 LEC). Por tanto, para la prueba nula rige el principio de subsanabilidad de las actuaciones, que no es aplicable a las pruebas ilícitas.
- g) Finalmente, un último elemento para diferenciar entre la ineficacia de la ilicitud probatoria y la de la nulidad de actuaciones es *el alcance expansivo de la ineficacia*, según se haya producido como consecuencia de una actuación nula o de una prueba ilícita. Como bien sabemos, la ineficacia dictada por el artículo 11.1 LOPJ se extiende a las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando un derecho o libertad fundamental. La ineficacia de las pruebas ilícitas se caracteriza por su efecto reflejo o efecto dominó, gracias al cual la ilicitud y su correspondiente sanción de ineficacia se extienden a las pruebas que se hayan obtenido como consecuencia de la diligencia ilícita. El efecto contaminante de la prueba ilícita –en su concepción original– es más potente que el de las pruebas nulas. Esto se debe a que la ineficacia derivada de la nulidad de actuaciones debe

⁵¹⁶ Cuando en instancia se cuestiona la ilicitud de una prueba y se debate por medio del incidente del artículo 287 LEC, no se requiere que la parte demuestre haber sufrido indefensión. Sin embargo, cuando se trata de recursos de apelación, casación, o del recurso extraordinario por infracción procesal, es posible que el tribunal de alzada evalúe la posible producción de indefensión y si no, al menos, se suele tomar en cuenta la relevancia de la prueba ilícita y su incidencia en el fallo.

emparejarse con la aplicación del principio de conservación de los actos procesales (arts. 243.1 y 2 LOPJ, 230 LEC), de manera que “la nulidad de un acto procesal no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”. *Contrario sensu*, entendemos que cuando un acto se derive directamente del acto nulo o cuando su contenido esté vinculado funcionalmente al del acto nulo, también se dará el efecto expansivo y la ineficacia se transmitirá del acto nulo al otro acto dependiente.

Nos movemos nuevamente dentro de la zona gris, dado que la prueba nula también puede contagiar su ineficacia a otras pruebas derivadas o dependientes de ella. En este sentido, no sería correcto sostener que la prueba ilícita transmite su ineficacia pero que la prueba nula no. Por otro lado, hay casos en los que la prueba ilícita no logra el efecto reflejo debido. Nos referimos con ello a la aplicación jurisprudencial de teorías como la de la desconexión de antijuridicidad que, en la práctica, terminan neutralizando el efecto reflejo que deberían (teóricamente) tener las pruebas ilícitas, según establece el artículo 11.1 LOPJ. En todo caso, la prueba ilícita y la prueba nula se asemejan en el sentido que la eficacia no se extenderá a los actos que sean independientes (que no se deriven) de la infracción invalidante. La complicación radica en definir, en cada caso concreto, cuáles son los actos derivados y cuáles son independientes.

- h) El alcance expansivo de la ineficacia nos lleva a analizar también *el tratamiento de la información obtenida colateralmente gracias al acto ineficaz*. Cuando se excluye una prueba ilícita del proceso, se dice que todos los hechos, datos o información que se conocieron gracias a la diligencia ilícita deben excluirse también del proceso. Teóricamente, los conocimientos que sean fruto de la ilicitud no pueden tomarse en cuenta debido al efecto reflejo (teoría de los frutos del árbol envenenado). En cambio, cuando se anula una actuación, el contenido de dicha actuación puede “rescatarse” y ser introducido al proceso mediante otras diligencias legales y válidas, es decir,

se podría demostrar a través de otros medios de prueba legalmente aportados y practicados.

Al igual que en el elemento anterior, encontramos aquí la dificultad de delimitar cuáles son los conocimientos que, por ser obtenidos a través de una diligencia ilícita, deben excluirse del proceso. Es decir, hace veinte años los tribunales españoles habrían excluido todo conocimiento derivado de la prueba ilícita, pero en la actualidad sería posible aplicar alguna excepción, como la de la confesión voluntaria, para rescatar información que originalmente fue obtenida de manera ilícita. Ya no queda claro qué debe excluirse y qué puede convalidarse a través de alguna excepción jurisprudencial al efecto reflejo del artículo 11.1 LOPJ.

3. La interacción entre las categorías de ilicitud y nulidad probatoria

Pese a las diferencias que hemos señalado entre estas dos categorías, es justo también referir los puntos que tienen en común. La principal similitud es que, tanto la ilicitud como la nulidad, tienen como consecuencia la ineficacia procesal de la prueba viciada. Así, una vez que el órgano judicial reconoce formalmente la condición invalidante (vulneración de un derecho fundamental en la obtención de la fuente o una causa legal de nulidad), la prueba deja de tener efecto. Existen también otras semejanzas en cuanto al tratamiento procesal de la ilicitud y la nulidad, por ejemplo que ambas pueden ser suscitadas a instancia de parte o de oficio, que para su declaración debe darse audiencia a las partes y que sus efectos reflejos (que pueden ser más o menos intensos) no se extienden a las pruebas independientes.

En este sentido podemos observar, por un lado, que el fundamento y el objeto de la ilicitud y de la nulidad son diferentes, pero por otro lado, que ambas categorías guardan ciertas similitudes en cuanto a su tratamiento y efecto procesal. Es por ello posiblemente que en algunos casos se ha propuesto acudir a la nulidad de actuaciones para excluir pruebas ilícitas. Sin embargo, a partir de la LEC de 2000, las pruebas ilícitas deben excluirse en el proceso civil a través del incidente regulado en el artículo 287 LEC, en concordancia con el artículo 11.1 LOPJ. No obstante, en alguna ocasión la nulidad de actuaciones podría aplicarse como cauce subsidiario para lograr el efecto de

ineficacia que ordena el artículo 11.1 LOPJ, concretamente en aquellos casos en que ya no proceda aplicar el artículo 287 LEC. Esto sucede, por ejemplo, cuando el juez se percata de la ilicitud de la prueba al momento de dictar sentencia, o si existiendo una sentencia firme se llega a conocer una grave vulneración de derechos fundamentales que pudiera motivar un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

A pesar de todo ello, no podemos olvidar que el legislador ha tenido a bien establecer un régimen de tratamiento y efectos específico para la ilicitud probatoria, dado que esta materia afecta el campo de los derechos fundamentales. En este sentido, la ilicitud de la prueba tiene un tratamiento procesal más inmediato porque su exclusión no requiere demostrar que se ha causado ya un perjuicio efectivo a la parte. Además, la ilicitud tiene un efecto reflejo más potente en cuanto está destinada a abarcar también todas las pruebas derivadas, sin que deba aplicarse el principio de subsanabilidad ni el de conservación de los actos procesales; principios que están reservados para la nulidad de actuaciones. Entonces, a pesar de la similitud entre ambas categorías, hay que distinguirlas porque la forma en que se realiza su declaración y los efectos que producen no son iguales. Para procurar una mayor precisión conceptual y terminológica, sigue siendo conveniente distinguir entre uno y otro régimen de ineficacia procesal, el de la nulidad de actuaciones (que es genérico) y el de la exclusión de pruebas ilícitas (más específico)⁵¹⁷.

II. LA TEORÍA DEL EFECTO REFLEJO O LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Se ha dicho que el ordenamiento jurídico contempla la ineficacia de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas a través de la vulneración de derechos o libertades fundamentales. Ahora bien, debemos agregar que la Regla de Exclusión enunciada en el artículo 11.1 LOPJ requiere además que se expulsen del proceso las pruebas que “indirectamente” hayan infringido tales garantías. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia española ha considerado que este artículo se refiere al denominado *efecto reflejo* o *efecto dominó* de las pruebas ilícitas, también conocido como la *teoría de los*

⁵¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., p. 95.

*frutos del árbol envenenado*⁵¹⁸. En este sentido, pocos años después de que entrara en vigor la LOPJ, el TS ya indicaba que:

“Al respecto, y dentro de la constitucionalidad de la prueba, puede decirse: a) que las obtenidas ilícitamente son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1986); b) que no surtirán efecto las pruebas logradas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (artículos 238 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y c) que la doctrina de ‘los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida’ o de lo que se ha denominado ‘frutos del árbol envenenado’ ha de ser entendida en sus términos más exactos y justos cuando de nulidad absoluta se trate...” (STS, Sala Segunda, de 7 de abril de 1992 [RJ 1992\2864]).

¿Pero a qué se refiere el TS cuando habla del efecto reflejo de las pruebas ilícitas? En realidad el efecto reflejo viene a ser la prolongación de la ineficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, que se extiende a aquellas otras pruebas que, aun siendo lícitas en sí mismas, se derivan de la prueba originalmente ilícita. Dicho de otra manera, la inconstitucionalidad de una prueba prohibida contamina (o se refleja en) las otras pruebas que de ella se deriven. El Tribunal Supremo lo explica de la siguiente forma:

“Como ha señalado esta Sala en las sentencias de 17 de febrero de 1999, núm. 290/1999, y 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras, la prohibición de la prueba constitucionalmente

⁵¹⁸ En general, los autores españoles están de acuerdo en que el artículo 11.1 LOPJ incorpora la teoría del efecto reflejo de la prueba ilícita (o teoría de los frutos del árbol envenenado). Así, por ejemplo MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 113-117; GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 115-120; URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 54 y 55; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 70-74; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 154-176; ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit., pp. 47-50. No obstante, algunos autores han interpretado que el adverbio “indirectamente” no se refiere a los efectos reflejos de la prueba ilícita. Siguiendo esta postura minoritaria encontramos a PICÓ I JUNOY, para quien la vulneración “directa” de los derechos fundamentales es la que se produce cuando se lesiona un *derecho fundamental sustantivo* durante la obtención de la prueba. En cambio, la vulneración “indirecta” se lleva a cabo cuando esa prueba se incorpora al proceso, vulnerando de forma diferida los *derechos fundamentales procesales* de la parte procesal, concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la igualdad procesal. Lo “directo” o “indirecto” no se referiría entonces a la prueba directa y la prueba derivada, sino a la vulneración inmediata producida al obtener la prueba, y a la vulneración mediata causada por esa misma prueba al ser introducida en el proceso. Véase PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 67-71. En sentido similar, PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 359-362.

ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (...). La prohibición abarca la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental y también aquellas otras que, habiéndose obtenido legalmente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan ‘indirectamente’ de dicha vulneración” (STS, Sala Segunda, 1451/2003, de 26 de noviembre [RJ 2003\9491]).

Para ilustrar esta teoría, acudamos a un ejemplo práctico. Consideremos que se realiza un registro que no está judicialmente autorizado y la policía encuentra un arma y ciertas muestras de ADN. Estos objetos serían pruebas ilícitas porque se obtuvieron al vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Al mismo tiempo serían pruebas primarias o directas porque se derivan de forma inmediata de la vulneración del derecho fundamental. Continuando con el ejemplo, pensemos que semanas después se interroga a los agentes que realizaron el registro y, finalmente, el acusado confiesa haber cometido el delito. Las declaraciones de la policía y la confesión serían pruebas secundarias o derivadas. Éstas fueron obtenidas de manera lícita y no vulneran directamente ningún derecho fundamental, no obstante se derivan de la diligencia ilícita y además se puede alegar que, de no haber existido la prueba ilícita originaria, dichas pruebas secundarias tampoco habrían existido.

Pensemos en otro caso. La policía realiza una intervención telefónica basada en un auto que no está debidamente motivado. Gracias a esta diligencia se descubre que cierta persona hará una entrega de narcóticos en un lugar y momento determinado. Así, la policía logra detener al sujeto en cuestión y le decomisa una cantidad importante de droga.

Vemos en estos ejemplos como una sola diligencia inconstitucional puede producir varias pruebas que se suceden causal y temporalmente, es decir, que unas se van derivando de otras. En el segundo supuesto existe una cadena específica de pruebas: gracias a la intervención telefónica se producen unas grabaciones y transcripciones, éstas permiten realizar la detención del imputado y el decomiso de la droga. Podemos añadir que después se produce la declaración testifical de los policías y la confesión del

imputado. La diligencia original en la que se vulnera el derecho fundamental (en este caso la intervención que infringe el derecho al secreto de las comunicaciones) es como un árbol envenenado, que a la vez produce frutos envenenados. Estos frutos son las pruebas que se van obteniendo como consecuencia de la intervención ilícita original⁵¹⁹.

En el ejemplo anterior, puede apreciarse que la detención, la incautación de la droga, la declaración testifical y la confesión son, en sí mismas consideradas, lícitas, porque no vulneran de forma directa un derecho fundamental. Sin embargo, como se derivan de la intervención telefónica inconstitucional, entonces sí que vulneran *indirectamente* el derecho al secreto de las comunicaciones. Debido a esa vulneración indirecta, la ilicitud contamina las pruebas derivadas y, por tanto, dichas pruebas también estarán sancionadas con la ineficacia del artículo 11.1 LOPJ.

En la jurisdicción civil, al igual que en lo penal, surgen pruebas que pueden ser fruto de una actuación ilícita. Consideremos un caso en que demandante y demandado son un matrimonio. El esposo realiza una llamada desde el teléfono fijo del comedor y su mujer escucha la conversación por otro teléfono –de la misma línea– que está ubicado en la habitación. Gracias a esa llamada ella se entera de que la información que busca está en los correos electrónicos que su marido ha estado intercambiando con un socio. Esa noche, mientras el marido duerme, ella accede a los correos a través del ordenador portátil del esposo. Además de presentar los correos en juicio como prueba, también pide que se cite al socio del marido para que sea interrogado en calidad de testigo.

En este ejemplo, la escucha de la conversación privada está infringiendo el derecho a la intimidad. Como consecuencia se tiene conocimiento de los emails, a los cuales también se accede de manera ilícita, vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones. Posteriormente, como prueba derivada, se toma la declaración del

⁵¹⁹ Entendemos que la metáfora de los frutos del árbol envenenado es de origen bíblico. En los Evangelios de San Mateo y San Lucas se hacen varias referencias al árbol emponzoñado que da frutos malos, indicándose que éstos últimos deben ser destruidos y el árbol se tiene que cortar de raíz y echar al fuego. Así, la prueba ilícita también es expulsada del proceso, es absolutamente nula e inutilizable, y también sus “frutos” deben ser eliminados. Entre otros versículos, podemos destacar la parábola de Mt. 7, 17-19, donde se expresa que: “...un árbol sano da frutos buenos, mientras que el árbol malo produce frutos malos. Un árbol bueno no puede dar frutos malos, como tampoco un árbol malo puede producir frutos buenos. *Todo árbol que no da buenos frutos se corta y se echa al fuego*” (la cursiva es nuestra).

testigo durante el juicio. Esta última prueba es lícita en sí misma, pero deriva de otras actuaciones que lesionaron los derechos fundamentales de la contraparte; es, por tanto, fruto del árbol envenenado.

La exclusión de las pruebas derivadas o secundarias tiene también una justificación constitucional. En este sentido, excluir únicamente la prueba ilícita primaria y, en cambio, valorar las demás pruebas que de ella se deriven equivaldría a subsanar la vulneración del derecho fundamental. Permitir que se utilicen las pruebas derivadas daría paso a la admisión y valoración indirecta de los resultados de la prueba ilícita y, por tanto, la sanción de ineficacia sería meramente ilusoria. Si los agentes de la policía –o en el proceso civil las partes– supieran que se excluye la prueba directa pero se valora la indirecta, entonces les daría igual vulnerar los derechos fundamentales porque sabrían que al final, de una u otra forma, la información obtenida de manera ilícita sería valorada por el juez, a través de medios secundarios o indirectos. No habría, por tanto, ningún efecto disuasorio que protegiera la integridad de los derechos fundamentales⁵²⁰. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo expresa de la siguiente forma:

“La justificación de este denominado ‘efecto dominó’ (SSTS de 15 de diciembre de 1994, 19 de junio de 1999, núm. 457/1999, 31 de enero de 2000, núm. 65/2000, 29 de diciembre de 2000, núm. 1850/2000, 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia de este ‘efecto dominó’, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (STS 6 de octubre de 1999, núm. 1380/1999). Como ya han señalado, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 448/97 de 4 de marzo, núm. 472/97, de 14 de abril, núm. 974/1997, de 4 de julio, núm. 290/1999, de 17 de febrero, núm. 369/1999 de 13 de marzo y núm. 1203/2002, de 18 de julio, prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso” (STS, Sala Segunda, 1451/2003, de 26 de noviembre [RJ 2003\9491]).

⁵²⁰ Nos referimos al *deterrent effect* del que habla la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien en su momento reconoció que el propósito de la Regla de Exclusión “es disuadir –imponer respeto hacia la garantía constitucional de la única manera efectiva posible– al eliminar el incentivo para despreciarla”; en *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

En consecuencia, la exclusión de la prueba derivada o secundaria es necesaria porque solo así se logra realmente la ineficacia de las pruebas ilícitas, ineficacia que se exige como mecanismo de protección del sistema constitucional de derechos fundamentales, según explicamos en el Capítulo III.

A. ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

La doctrina de los frutos del árbol envenenado fue creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Pocos años después de haber formulado la Regla de Exclusión en el caso *Weeks v. United States*⁵²¹, se reconoció el efecto expansivo de la ineficacia de la prueba ilícita. Así, en *Silverthorne Lumber Co. v. United States*⁵²², la Corte estableció que:

“La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de pruebas en una cierta forma no es solamente que las pruebas así adquiridas no sean utilizadas ante un tribunal, sino que no sean utilizadas en absoluto. Por supuesto que esto no significa que los hechos así conocidos sean sagrados o inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se logra a través de una fuente independiente entonces podrán ser probados como cualquier otro hecho, pero el conocimiento adquirido gracias a la vulneración provocada por el gobierno no podrá ser utilizado en la forma propuesta”.

Lo que nos dice esta sentencia es que el objetivo que se busca al prohibir la utilización de pruebas ilícitas no se puede lograr si se permite a los tribunales valorar las pruebas derivadas de la ilícita. Las pruebas obtenidas a través de la vulneración de derechos constitucionales no pueden ser usadas “en absoluto”, es decir que no se deben valorar de forma directa ni indirecta. Solamente se podrán incorporar al proceso aquellas pruebas obtenidas de manera independiente, es decir que sean autónomas y no se deriven de la fuente ilícita.

La denominación concreta de “fruto del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree*) fue acuñada posteriormente en la sentencia de *Nardone v. United States*⁵²³, que analiza más a fondo esta teoría. En este caso, el Sr. Nardone había sido

⁵²¹ 232 U.S. 383 (1914).

⁵²² 251 U.S. 385 (1920).

acusado y condenado por el contrabando de bebidas alcohólicas. Durante la investigación se había vulnerado el derecho a la intimidad (*privacy*), recogido en la IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, ya que los oficiales habían intervenido las comunicaciones del acusado sin contar con una orden judicial válida. Como prueba directa figuraban las grabaciones y transcripciones de las conversaciones intervenidas y como prueba indirecta las declaraciones que realizaron los agentes sobre dichas intervenciones. La Corte estimó el recurso de amparo y determinó que también las pruebas derivadas debían ser excluidas.

En esta sentencia se estableció, con relación a las pruebas ilícitas, que “prohibir el uso directo de tales métodos sin poner freno a su uso indirecto sería incentivar el uso de métodos inconsistentes con los estándares éticos y destructivos para las libertades personales”. De acuerdo con la Corte Suprema, cuando existe una conexión causal entre las pruebas, de forma que una de ellas es fruto del árbol envenenado, entonces deberán ser excluidas. Sin embargo, podrá valorarse aquellas otras pruebas que tengan un origen diferente, es decir, que no estén vinculadas a la vulneración del derecho fundamental.

B. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA

Ya desde principios de la década de los 90, la Sala Segunda del Tribunal Supremo hacía alusión a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. La aplicación de esta teoría llevaba al Tribunal a diferenciar las pruebas que se derivaban de la ilícitamente obtenida, que debían ser excluidas, de aquellas otras pruebas que por ser autónomas podían ser valoradas⁵²⁴. Se refleja claramente la incorporación de estas doctrinas a la jurisprudencia del TC en la STC 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994\85)⁵²⁵. En este paradigmático caso se recurría en amparo la vulneración del

⁵²³ 308 U.S. 338 (1939). El ponente de esta resolución fue el Magistrado Frankfurter, a quien se le atribuye la denominación de la doctrina del “fruto del árbol envenenado”.

⁵²⁴ Por ejemplo, las SSTS, Sala Segunda, de 24 de febrero de 1990 (RJ 1990\161); de 1 de julio de 1991 (RJ 1991\5480); y de 7 de abril de 1992 (RJ 1992\2864).

⁵²⁵ Varios autores destacan la importancia que tuvo este caso para desarrollar en España la aplicación de teoría de los frutos del árbol envenenado. Entre ellos, GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 118-120; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Ed.

derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE), del derecho a la presunción de inocencia y del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). La sentencia resume los hechos de la siguiente forma:

“En el caso de autos, las escuchas telefónicas practicadas fueron un medio para saber que la niña M.J.P. iba a trasladarse desde su domicilio al de los recurrentes al objeto de recoger ‘algo’, y para que la policía llegase a la conclusión de que se trataba de droga (...). Se montó el correspondiente servicio de vigilancia mediante el cual pudo observarse cómo la citada menor salía de su domicilio y llegaba al de los recurrentes, abandonándolo pocos minutos después de regreso a su casa, momento en el que fue detenida cuando llevaba en su bolsillo un envoltorio de plástico con una sustancia que (...) posteriormente analizada, resultó ser heroína...”.

Las escuchas que permitieron obtener las pruebas inculpatorias estaban viciadas por diferentes motivos. Por un lado, fueron ordenadas a través de una providencia y no de un auto y, por otro lado, no se autorizó su prolongación ni se controló judicialmente su ejecución. La intervención de las comunicaciones telefónicas tampoco había respetado los parámetros establecidos por la jurisprudencia del TEDH con relación a la proporcionalidad que deben guardar las diligencias de investigación que limitan los derechos fundamentales (sentencia del caso *Klass y otros*, de 6 de septiembre de 1978 [TEDH 1978\1] y sentencia del caso *Malone*, de 2 de agosto de 1984 [TEDH 1984\1])⁵²⁶.

En este caso existían varias pruebas. Se contaba con las grabaciones y las transcripciones de las conversaciones telefónicas (prueba ilícita directa o primaria), así como con la droga que fue obtenida al detener a la menor (pruebas derivadas o secundarias). Al analizar la posibilidad de valorar estas pruebas, el Tribunal concluyó que:

Aranzadi, Pamplona 2014, pp. 51-77; ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M., *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción Jurisprudencia práctica comparada con EEUU*, Ed. Ley 57, Málaga 2013, pp. 31-39; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 119 y 120.

⁵²⁶ Con relación a la doctrina del TEDH, la STC 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994\85), nos recuerda que “la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal” y como tal “ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (...), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su relación de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones”.

“La ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando ‘algo’ desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia, ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de los recurrentes”.

Si bien es cierto que la sentencia no hace referencia expresa a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la fundamentación jurídica del TC nos permite apreciar que, efectivamente, aplica dicha teoría dado que expulsa del proceso tanto las pruebas ilícitas directas como las pruebas derivadas. La sentencia establece que las pruebas indiciarias que permitieron condenar a los recurrentes (detención y ocupación de la droga) no se habrían podido obtener si no fuera porque se realizaron anteriormente las escuchas telefónicas. Se reconoce que existe una “derivación inmediata”, es decir, una relación causal directa que une las pruebas primarias con las secundarias. Así, la ineficacia de la prueba ilícita se refleja en las pruebas derivadas y, al anularse todas estas pruebas, concluye el TC que no hubo actividad probatoria suficiente que permitiera condenar a los acusados. Por ello se estimó el recurso de amparo, se reconoció la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y de la presunción de inocencia, se excluyeron las pruebas impugnadas y se anularon las sentencias recurridas.

III. EXCEPCIONES A LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Después de su creación, la teoría de los frutos del árbol envenenado (o teoría del efecto reflejo) continuó siendo aplicada por los tribunales españoles, que no tardaron en darse cuenta de que la exclusión de las pruebas ilícitas directas y derivadas llevaba en muchos casos a la absolución de acusados que, de no ser por estas teorías, habrían sido condenados. Esta situación generó una reflexión en torno a la impunidad que se generaba al aplicar rígidamente la Regla de Exclusión y la teoría del efecto reflejo.

Como respuesta a ello, el TC y el TS comenzaron a desarrollar una serie de “excepciones” que permitirían retener y valorar las pruebas ilícitas derivadas, sin excluirlas del proceso, siempre y cuando se cumplieran determinadas circunstancias. Estas excepciones permiten desvincular, a través de argumentaciones jurídicas, una prueba secundaria o indirecta de la vulneración original del derecho fundamental. Se trata de teorías que ya habían sido desarrolladas, décadas antes, por la Corte Suprema de los Estados Unidos, también con el propósito de moderar el efecto expansivo de la Regla de Exclusión.

El problema, como analizaremos más adelante, es que estas teorías no terminan de estar bien definidas. Muchas veces dependen de la realización de juicios hipotéticos o de valoraciones más o menos subjetivas, de forma que es difícil saber, objetivamente, qué pruebas serán valoradas y qué pruebas han de ser excluidas porque están contaminadas por la ilicitud. Como se comprenderá, esta situación ha llegado a generar inseguridad jurídica en torno al tema de la exclusión de las pruebas prohibidas. Ç

Estudiaremos ahora cuáles son estas teorías de excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, desde el punto de vista procesal penal, porque fue en ese contexto donde surgieron. Reflexionaremos sobre su incorporación al sistema jurídico español y la reacción que ha tenido la doctrina frente a estas formulaciones extranjeras. Finalmente, estudiaremos las teorías de excepción al efecto reflejo desde el punto de vista del proceso civil, para determinar si pueden ser aplicadas también en este ámbito jurisdiccional. Veremos además cuáles de estas teorías se han aplicado por los tribunales hondureños y en qué circunstancias.

A. LA TEORÍA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

En el contexto de la ilicitud probatoria, la teoría de la fuente independiente es aquella que permite delimitar hasta dónde llegan los efectos expansivos de la ineficacia (originaria y refleja) estipulada en el artículo 11.1 LOPJ. Se ha dicho que deben excluirse del proceso aquellas pruebas que sean fruto de la vulneración directa o indirecta de un derecho fundamental. ¿Pero qué sucede con las demás pruebas que no tienen relación directa ni indirecta con la vulneración del derecho fundamental? Estas son las pruebas independientes, las que están libres del efecto contaminante de la

ilicitud porque son ajenas a la vulneración del derecho fundamental. Las pruebas independientes son fruto de otro árbol diferente que no está emponzoñado y, por tanto, pueden ser admitidas, practicadas y valoradas.

Entendida en este sentido, la teoría de la fuente independiente no es una excepción a la Regla de Exclusión, ni a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Es simplemente una consecuencia natural que surge al delimitar el efecto expansivo de la ineficacia de las pruebas ilícitas⁵²⁷. La misma LOPJ establece en el artículo 243.1 que “la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél”. De esa misma forma, la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas no abarcará las pruebas independientes.

En Estados Unidos, la teoría de la fuente independiente ya aparecía esbozada en la sentencia del caso *Silverthorne*, que hemos citado anteriormente. Recordemos que ésta indicaba que “si el conocimiento de los [hechos] se logra a través de una *fente independiente* entonces podrán ser probados como cualquier otro hecho, pero el conocimiento adquirido gracias a la vulneración provocada por el gobierno no podrá ser utilizado...”⁵²⁸.

De igual forma, la jurisprudencia española se refirió a la fuente independiente cuando construyó la teoría de los frutos del árbol envenenado en la STC 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994\85), al decir que “esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como *prueba de carácter independiente*, legalmente obtenida”. La exégesis de esta frase nos revela que la prueba independiente, legalmente obtenida, puede valorarse, a diferencia de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas y de las pruebas que se deriven de éstas últimas, que deben ser excluidas.

El problema surge cuando se aplica la teoría de la fuente independiente a los casos concretos, ya que no siempre resulta fácil identificar cuáles son las pruebas

⁵²⁷ En este sentido, PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial...*, cit., p. 86; y MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., p. 122.

⁵²⁸ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). La cursiva es nuestra.

derivadas y cuáles son realmente independientes, mucho menos establecer hasta dónde ha podido influir la vulneración del derecho fundamental en pruebas posteriores⁵²⁹. Para determinar hasta qué prueba se extiende el vínculo de causalidad que transmite el efecto contaminante, será necesario analizar los hechos de cada caso para definir cuál es el último eslabón en la cadena de pruebas derivadas de la intervención inconstitucional.

Por ello, la teoría de la fuente independiente ha sido utilizada por los tribunales como una “excepción” a la aplicación de la regla del artículo 11.1 LOPJ, dado que se han “rescatado” algunas pruebas que se consideran independientes pero sin que esté verdaderamente claro si se derivan o no de la vulneración del derecho fundamental. En estos casos, la independencia de la prueba que permite condenar al procesado no se aprecia “a primera vista”, porque sea claramente autónoma de la prueba ilícita, sino que más bien la independencia se establece partiendo de juicios interpretativos, de lógica y de experiencia, que realiza el tribunal. El resultado final es que se excluyen las pruebas ilícitas directas y algunas pruebas derivadas, pero se conservan ciertas pruebas que se consideran independientes. Esto ha permitido que los tribunales reconozcan, por un lado, que se vulneró un derecho fundamental y que se deben aplicar la Regla de Exclusión y la teoría del efecto reflejo a ciertas pruebas, pero, por otro lado, que se mantiene la condena porque existen otras pruebas de cargo independientes que son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

Como hemos indicado, la teoría de la fuente independiente comenzó a aplicarse en Estados Unidos y en España como una reacción ante las numerosas absoluciones de delincuentes que se daban como consecuencia de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado. A continuación analizaremos dos casos simbólicos, uno de cada país, referentes a la aplicación de esta doctrina.

⁵²⁹ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 122; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial...*, cit., p. 86; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, no. 47, 2003, pp. 57 y 58.

1. Origen de la teoría de la fuente independiente

La Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó esta doctrina como una excepción a la Regla de Exclusión en el caso *Segura v. United States*⁵³⁰. No obstante, fue en *Murray v. United States*⁵³¹ cuando perfiló los contornos de dicha teoría.

De acuerdo con la sentencia de *Murray*, varios agentes de la Administración para el Control de Drogas (DEA) y de la Agencia Federal de Investigación (FBI) estaban vigilando a un grupo de personas sospechosas de estar involucradas en el tráfico de drogas. Contando con la debida orden judicial, detuvieron a algunas de estas personas y, tras registrar los camiones en los que se conducían, encontraron marihuana en el interior. Otros agentes habían permanecido cerca del almacén de donde salieron los camiones y, tras recibir noticia del hallazgo, se introdujeron en dicho local sin contar con autorización judicial. Allí observaron que había varios paquetes sospechosos, pero se retiraron sin tocar nada. Tras obtener una orden de entrada y registro, los agentes regresaron al almacén y confiscaron cientos de paquetitos de marihuana y otras pruebas del delito.

El análisis del caso se centra en determinar si las pruebas obtenidas en la segunda entrada al almacén son independientes del primer registro, que fue ilícito porque se efectuó sin autorización judicial. Se alegó que el juez que autorizó la segunda entrada no fue informado de la primera, sino que autorizó el registro basándose en otra información lícitamente obtenida. De ser así, la segunda entrada sería independiente de la primera, por tanto, las pruebas obtenidas a través del registro autorizado serían también independientes y legítimas. De acuerdo con la Corte Suprema:

“El conocimiento de que la marihuana estaba en el almacén fue ciertamente adquirido cuando se realizó la entrada ilícita. Pero también fue adquirido cuando se realizó la entrada conforme a la orden judicial, y si esa segunda adquisición no fue el resultado de la primera entrada no hay razón para no aplicar la doctrina de la fuente independiente (...). La cuestión determinante,

⁵³⁰ 468 U.S. 796 (1984). En *Segura*, unos agentes de la policía habían entrado sin autorización en una vivienda. Poco después volvieron a registrar el lugar, esta vez con la debida orden judicial. Fue durante la segunda intervención que se obtuvieron las pruebas de cargo. La Corte determinó que estas pruebas provenían de una fuente independiente dado que el auto que autorizaba el segundo registro se fundamentaba en cierta información que no guardaba relación con la primera entrada ilegal.

⁵³¹ 487 U.S. 533 (1988).

entonces, es si la entrada que se realizó conforme a la orden judicial fue en efecto una fuente genuinamente independiente de la información y las pruebas tangibles aquí en conflicto. Este no sería el caso si la decisión de los agentes de obtener una orden judicial fuese motivada por lo que vieron durante la entrada inicial, o si la información obtenida durante esa entrada hubiera sido presentada al juez y hubiera afectado su decisión de emitir la orden”.

Finalmente, la Corte considera que el juez que autorizó la diligencia no tenía conocimiento de la primera entrada ni de sus resultados, de modo que actuó con independencia de la ilicitud al emitir la orden. En consecuencia, se revocó la sentencia recurrida⁵³².

2. Reconocimiento de la teoría en España

Poco después de haber incorporado la doctrina de los frutos del árbol envenenado, el TC comenzó a restringir la ineficacia expansiva de la prueba ilícita, aplicando la teoría de la fuente independiente. Así se observa en la STC 86/1995, de 6 de junio (RTC 1995\86), en la cual se determinó que la confesión del inculcado era independiente de las pruebas directas y derivadas que se obtuvieron gracias a unas intervenciones telefónicas ilícitas. Un año más tarde, el TC volvió a aplicar la teoría de la fuente independiente, ahora de manera más contundente, en la STC 54/1996, de 26 de marzo (RTC 1996\54)⁵³³.

Esta última sentencia analiza un caso en el cual se condenó al acusado por los delitos de detención ilegal y colaboración de banda armada, al haber participado éste en un secuestro que realizó ETA. Se recurre por la vulneración de distintos derechos, entre ellos el derecho al secreto de las comunicaciones y la presunción de inocencia. Se aduce en el recurso que las pruebas incriminatorias fueron obtenidas mediante la intervención practicada en los teléfonos de una oficina a través de las cuales se producían los

⁵³² No obstante, el caso fue remitido al juez de primera instancia para que determinara si los policías habrían solicitado la orden de entrada y registro de no haber realizado la primera entrada ilícita. Este sería el elemento necesario para determinar si la vulneración original guardaba una conexión causal con la segunda entrada, es decir, para saber si realmente hay o no una fuente independiente.

⁵³³ Hemos optado por comentar esta sentencia porque estimamos que es más clara con relación al análisis de la teoría de fuente independiente y más ilustrativa en cuanto a su aplicación al caso concreto. La fundamentación de la STC 86/1995, de 6 de junio (RTC 1995\86) nos parece un tanto ambigua, ya que sus argumentos se asemejan mucho a los de otras dos teorías, la doctrina del nexo causal atenuado y la excepción de la confesión voluntaria del inculcado, mismas que analizaremos más adelante.

contactos y negociaciones para lograr la libertad del secuestrado. Gracias a las escuchas se pudo demostrar la participación del acusado en la actividad de mediación entre la banda armada y la familia de la víctima.

El TC analiza a fondo la manera en que se realizó la intervención telefónica, deteniéndose particularmente en los requisitos de motivación y proporcionalidad. Así:

“La restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (...), ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas (...). Siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad, y, en especial, al de proporcionalidad (...).”

El TC determinó que la motivación del auto que autorizó las intervenciones era “genérica y lacónica” y no cumplía con el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigible.

“En efecto, en ésta [motivación] no se recogen ni las personas afectadas con la intervención (...), ni se determina el hecho punible investigado, ni tampoco se explicitan las razones que determinaron la adopción de tal medida, ni tampoco cuál era la finalidad perseguida con [el] mandamiento judicial (...). La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención (...), así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el Auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones”.

Con este razonamiento el TC determina que hubo una vulneración efectiva del artículo 18.3 CE y que por tanto se deben excluir las pruebas ilícitas y las pruebas derivadas. En este sentido, se excluyeron por su inmediata relación con la intervención telefónica las declaraciones prestadas ante el Juez Instructor por el interlocutor designado por la familia de la víctima y las manifestaciones de los agentes de la policía. Además se excluyeron, por tener su origen indirecto en las conversaciones interceptadas, otras declaraciones testificales realizadas en el juicio.

Después de identificar las pruebas que estima que deben ser excluidas, el TC procede a separar las pruebas que considera independientes:

“Con lo dicho no puede finalizar aquí, sin embargo, nuestro examen, pues hemos de determinar, en segundo lugar, si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o inmediatamente de la misma, de las que pueda deducirse la participación del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el pronunciamiento condenatorio. No se trata, por tanto, de revisar la valoración de la prueba de los órganos judiciales, sino de comprobar si ha existido prueba de cargo, que, realizada en forma legal y con las garantías exigibles en el acto de la vista, permitan desvirtuar la presunción de inocencia”.

Este párrafo sintetiza la esencia de la teoría de la fuente independiente aplicada como una excepción a la Regla de Exclusión. Se trata de aislar aquellas pruebas de cargo que no se deriven directa ni indirectamente de la vulneración del derecho fundamental y que, practicadas con todas las garantías exigibles, permitan desvirtuar la presunción de inocencia⁵³⁴. En este sentido, el TC identifica como prueba independiente las declaraciones sumariales del testigo que actuó como intermediario de la familia de la víctima, en la parte no afectada por la prueba prohibida, y las declaraciones del acusado reconociendo una entrevista que tuvo con dicho testigo.

Ante la divergencia existente entre lo manifestado en el juicio oral por el referido testigo (...) y lo declarado en la fase sumarial (...), el Presidente de la Sala dispuso que se diera lectura a tal declaración prestada ante el instructor. Una vez leída por el Secretario, y a instancias del Presidente, contestó acerca de las contradicciones existentes (...). Así las cosas, podemos afirmar que en la práctica de esta prueba se han respetado los principios de contradicción y defensa, pues la declaración sumarial fue incorporada al juicio oral a través de su lectura, momento en que las partes, a través de la Presidencia, pudieron formular las preguntas que consideraron pertinentes para su defensa, formándose el Tribunal un juicio acerca de la verosimilitud de tales declaraciones que, al ser inherente al principio de inmediación judicial, tan sólo al Tribunal de instancia (y nunca a este Tribunal) corresponde valorar. Por otra parte, el ahora recurrente reconoció en su declaración indagatoria, que se reprodujo en el juicio oral, la entrevista con el testigo (...). En definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida. (...) Esta prueba, no afectada en su

⁵³⁴ Nosotros añadiríamos, al estilo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que la finalidad de esta y de las demás excepciones es “que no se deje en libertad a un culpable”.

procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado”.

Vista la fundamentación que esboza el TC, nos llama la atención el tratamiento que hace de la prueba testifical, es decir, de las declaraciones prestadas por el intermediario de la familia. Primero, el Tribunal establece que las declaraciones sumariales son ilícitas porque versaban sobre el contenido de las escuchas telefónicas. Después indica que hay otra parte de las declaraciones, referente a una entrevista que tuvo el testigo con el acusado, que es prueba independiente y puede valorarse. Esta parte lícita de las declaraciones sumariales del testigo son introducidas en el juicio a través de la lectura y se permite a las partes contradecir la prueba y defenderse. Por tanto, en esta sentencia se considera que la declaración de un testigo es en una parte lícita y en otra parte ilícita, dependiendo del tema al que se refiera.

Por otra parte, nos deja con la sensación de que esta prueba que en principio sería ilícita, es subsanada posteriormente en juicio a través de su lectura y contradicción pese a que, como se ha dicho anteriormente, no es posible subsanar una prueba ilícita.

El caso discutido en esta sentencia nos permite reforzar el comentario que hemos realizado antes sobre la teoría de la fuente independiente: que en muchas ocasiones es difícil establecer, para el caso concreto, cuál es el límite preciso entre ilicitud refleja y prueba independiente⁵³⁵.

B. LA TEORÍA DEL NEXO CAUSAL ATENUADO

Cuando se determina que en un proceso existe una prueba ilícita, es necesario analizar además si dicha condición se extiende o no a alguna otra prueba derivada. Para que ocurra el efecto reflejo, es indispensable que exista entre ambas pruebas (originaria y derivada) una relación de causalidad. En este sentido, la primera prueba es causa de la segunda, o dicho a la inversa, la segunda prueba existe gracias a los conocimientos que

⁵³⁵ A día de hoy los tribunales españoles continúan aplicando la teoría de la fuente independiente, si bien en los últimos años va aparejada casi siempre con la teoría de la conexión de antijuridicidad, que analizaremos en breve. Como ejemplo, podemos citar otras sentencias del TC y del TS en donde se analiza la teoría de la fuente independiente: STC 238/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999\238); STS, Sala Segunda, 1451/2003, de 26 de noviembre (RJ 2003\9491); STS, Sala Segunda, 912/2013, de 4 de diciembre (RJ 2013\7913); STS, Sala Segunda, 479/2014, de 3 de junio (RJ 2014\3628).

se obtuvieron a través de la primera. Esa relación entre la prueba directa y la prueba indirecta o derivada es conocida como *conexión causal*.

La relevancia de esta conexión causal radica en que permite determinar qué pruebas deben ser excluidas. Si no hay relación de causalidad (o nexo causal) entre dos pruebas, entonces la segunda es prueba distinta y, por tanto, en sentido estricto, independiente de la anterior, de manera que podrá ser valorada a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia. Como podremos observar, en los argumentos de la teoría del nexo causal atenuado encontramos el origen de las demás y posteriores teorías de desvinculación.

1. Origen de la teoría del nexo causal atenuado

La Corte Suprema de los Estados Unidos comenzó a aplicar esta teoría en el caso *Wong Sun v. United States*⁵³⁶ y posteriormente continuó perfilando su contenido en la sentencia de *Brown v. Illinois*⁵³⁷. El primero de estos casos trata sobre una investigación de tráfico de drogas. El sospechoso “A” le dijo a la policía que obtuvo cierta cantidad de droga del sospechoso “B”. La policía entró en casa de “B”, que no tenía drogas pero les dijo que podrían encontrarlas en casa de “C”. Efectivamente, la policía encontró una pequeña cantidad de heroína en la vivienda de “C”, quien al fin los guio hasta Wong Sun. Los agentes entraron en la casa de Wong Sun y lo detuvieron. Todas estas diligencias sucedieron en una misma noche y se realizaron sin contar con autorización judicial.

Días más tarde, Wong Sun acudió libremente a la comisaría y realizó una serie de declaraciones inculpatorias. Como pruebas inculpatorias se valoró la droga encontrada en posesión de “C”, así como las declaraciones que había hecho Wong Sun al momento de ser detenido y su posterior confesión en sede policial.

Al analizar la conexión causal entre pruebas ilícitas originarias y pruebas derivadas, la Corte Suprema señaló que lo importante es determinar si la prueba

⁵³⁶ 371 U.S. 471 (1963).

⁵³⁷ 422 U.S. 590 (1975).

secundaria fue obtenida gracias a la “explotación” de la ilicitud inicial o si, en cambio, fue adquirida a través de “medios suficientemente diferenciados” como para disipar la contaminación inicial. Si hay explotación, la prueba derivada debe excluirse, pero si se determina que ésta proviene de medios diferenciados⁵³⁸, entonces la conexión causal ilícita estaría atenuada y la prueba podría valorarse en el juicio.

La sentencia excluye las primeras declaraciones de Wong Sun, al reconocer que la entrada, registro y detención fueron ilegales, y que dichas declaraciones fueron resultado de las diligencias inconstitucionales. No obstante, se estima que la confesión realizada en la comisaría sí puede valorarse porque Wong Sun había sido puesto en libertad y, aun así, regresó varios días después, voluntariamente, para efectuar la confesión. En ese sentido, el tiempo transcurrido y la libertad con que se realizó la confesión son factores que debilitan el nexo causal, “atenuándolo tanto como para disipar la contaminación”.

La Corte considera en esta sentencia que existen ciertos factores que pueden atenuar la conexión causal, de forma que si estos concurren en un caso la prueba derivada puede valorarse, porque se debilita su vínculo con el origen ilícito. De acuerdo con lo expuesto en *Brown v. Illinois*, algunos de los factores que influyen en la atenuación de la conexión causal son:

- a) El tiempo transcurrido entre la violación original y las pruebas derivadas de ella;
- b) La flagrancia o intencionalidad de la conducta inconstitucional;
- c) Los factores –o las circunstancias– relacionados con la obtención de las pruebas secundarias; y
- d) La existencia de un acto de libre voluntad por parte del acusado que permita la obtención de la prueba.

⁵³⁸ Aquí se habla de “medios suficientemente diferenciados”, es decir, que no llegan al extremo de ser pruebas independientes. La jurisprudencia española también recoge este matiz, de manera que “el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir ‘prueba diferente’ (pero derivada), con ‘prueba independiente’ (sin conexión causal)” (STS 974/1997, de 4 de julio [RJ 1997\6008]).

2. Reconocimiento de la teoría en España

La teoría del nexo causal atenuado comienza a aplicarse en España de forma más directa a partir de 1998, tras la creación de la teoría de la conexión de antijuridicidad⁵³⁹. Sin embargo, en años anteriores ya se había estado implementando y los tribunales acudían a sus fundamentos con el objeto de determinar qué pruebas carecían de conexión causal, o bien qué pruebas tenían un nexo atenuado o roto, para así poder considerarlas independientes y valorarlas como prueba de cargo⁵⁴⁰.

En la STC 86/1995, de 6 de junio (RTC 1995\86), por ejemplo, se llegó a la conclusión de que una confesión era independiente aplicando un razonamiento muy similar al de *Wong Sun*. Se trataba de un caso en el cual se realizaron ilícitamente unas escuchas telefónicas, gracias a las cuales se pudo detener a un sujeto que portaba drogas. Sin contar con asistencia letrada, el imputado realizó ciertas manifestaciones inculpatorias cuando fue detenido por la policía. Además, confesó posteriormente ante el juez de instrucción y en el juicio oral, respetándose en estas últimas dos ocasiones sus garantías procesales.

El TC estimó que las intervenciones telefónicas habían vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones y que por tanto debían excluirse las pruebas obtenidas como resultado directo e indirecto de dicha intervención, incluidas la droga y la declaración efectuada tras la detención. Sin embargo el Tribunal consideró que las

⁵³⁹ Existen numerosas sentencias, pero más modernas, en las cuales se hace mención expresa de la teoría del nexo causal atenuado. Así las SSTS, Sala Segunda, 187/2009 de 3 de marzo (RJ\2009\1780), 125/2010 de 16 de febrero (RJ\2010\3811), 811/2012 de 30 de octubre, 73/2014 de 12 de febrero (RJ\2014\1628). Entre las Audiencias Provinciales véanse, por ejemplo, las SSAP de Madrid, sección 29ª, 45/2010 de 31 de mayo (JUR\2011\210516) y 209/2010 de 30 de junio (JUR\2010\311888); SAP de las Islas Baleares, sección 1ª, 67/2006 de 3 de abril (ARP\2006\290); SAP de Las Palmas, sección 1ª, 98/2009 de 29 de julio (JUR 2009\438089). Estas sentencias, relativamente recientes, aplican la teoría del nexo causal atenuado conforme a una nueva interpretación que parte de la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81), referida a la teoría de la conexión de antijuridicidad, a la cual nos referiremos en breve.

⁵⁴⁰ Con relación a la aplicación de esta doctrina en España véase ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M., *La prueba ilícita penal...*, cit., pp. 69-71; LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., “La eficacia refleja de la prueba prohibida”, cit., p. 8 y ss; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La prueba ilícita y la prueba penal refleja: hacia una restrictiva aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado”, en *Revista Jurídica de Canarias*, no. 23, 2011, pp. 87-90; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 146-148.

confesiones subsiguientes, hechas en un contexto diferente, de manera voluntaria y con las debidas garantías, estaban desvinculadas de la infracción original y por tanto podían ser valoradas como prueba de cargo independiente.

“Entre las evidencias derivativas, no viciadas por la ilegalidad original, figura en el presente caso la propia confesión del coprocesado, hoy recurrente (...). Ciertamente, contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos inculpativos puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito. Pero la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle. Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal, pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que podía negarse a declarar, especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal”.

Podemos observar que el TC analiza el caso a la luz de los factores atenuantes del nexo causal que habían sido enunciados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Brown*: la voluntariedad de la confesión, el tiempo transcurrido entre la vulneración original y la confesión y las condiciones en que se obtuvo la prueba (con asistencia letrada, habiéndosele advertido al acusado cuáles eran sus derechos, etc.). Por tanto:

“... las primeras declaraciones autoinculpatorias, las realizadas en la sede policial, se produjeron sin que el detenido contase con la asistencia de un Abogado encargado de su defensa. En principio, tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado, y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral (...). Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

Por todo ello, ha de afirmarse que en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración

de este derecho constitucional. Para apreciarla habría sido necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la Sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatoria de cargo, como lo son las manifestaciones inculpatorias realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto del juicio oral, que ha de considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada”.

En síntesis, en este caso se utilizaron los fundamentos de la teoría del nexo causal atenuado para determinar que las confesiones realizadas ante el juez de instrucción en el juicio oral eran pruebas independientes y, por tanto, valorables a fin de desvirtuar la presunción de inocencia.

Posteriormente veremos que el TC y el TS vuelven a tener en cuenta la teoría del nexo causal atenuado para perfilar otras doctrinas relativas a la limitación del efecto reflejo de la prueba ilícita, como la conexión de antijuridicidad y la excepción de la confesión voluntaria del imputado. En este sentido, el nexo causal atenuado viene a ser un punto de partida que servirá posteriormente para desvincular las pruebas derivadas de la originalmente ilícita. El nexo causal, al atenuarse tanto, se rompe; eso permite declarar la independencia de las pruebas derivadas y valorarlas para condenar al acusado. El motivo por el que se atenúe el nexo causal puede ser diferente, como podremos apreciar al estudiar las demás excepciones. Puede atenuarse, entre otros motivos, porque el imputado confiese el delito, por la inevitabilidad del descubrimiento de la prueba o porque se considere que la prueba en cuestión también proviene de otra fuente independiente, todo ellos con las matizaciones que iremos describiendo.

C. LA TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

De acuerdo con esta teoría, será posible valorar aquellas pruebas que se presenten como frutos del árbol emponzoñado cuando se demuestre que habrían sido igualmente obtenidas si no se hubiera producido la vulneración del derecho fundamental. Se parte de un juicio hipotético basado en las circunstancias específicas del caso. Esta teoría suele aplicarse cuando existen simultáneamente en un caso varias líneas paralelas de investigación. Considérese que en una de ellas se produce una

infracción constitucional en la obtención de pruebas pero se discute que, de todas formas, esas pruebas habrían sido obtenidas a través del otro cauce investigativo que ya estaba en marcha y que es independiente del que provocó la vulneración. El análisis de los siguientes casos nos ayudará a profundizar en la teoría del descubrimiento inevitable.

1. Origen de la teoría del descubrimiento inevitable

En el caso *Nix v. Williams*⁵⁴¹, la policía investigaba la dramática desaparición de una niña. Cuando finalmente detuvieron al imputado, tuvieron que trasladarlo a la ciudad donde sería juzgado. Durante el trayecto en automóvil, uno de los detectives indujo al imputado a que confesara dónde estaba el cuerpo de la víctima. Siguiendo estas indicaciones, la policía se trasladó al lugar indicado y encontró el cadáver. La Corte Suprema determinó que se había vulnerado la VI Enmienda, porque el imputado fue interrogado y confesó sin contar con la asistencia de su abogado defensor. Sin embargo, se discutía si podían valorarse o no las pruebas resultantes del hallazgo del cuerpo (fotografías, reconocimientos, autopsia, peritajes químicos, testificales, etc.). ¿Eran éstas frutos del árbol envenenado?

Para resolver esta interrogante, la Corte analiza la forma en que se estaba realizando la búsqueda del cadáver. Paralelamente a las diligencias que efectuaba la policía, había un grupo de 200 voluntarios que registraba la zona donde estaba el cadáver de la niña. Se estimó que, aunque Williams no hubiera confesado, el equipo de voluntarios habría tardado solo un par de horas más para encontrarlo. Además, razona la sentencia, el cuerpo habría sido encontrado en más o menos las mismas condiciones en que lo hallaron cuando Williams lo entregó. En consecuencia "...cuando, como aquí, la prueba en cuestión habría sido inevitablemente descubierta sin referencia al error o ilicitud cometida por la policía, no hay nexo suficiente que provoque la contaminación y la prueba es admisible". Adicionalmente, la Corte estimó que:

"La equidad puede asegurarse al colocar al Estado y al acusado en las mismas posiciones en que habrían estado si la conducta inadmisibles no hubiera sucedido. Sin embargo, si el gobierno puede demostrar que las pruebas se habrían obtenido inevitablemente y, por tanto, se habrían admitido con independencia de cualquier extralimitación policial, no hay base racional para

⁵⁴¹ 467 U.S. 431 (1984).

ocultar esas pruebas al jurado con el fin de asegurar la equidad del proceso. En esa situación, el Estado no ha ganado ventaja en el juicio y el acusado no ha sufrido perjuicio alguno. En efecto, la supresión de las pruebas funcionaría para socavar el sistema adversarial al poner al Estado en una posición peor de la que habría ocupado sin la ilicitud policial. El argumento de Williams de que el descubrimiento inevitable constituye una ponderación inadmisibles de intereses no tiene mérito”.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina analizada, se rompe la conexión entre la confesión ilícita (prueba directa) y el cadáver (prueba indirecta) porque éste habría sido inevitablemente descubierto, con o sin confesión. Se está aceptando que el descubrimiento del cuerpo fue, en la realidad, consecuencia de la confesión pero, no obstante, si se suprimiera hipotéticamente dicha confesión, el cuerpo también habría sido encontrado en las mismas condiciones. Se considera que, si se suprimiera esta evidencia secundaria, se causaría un perjuicio injusto al Estado y se le dejaría en peor situación de la que estaría si no se hubiera cometido la infracción constitucional. Además, la sentencia establece que recae sobre el Gobierno (que fue quien alegó la excepción del descubrimiento inevitable) la carga de demostrar que el cuerpo habría sido efectivamente encontrado aún sin la confesión del imputado. Por todo ello, se excluye la confesión de Williams, pero se conserva dentro del acervo probatorio el cuerpo de la niña y las pruebas que de él se derivan.

2. Reconocimiento de la teoría en España

Claro ejemplo de la aplicación en España de la doctrina del descubrimiento inevitable es la STS 974/1997, de 4 de julio (RJ 1997\6008). En este caso se realizaron unas escuchas telefónicas que fueron declaradas ilícitas porque el auto que las autorizaba no estaba suficientemente motivado. A pesar de que las escuchas fueron excluidas, el Tribunal Supremo determinó que había otras pruebas de cargo válidas para desvirtuar la presunción de inocencia.

En primer lugar, se determinó que podían valorarse las declaraciones hechas en el juicio oral por los coimputados, de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 86/1995, de 6 de junio (RTC 1995\86), antes comentada. Así mismo, se valoró también las declaraciones testificales prestadas en el juicio por la recurrente y que versaban

sobre su detención en una cafetería de Bilbao en el momento que consumaba el delito de tráfico de drogas.

La sentencia sintetiza las distintas teorías relacionadas con la exclusión de la prueba ilícita, comenzando por la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ, la teoría del efecto reflejo, la teoría de la fuente independiente y la teoría del nexo causal atenuado. Finalmente, centra el análisis en la forma en que ocurrió la detención de la acusada, para determinar si se trata de un fruto del árbol envenenado o de una diligencia válida.

“...en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del ‘descubrimiento inevitable’. En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína ‘al por mayor’. Es decir que ‘inevitablemente’ y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada”.

Así, establece la sentencia que la información gracias a la cual se produjo la detención de la acusada fue un descubrimiento inevitable, ya que existía previamente una línea de investigación paralela, independiente de las escuchas ilícitas, que habría conducido ineludiblemente a la detención de la recurrente ese mismo día y en ese mismo lugar.

“En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues –con independencia de ello– las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuadamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención”.

Agrega la sentencia que la excepción del descubrimiento inevitable únicamente podrá aplicarse cuando las actuaciones policiales que vulneraron el derecho fundamental hayan sido realizadas de buena fe⁵⁴². De esta manera se evita que se propicien actuaciones “que tiendan a ‘acelerar’ por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente”. Por tanto, el descubrimiento inevitable no debe utilizarse como un atajo para obtener las pruebas más rápidamente, a costa de la vulneración de derechos fundamentales⁵⁴³.

D. LA TEORÍA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Se trata de una doctrina creada por el Tribunal Constitucional español que, después de más de una década aplicando y excepcionando la Regla de Exclusión, buscaba un instrumento definitivo que permitiera delimitar, de una vez por todas, la ineficacia expansiva de la prueba ilícita. En la práctica, la teoría de la conexión de antijuridicidad ha venido a ser la tijera que permite cortar (en el lugar que el órgano judicial competente estime oportuno) el nexo causal, para así determinar qué pruebas reflejas podrán ser valoradas a efecto de enervar la presunción de inocencia. Esta teoría marca un punto de inflexión en el desarrollo español de la Regla de Exclusión ya que es la excepción más relevante a la teoría de los frutos del árbol envenenado⁵⁴⁴. Su importancia radica en que, gracias a su formulación, su aplicación no depende de que exista una circunstancia específica en el desarrollo de los hechos (como podría ser un

⁵⁴² Se estima que en este caso los policías habían actuado de buena fe ya que al momento de efectuar las escuchas creían que actuaban conforme a un auto judicial que autorizaba válidamente dicha intervención.

⁵⁴³ Algunas sentencias más recientes en las que el TS vuelve a referirse a la aplicación de esta teoría son las SSTs, Sala Segunda, 567/2013, de 8 de mayo (RJ 2013\7318); 912/2013, de 4 de diciembre (RJ 2013\7913) y 400/2014 de 15 de abril (RJ 2014\2626). Con relación a la doctrina del descubrimiento inevitable podemos destacar los comentarios de GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 122-124; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial...*, cit., pp. 91-98; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La prueba ilícita y la prueba penal refleja...”, cit., pp. 86 y 87; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión...”, cit., pp. 144-146; COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones”, en *Revista de Derecho UNED*, no. 11, 2012, pp. 155-159.

⁵⁴⁴ En este sentido, GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 129; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...”, cit., p. 59; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial...*, cit., pp. 124 y 125; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 121-127 y 132-134.

hallazgo inevitable o una confesión voluntaria), sino que se puede aplicar a cualquier caso en el que se discuta la eficacia de las pruebas reflejas.

1. Origen de la teoría de la conexión de antijuridicidad

Ante todo debemos destacar la originalidad de la doctrina que ahora analizamos, que no tiene un antecedente americano directo. Si bien es cierto que para formular la teoría de la conexión de antijuridicidad el TC se basó en algunas teorías creadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos (la Regla de Exclusión, la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la teoría de la fuente independiente y la teoría del nexo causal atenuado), también hay que reconocer que aportó novedosos elementos de análisis para producir una teoría diferente y única, de creación propia. No obstante, la teoría de la conexión de antijuridicidad ha sido duramente criticada por un amplio sector de la doctrina, opiniones a las que aludiremos en un apartado posterior⁵⁴⁵.

2. Reconocimiento de la teoría en España

Esta teoría de excepción al efecto reflejo de la prueba ilícita fue formulada por vez primera en la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81). En el juicio se había condenado al recurrente por un delito contra la salud pública. Él alegaba que se había vulnerado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, porque su detención se produjo a partir de la información obtenida mediante unas escuchas ilícitas. Las pruebas de cargo fueron las

⁵⁴⁵ Destacamos las aportaciones de autores como MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 61-95; GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 127-135; DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, cit., pp. 56-67 y 92-105; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial...*, cit., pp. 111-135; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., (coord.), *Prueba y Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 279-322; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 129-141; ASECIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, no. 66, 2009, pp. 85-100; JIMÉNEZ SEGADO, C., “La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’ de sus efectos”, en *La Ley Penal*, no. 58, 2009, disponible en <http://diariolaley.laley.es/>; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la democracia*, no. 43, 2002, pp. 39-49; MARTÍN GARCÍA, P., “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 102, no. 4, 2003, pp. 1039-1064.

declaraciones testificales prestadas por la policía y la droga que se decomisó en el acto de la detención.

Después de analizar la necesidad de respetar los derechos fundamentales en la persecución criminal, el Tribunal Constitucional nos recuerda en esta sentencia que la prohibición de valorar las pruebas ilícitamente obtenidas es una garantía que emana del sistema mismo de derechos fundamentales. En este sentido, reconoce la existencia del efecto reflejo y que la presunción de inocencia solo puede desvirtuarse en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías. En el cuarto fundamento jurídico comienza la formulación de la teoría que ahora nos ocupa.

Explica el TC que en aquellos casos en los que se discute la dependencia o independencia de cierta prueba respecto a una diligencia que vulneró un derecho fundamental, será necesario definir hasta dónde se extiende el efecto reflejo de la ineficacia. Así, las pruebas pueden ser *directas*, cuando son resultado inmediato de la infracción constitucional (prueba ilícita originaria) y también puede ser pruebas *derivadas*. Éstas últimas son intrínsecamente lícitas, pero se convierten en ilícitas porque están unidas causalmente a la vulneración del derecho fundamental. Ello significa que la prueba derivada ha sido obtenida gracias a la información que aportó la diligencia ilícita y por ello se le considera contaminada. Por otro lado, se estima que una prueba es *independiente* cuando, desde la *perspectiva natural* no guarda relación alguna con la vulneración del derecho fundamental, sino que tiene una causa real totalmente ajena a ella. A diferencia de la prueba ilícita directa y de la prueba derivada, la prueba independiente sí puede ser valorada por el órgano judicial.

“Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC 254/1988, fundamento jurídico 3), en supuestos excepcionales hemos admitido que, *pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él* y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4, y 54/1996, fundamento jurídico 9)” (la cursiva es nuestra).

El TC reconoce, por un lado, que la regla general es excluir las pruebas directas e indirectas, conforme se establece en el artículo 11.1 LOPJ, pero que, “sin embargo”,

existen unos “supuestos excepcionales” en los cuales no se aplicará esta doctrina general. Se refiere, por supuesto, a las excepciones que ya habían sido utilizadas hasta ese momento, la de la fuente independiente y la del nexo causal atenuado. La aplicación de estas excepciones conlleva el reconocimiento de que las pruebas derivadas están conectadas a la ilicitud originaria bajo dos puntos de vista, el natural y el jurídico. Así, se distingue en este párrafo la *conexión causal natural* de la *conexión causal jurídica o conexión de antijuridicidad*.

Como las pruebas reflejas son lícitas en sí mismas, para concluir que la prohibición de valoración se extiende a ellas hay que precisar que se hallan vinculadas a la prueba que fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, no basta con que exista una mera conexión de causalidad natural, sino que para aplicar la sanción de exclusión debe haber además una conexión de antijuridicidad.

“Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”.

Por tanto, la conexión de antijuridicidad vendrá a ser ese nexo entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada a través del cual se transmite la ilegitimidad constitucional de la primera a la segunda. Pero entonces, ¿cómo se confirma que existe la conexión de antijuridicidad?

“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de

tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, fundamento jurídico 8)”.

Por consiguiente, para determinar si existe la conexión de antijuridicidad, el TC nos indica que se debe analizar el caso desde dos perspectivas, una interna y otra externa. La perspectiva interna se refiere a la índole y las características de la vulneración del derecho fundamental. Requiere que identifiquemos cuál de las garantías de la injerencia en el derecho constitucional fue menoscabada y en qué forma (en este caso, la falta parcial de motivación del auto). Además, habrá que determinar si el resultado inmediato de la vulneración –el conocimiento adquirido a través de la vulneración– ha sido determinante en la obtención de la prueba refleja. Con relación a los hechos analizados en esta sentencia, el TC determinó que:

“...el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”.

Por este motivo, se consideró roto el nexo entre la prueba originaria y la prueba derivada. Esa ruptura del nexo causal, comenta el TC, es un “juicio de experiencia acerca del grado de conexión” que determina si la prueba derivada debe o no excluirse. Corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios realizar ese juicio de experiencia y al TC únicamente comprobar la razonabilidad del mismo.

Por otra parte, se analiza la conexión de antijuridicidad desde la perspectiva externa. Este segundo punto de vista nos lleva a considerar las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental vulnerado. Habrá que determinar si la exclusión de la prueba refleja es necesaria en el caso concreto para lograr la tutela efectiva del derecho lesionado. El TC toma en cuenta si excepcionar la Regla de Exclusión significaría, en el contexto específico del caso, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones –lo cual equivaldría a privarlo de una garantía indispensable para su efectividad, la garantía del art. 11.1 LOPJ– o si, en cambio, la necesidad de tutela queda ya satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directa (sin que sea necesario extenderla a la indirecta).

En este sentido se analiza si existe la necesidad de disuasión: si la infracción se cometió intencionalmente o por negligencia sería necesario excluir la prueba, pero no si fue por error. En el caso en cuestión, razona el TC, los policías actuaban con base en una orden judicial que después fue anulada, así que se trató de un error y no hay necesidad de disuadir su conducta. Hay que observar así mismo la entidad objetiva de la vulneración. Sería grave y ameritaría excluir la prueba refleja, por ejemplo, si se hubiera realizado la injerencia sin autorización judicial o si el auto careciera completamente de motivación.

En este proceso lo que sucedió fue que los fundamentos que justificaban las escuchas se consideraron incompletos. Por tanto, como no era fuerte la necesidad de disuasión, ni grave la entidad de la vulneración, el TC concluyó que:

“...en este caso, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su Sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas.

En consecuencia, no puede estimarse la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que ha sido reparada por el Tribunal Supremo en la vía previa, al excluir la valoración de las conversaciones intervenidas. Y, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de rechazarse que la condena recaída sobre la base de las restantes pruebas de cargo, obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales, haya vulnerado la presunción de inocencia”.

En conclusión, el TC determina que en este caso no existe la conexión de antijuridicidad, porque la lesión del derecho fundamental fue producida por un error de criterio (judicial y/o policial) y la necesidad de tutela del derecho fundamental ya ha sido satisfecha con la exclusión de la prueba ilícita directa. En consecuencia las pruebas derivadas han de ser valoradas y la condena se declara firme.

Por otro lado, aprovechamos para destacar que la teoría de la conexión de antijuridicidad ha sido abordada también desde una perspectiva material, relacionándola

con la teoría penal de la imputación objetiva, como sucede en la STS, Sala Segunda, 28/2003 de 17 de enero (RJ 2003\926)⁵⁴⁶.

Hasta la fecha, el TC ha continuado aplicando esta teoría⁵⁴⁷, al igual que el TS, si bien éste último con ciertas modulaciones⁵⁴⁸. Pareciera que esta excepción se ha llegado a convertir en la regla, sobre todo cuando se afirma que “en definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas”⁵⁴⁹.

E. LA EXCEPCIÓN DE LA CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL IMPUTADO

Esta teoría establece que podrá valorarse la confesión del acusado, aun cuando se derive de la vulneración de un derecho fundamental, siempre y cuando dicha confesión se haga de manera voluntaria, espontánea y respetando ciertas garantías constitucionales y requisitos jurisprudenciales. En este sentido, aunque desde una perspectiva causal natural podría decirse que la confesión es una prueba ilícita derivada⁵⁵⁰, será posible desvincularla a través de la aplicación de determinados

⁵⁴⁶ Con relación a esa perspectiva material véase VIVES ANTÓN, T., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los ‘frutos del árbol emponzoñado’”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, no. 4, 2002, pp. 5-20; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, cit., pp. 279-322.

⁵⁴⁷ Como se podrá constatar, entre otras, en las SSTC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003\22); 49/2007, de 12 de marzo (RTC 2007\49) y 66/2009, de 9 de marzo (RTC 2009\66).

⁵⁴⁸ Recogidas en la reciente STS, Sala Segunda, 249/2014 de 14 de marzo (RJ 2014\2404).

⁵⁴⁹ STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003\22); también las SSTS, Sala Segunda, 974/2012, de 5 de diciembre (RJ\2013\217); 249/2014 de 14 de marzo (RJ 2014\2404). Tal y como expresa PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial...*, cit., pp. 124 y 125, “desde esta sentencia [STC 81/1998] en muy pocas ocasiones se ha acabado reconociendo eficacia refleja y otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por ejemplo en las SSTC 50/2000, de 28 de febrero y 299/2000, de 11 de diciembre, mientras que en todos los demás supuestos analizados se ha desestimado el amparo por entender que no concurría la necesaria conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, o se ha reenviado la causa al Tribunal de instancia para que se pronuncie expresamente sobre la existencia o no de dicha conexión de antijuridicidad”.

⁵⁵⁰ Así sucede, por ejemplo, cuando un imputado confiesa la comisión del delito después de que la policía encontrara una cantidad considerable de narcóticos en su vivienda. Supongamos que la diligencia de investigación no fue debidamente motivada, entonces podríamos estimar que “de no haberse registrado la

criterios jurídicos, entre ellos la conexión de antijuridicidad, según veremos a continuación.

1. Origen de la excepción de la confesión voluntaria del imputado

Esta excepción es el resultado de la aplicación conjunta de la teoría de la fuente independiente, la teoría del nexo causal atenuado y la teoría de la conexión de antijuridicidad, enfocadas específicamente a los casos en los que se ha producido la confesión del imputado o acusado, con relación a hechos que han sido conocidos a través de otras pruebas ilícitas. Así, se permite utilizar la confesión como prueba de cargo, a pesar de que se excluyan las otras pruebas directas o indirectas que le antecedan por causalidad natural.

En Estados Unidos no se habla expresamente de una excepción referida a las confesiones voluntarias, porque se llega a este mismo resultado a través de la *attenuation doctrine*, aplicada en *Wong Sun v. United States* y *Brown v. Illinois*. También empleando la teoría del nexo causal atenuado, en España se logró dar valor inculpatario a aquellas confesiones que se derivaban de pruebas ilícitas, como pudimos observar en la ya analizada STC 86/1995, de 6 de junio (RTC 1995\86). Sin embargo, la excepción de la confesión voluntaria del imputado ha ido más allá del nexo atenuado, porque los tribunales continuaron perfilándola, sobre todo después de haberse creado la teoría de la conexión de antijuridicidad.

2. Reconocimiento de la excepción en España

Para estudiar esta excepción nos remitiremos a la STC 161/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999\161), que realiza un análisis muy completo en cuanto a su aplicación⁵⁵¹. El recurso de amparo planteado en este caso se refiere a una condena por la comisión de un delito contra la salud pública. La policía practicó un registro,

vivienda no se habría hallado la droga, de no haberse hallado la droga no se le habría detenido, ni se le habría tomado declaración, si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga” (STC 161/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\161]). Es decir, existe una conexión causal natural, porque el imputado no habría realizado la confesión de no haber sido porque la policía ya había encontrado la droga en su domicilio.

⁵⁵¹ Entre otras sentencias del TC que aplican esta teoría, podemos referir las SSTC 136/2006, de 8 de mayo (RTC 2006\136) y 49/2007, de 12 de marzo (RTC 2007\49).

autorizado judicialmente, en la vivienda del recurrente, quien se dedicaba a la venta de estupefacientes. Gracias a esta diligencia encontraron distintas cantidades de cocaína y heroína, además de otros efectos dedicados al manejo y venta de drogas.

La Audiencia Provincial desestimó la solicitud del acusado de excluir las pruebas que consideraba ilícitas por haberse obtenido gracias a la vulneración de sus derechos fundamentales. No obstante, el TS reconoció en casación que el auto que autorizaba la entrada y registro no estaba debidamente motivado, que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, excluyó las pruebas que se derivaban de la diligencia anulada (concretamente el acta y las declaraciones testificales de la policía). Sin embargo, se valoraron las declaraciones inculpatorias hechas por el imputado ante el juez de instrucción y posteriormente durante el juicio oral, bajo el entendido de que habían sido efectuadas libremente y conforme a las prescripciones legales y constitucionales. Así, la discusión del recurso de amparo se centra en la legitimidad de la confesión, es decir, en determinar si ésta debía ser excluida o si podía valorarse como prueba legítima.

En primer lugar, el recurrente alegó que se habían vulnerado sus garantías procesales reconocidas en el artículo 24 CE: que había sufrido indefensión, desigualdad procesal, desconocimiento de la acusación, ausencia de las garantías debidas y que había sido inducido a declarar contra sí mismo. Frente a estos argumentos, el TC señaló que era necesario distinguir el plano fáctico del plano jurídico. Establece la sentencia que la inconstitucionalidad del registro domiciliario tiene como consecuencia jurídica la exclusión probatoria, cuyo alcance está determinado por las resoluciones del mismo TC (referidas a la Regla de Exclusión, su efecto reflejo y la teoría de la conexión de antijuridicidad). Sin embargo:

“...el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que ‘no fue hallada la droga’ o que la misma ‘no existe, porque no está en los autos’. Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías. Dicho de otro modo, que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo

no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parta de su existencia. Precisamente, el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles, más dicha cuestión es objeto de la pretensión de amparo que será analizada en último lugar”.

Con este argumento de la dualidad de planos, fáctico y jurídico, el TC rechaza las quejas sobre la indefensión, el desconocimiento de la acusación y la quiebra de las garantías del proceso. Ésta última vulneración, señala, sólo podría producirse si se hubieran valorado como pruebas de cargo las que fueran “materialización directa e inmediata de la lesión del derecho fundamental, o las que habiendo sido adquiridas a partir del conocimiento derivado de otras que lesionaron directamente un derecho fundamental, mantienen con éstas la conexión de antijuridicidad”. En otras palabras, sólo se vulnera el derecho al proceso con todas las garantías cuando se valoran las pruebas ilícitas directas, o las pruebas ilícitas derivadas que estén afectadas por la conexión de antijuridicidad. Como el TS ya había apreciado en casación la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y había excluido el acta del registro y las declaraciones testificales, el TC estimó que la lesión había quedado subsanada y el derecho fundamental vulnerado estaba restablecido.

En segundo lugar se alegó la vulneración del derecho del recurrente a no declarar contra sí mismo. El TC destaca en la sentencia que la confesión se hizo libremente, sin que hubiera coacción alguna, contando el acusado con la debida asistencia letrada y las demás garantías procesales.

“...lo cierto es que el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podía impugnarlo a través de otros remedios jurídicos -el recurso de casación contra la condena, y eventualmente el recurso de amparo-, por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. El recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentido. Fue advertido expresamente en este sentido y, desde luego, había sido previamente asesorado cuando declaró en el acto del juicio oral en presencia de su Letrado. Sus manifestaciones, tendentes a acreditar la tenencia para el propio consumo, fueron fruto de una estrategia de defensa voluntariamente

adoptada a la vista de las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes en ese momento, por ello no puede apreciarse la lesión que se invoca”.

Finalmente, se alegó también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Con relación a este aspecto, el TC se remite en la sentencia a la teoría de la conexión de antijuridicidad, establecida en la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81). Primero se analiza si la confesión del acusado es prueba ilícita directa o derivada. Se descarta que sea prueba directa ya que “la declaración de quien inicialmente era sospechoso y luego fue acusado de traficar con drogas no es el resultado de la entrada y registro, pues éste lo constituye el hallazgo de la droga y demás efectos”, mismos que ya fueron excluidos en casación por el TS.

En cuanto a la posibilidad de que la confesión sea prueba derivada, la sentencia nos recuerda que, más que una conexión causal, lo que se requiere para excluir la prueba es que exista una conexión de antijuridicidad. Desde la perspectiva interna, referida a la índole de la vulneración del derecho fundamental, se estableció que: a) Al acusado se le reconoció el derecho a no declarar contra sí mismo; b) gozó además de asistencia letrada en el momento de confesar; c) no hubo coerción ni compulsión ilegítima que lo forzara a declarar; y d) la declaración fue espontánea y voluntaria. Por estos motivos se tiene por rota la conexión causal desde la perspectiva interna.

En cuanto a la perspectiva externa, el TC consideró que:

“...esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”.

Por tanto, el TC estimó que como se efectuó la confesión de manera libre, respetándose las garantías procesales propias de ese medio de prueba y habiéndose excluido anteriormente por el TS las otras pruebas ilícitas), ya se había roto la conexión de antijuridicidad, por lo cual la confesión pudo ser valorada.

Como síntesis de la excepción de la confesión voluntaria del imputado, podemos recoger las siguientes palabras del TC:

“La validez de la confesión, como dijimos en la STC 86/1995, al analizar un supuesto en parte similar al presente, ‘no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención’. De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación. Estos riesgos concurren en mayor medida cuando el derecho fundamental cuya lesión se aduce es alguno de los que, al regular las condiciones en que la declaración debe ser prestada, constituyen garantías frente a la autoincriminación (declarar sin Letrado, en situación de privación de libertad, o sin previa advertencia de la posibilidad de callar), pero no es éste el supuesto que aquí abordamos”.

Adicionalmente, debemos considerar que el TS también ha jugado un papel importante en la aplicación y configuración actual de esta teoría, si bien partiendo de los lineamientos establecidos previamente por el TC. En este sentido, ha indicado en la reciente STS, Sala Segunda, 249/2014 de 4 de marzo (RJ 2014\2404), que:

“La falta de conexión de antijuridicidad es especialmente predicable de las declaraciones realizadas con todas las garantías por los propios imputados, una vez que conocen sus derechos. De manera singular puede proclamarse esa desconexión de las manifestaciones efectuadas mucho después de la detención (indagatoria), cuando se conocen las actuaciones y sus vicisitudes y se cuenta con una asistencia jurídica sin condicionante alguno para enfocar la defensa en la forma que se estime más conveniente y utilizando las estrategias procesales que se consideren más idóneas. Si uno o varios de los imputados asumen sus responsabilidades y declaran sobre los hechos de que tienen conocimiento, no obviamente por las pruebas supuestamente irregulares (intervenciones telefónicas, registros, reconocimientos), sino por conocimiento propio, tal material probatorio estará incontaminado y será susceptible de ser valorado, según la jurisprudencia constitucional que ha llegado incluso a afirmar igual posibilidad de aprovechamiento de las declaraciones iniciales que siguen a la detención, aunque en esos momentos no le conste al declarante la eventual deficiencia de la prueba que ha conducido a la detención. La obtención de unos resultados probatorios a través de un medio no legítimo obliga a borrar y a desechar cualquier conocimiento que tenga ahí su exclusiva fuente, pero no a negar que esos hechos puedan ser acreditados por otros medios de prueba que adquieran en los términos dibujados por el Tribunal Constitucional autonomía propia, frente a ese inicial medio no legítimo (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Constitucional 161/1999, de 27 de septiembre, 81/1998, de 2 de abril, 86/1995, 167/2002 o 184/2003)”.

Hoy en día se puede identificar dos posturas encontradas dentro de la Sala Penal del TS, que difieren en cuanto a las exigencias que debe cumplir la confesión del imputado para poder ser valorada⁵⁵². La primera postura, que es mayoritaria, retoma las líneas establecidas por la jurisprudencia constitucional que hemos discutido anteriormente⁵⁵³. La segunda postura es más garantista y, aunque acoge también las bases sentadas por el TC, agrega ciertos matices de manera que, para que la confesión del imputado pueda convalidarse como prueba apta, será necesario⁵⁵⁴:

- a) Que la confesión se realice en el juicio oral o que, habiéndose hecho en fase sumarial, se ratifique en el juicio. En caso que la declaración se hubiese producido durante el sumario, será requisito que el acusado no se retracte en el juicio.
- b) Que el acusado esté asistido por un letrado y conozca el efecto convalidante que su declaración puede tener sobre las pruebas ilícitas; es decir que ha de conocer la nulidad de las pruebas obtenidas con vulneración de sus derechos fundamentales y las consecuencias procesales de su confesión.
- c) Que la confesión sea libre y voluntaria, de forma que se respete el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable,
- d) Que la declaración autoinculpatória sea completa y abarque todos los hechos del tipo delictivo.

⁵⁵² Véase por ejemplos las SSTS, Sala Segunda, 2/2011, de 15 de febrero (RJ 2011\1948); 529/2010, de 24 de mayo (RJ 2010\6139) y 370/2008 de 19 de junio (RJ 2008\3094). Con relación a la jurisprudencia del TS sobre la excepción de la confesión voluntaria, GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de la teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 135-143; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial...*, cit., pp. 150-162; DE URBANO CASTRILLO, E., “Criterios dominantes sobre la desconexión de la antijuridicidad: En especial, la confesión del acusado”, en *La Ley Penal*, no. 58, 2009, disponible en revista-laleypenal.laley.es/; LOZANO EIROA, M., “Prueba prohibida y confesión: la excepción de la ‘conexión de antijuridicidad’”, en *Revista General de Derecho Procesal*, no. 28, 2012.

⁵⁵³ Véase, por ejemplo, la STS, Sala Segunda, 1048/2004, de 22 de septiembre (RJ 2004\5834), que refiere en este sentido diversas sentencias del TC y del TS.

⁵⁵⁴ STS, Sala Segunda, 91/2011, de 18 de febrero (RJ 2011\1960).

F. LA TEORÍA DEL HALLAZGO CASUAL

Se refiere a aquellas pruebas que han sido encontradas accidentalmente mientras se realizaba una diligencia de investigación autorizada con el fin de encontrar otras pruebas diferentes. El típico supuesto del hallazgo casual consiste en que la policía realiza una entrada y registro para investigar el delito “A” y, mientras se encuentra realizando la diligencia, encuentra pruebas de que se pudo haber cometido otro delito “B”. El imputado del delito B podría alegar que el auto que autorizó el registro no abarcaba la búsqueda ni el decomiso de la prueba que se encontró casualmente y así solicitaría su exclusión. La teoría del hallazgo casual permite valorar dicha prueba siempre y cuando la diligencia se estuviera realizando en cumplimiento de todos los requisitos previsibles para la investigación del delito “A” y considerando que el descubrimiento de la prueba del delito “B” fue algo involuntario o accidental.

1. Origen de la teoría del hallazgo casual

Estimamos que esta teoría podría ser una derivación de la *plain view doctrine* (hallazgo a simple vista) esbozada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Coolidge v. New Hampshire*⁵⁵⁵. En este caso la policía intervino dos automóviles estacionados frente al domicilio del imputado. Posteriormente se encontraron partículas de pólvora de un arma que había sido relacionada con actividades delictivas. La defensa solicitó la exclusión de las pruebas derivadas de la intervención de los vehículos, alegando que la policía no estaba autorizada para realizar esa diligencia, sino únicamente para detener al imputado. La Corte Suprema ratificó la condena y estimó que podía valorarse la prueba si se aplicaba la *plain view doctrine*.

“Un ejemplo de la aplicabilidad de [esta] doctrina es aquella situación en la que la policía tiene una autorización judicial para registrar cierta área en busca de unos objetos específicos y, en el transcurso del registro, se encuentra otro artículo de carácter inculpatario... Lo que [estos] casos tienen en común es que en cada uno de ellos el oficial de la policía tenía una justificación previa para realizar una intervención, en el curso de la cual encontró involuntariamente una pieza de evidencia que incriminaba al acusado... La extensión de la justificación original únicamente es legítima cuando es inmediatamente aparente para la policía que hay pruebas frente a ellos; [esta]

⁵⁵⁵ 403 U.S. 443 (1971)

doctrina no puede ser utilizada para extender un registro exploratorio general de un objeto a otro hasta que por fin aparezca algo inculpatario”.

En la sentencia de *Horton v. California*⁵⁵⁶ la Corte Suprema terminó de definir los requisitos necesarios para que se pueda valorar una prueba hallada bajo las condiciones anteriormente descritas. De acuerdo con esta sentencia será necesario que: a) La prueba hubiese estado a simple vista; b) El carácter inculpatario de la prueba fuese inmediatamente evidente; c) El agente que realizó la diligencia hubiese accedido legalmente al lugar desde donde vio la prueba; y d) El agente tuviese acceso legítimo al objeto en sí. Por otro lado, en *Horton* se descartó que fuera indispensable que el hallazgo se hubiese realizado de manera completamente involuntaria (*inadvertently*).

2. Reconocimiento de la teoría en España

La teoría del hallazgo casual parte del mismo supuesto de hecho que la *plain view doctrine*: esto es que en el transcurso de una investigación judicialmente autorizada, se halla inesperadamente un elemento inculpatario cuya intervención no está incluida en el auto que autorizó la diligencia. El problema con la prueba “casual” es su dudosa licitud, ya que su obtención excede el ámbito de la autorización judicial que ha permitido a los agentes estar realizando la diligencia que limita los derechos fundamentales. Usualmente, esta prueba se refiere a otro delito diferente al investigado, o bien a otra persona u otros hechos que no son los que se están investigando a través de la diligencia autorizada. No obstante, como veremos a continuación, el hallazgo casual es muy similar, pero no equivalente, a la *plain view doctrine*.

En España, el hallazgo casual como teoría que excepciona la Regla de Exclusión comienza a aplicarse también en la década de los noventa. Anteriormente regía el principio de especialidad, surgido en el contexto de las escuchas telefónicas, según el cual una vez que se expedía un mandamiento judicial con un objetivo, no podía extenderse la diligencia a otros objetivos que no estuvieran incluidos en la autorización. La aplicación de este principio habría provocado la exclusión de todas aquellas pruebas que fueran halladas casualmente en el curso de una investigación si no se solicitaba

⁵⁵⁶ 496 U.S. 128 (1990)

inmediatamente al juez que extendiera el objeto de la diligencia. No obstante, el TS pronto cambió esta doctrina y determinó que:

“...si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal. En igual sentido, la STS 1149/1997, de 26 de septiembre que, referida a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, admite su validez siempre que se observen los requisitos de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales” (STS 462/1999, de 22 de marzo [RJ\1999\1603])⁵⁵⁷.

En la sentencia recién citada se analizaba la licitud de unas pruebas halladas casualmente. La policía investigaba un delito de robo, para lo cual se expidió un mandamiento de entrada y registro. Al ejecutar esta diligencia, encontraron en la casa de los imputados varias pruebas que fueron posteriormente utilizadas para enjuiciarlos por un delito contra la salud pública. Los acusados fueron absueltos porque la Audiencia Provincial estimó que las pruebas eran ilícitas. No obstante, en casación el TS determinó que podían ser valoradas si se aplicaba la teoría del hallazgo casual.

“El hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, a los funcionarios de la Administración de Justicia, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución. Ese hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, por lo que si, como sucede en el hecho objeto de la impugnación, el Juzgado de instrucción proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de un delito contra la salud pública, la intervención de los mismos se enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios de policía judicial toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existió la debida proporcionalidad y los efectos intervenidos lo fueron casualmente, lo que se corrobora por la suspensión del registro para que en la diligencia intervinieran perros para ayudar a la intervención de sustancias tóxicas”.

⁵⁵⁷ En este sentido se había pronunciado también el TC, de manera que “el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéll[o]s, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención...” (STC 41/1998, de 24 de febrero [RTC\1998\41]).

De esta exposición podemos concluir que los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del hallazgo casual son principalmente dos. Primero, que la diligencia de investigación se haya realizado, con relación al delito inicialmente investigado, conforme a los correspondientes requisitos procesales constitucionales (que exista autorización judicial debidamente motivada, aplicación del principio de proporcionalidad, respeto de los derechos fundamentales, etc.). En segundo lugar, se requiere que el hallazgo de la prueba que no está abarcada por el mandato judicial se haya producido de buena fe, es decir, que la policía no estuviera buscando esa prueba⁵⁵⁸.

En este sentido, esta teoría pone mayor énfasis en la involuntariedad del hallazgo que la *plain view doctrine*. Pero por otro lado, otra nota importante que diferencia ambas teorías es que en España no se da tanta importancia a que la prueba tenga que haber estado “a simple vista”, como sí se hace en Estados Unidos. Por ejemplo, si la policía encuentra accidentalmente una pistola dentro de un armario (al que tiene acceso gracias a una autorización judicial), podría aplicarse la teoría del hallazgo casual, pero no la *plain view doctrine*, porque el oficial tuvo que abrir las puertas del armario para poder encontrar el arma. Así, la pistola fue un hallazgo casual, pero no estaba a simple vista. Podemos decir entonces que ambas teorías tienen una base similar pero que la del hallazgo casual es, finalmente, más amplia –podrá extenderse a más supuestos– porque no está limitada a objetos que se hayan encontrado a simple vista o por simple contacto⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ La STS, Sala Segunda, 60/2012 de 8 de Febrero (RJ 2012\10144), refiere que los “descubrimientos ocasionales” o “casuales” se refieren a “hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen) bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o terceras personas no imputadas en el procedimiento”. También la STS, Sala Segunda, 539/2011, de 26 de mayo (RJ 2011\4046), se refiere a los requisitos del hallazgo casual, indicando que “la Sentencia 768/2007, de 1 de octubre, en la que se declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo. En la STS nº 885/2004, de 5 de julio, se decía que ‘las Sentencias de esta Sala, 1004/1999, de 18 de junio, y 1990/2002, de 29 de noviembre, sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva...’. Para ello es preciso que el registro esté debidamente autorizado, aun cuando lo fuera con la finalidad de descubrir un delito distinto, y que el hallazgo se produzca de buena fe (STS nº 1093/2003, de 24 de julio)”.

En alguna jurisprudencia más reciente el TS ha indicado, como requisito adicional, que en el hallazgo casual ha de haber “flagrancia delictiva”⁵⁶⁰. Esto significa que el hallazgo no era lo esperado por el instructor, pero que evidentemente puede servir como prueba de cargo, por lo que existe una necesidad urgente de intervención⁵⁶¹. Además, el TS ha distinguido dos posibles escenarios y la forma en que deberá procederse en cada uno de ellos, de manera que⁵⁶²:

“1º) Si los hechos descubiertos tienen conexión –artículo 17 LECRIM–, con los que son objeto de procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente, de prueba.

2º) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera ‘notitia criminis’ y se deducirá testimonio para que se inicie el proceso correspondiente.

Por tanto, rige el principio de especialidad que justifica la intervención sólo al delito investigado, pero los hallazgos delictivos ocasionales son ‘notitia criminis’, sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida de seguir investigando el nuevo delito.”

G. LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE

La excepción de la buena fe es la que se ha adoptado más recientemente en España y, junto a la conexión de antijuridicidad, constituye una de las teorías más

⁵⁵⁹ Una variante de la *plain view doctrine* es la de *plain touch* o *plain feel*, que se refiere a aquellos objetos que se encontraron a través del simple tacto. Sería el caso, por ejemplo, cuando se realiza un cacheo justificado (*pat-down search*) a un sujeto sospechoso y se detecta que porta un arma. En este sentido véase *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993).

⁵⁶⁰ En este sentido la recién citada STS, Sala Segunda, 539/2011, de 26 de mayo (RJ 2011\4046).

⁵⁶¹ Sobre los requisitos del hallazgo casual nos habla RIVERO ORTIZ, R., “Hallazgos casuales en los delitos y faltas. Nuevos pronunciamientos jurisprudenciales”, en *Diario La Ley*, no. 4202, 2012, pp. 13 y 14; ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, en *Revista del Poder Judicial*, no. 69, 2003, pp. 261-301; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, en *Diario La Ley*, no. 8203, 2013, disponible en <http://diariolaley.laley.es/>; LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., “La eficacia refleja de la prueba prohibida”, cit., pp. 18-21.

⁵⁶² SSTs, Sala Segunda, 291/2013, de 14 de marzo (RJ 2013\3507); 940/2011, de 27 de septiembre (RJ 2012, 9830); y 25/2008, de 29 de enero (RJ 2008, 2693).

limitantes de la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ. Si la teoría de la conexión de antijuridicidad ya permitía valorar las pruebas derivadas en prácticamente cualquier caso que el órgano judicial lo estimara necesario, esta nueva excepción viene a establecer que cuando la vulneración del derecho fundamental se haya producido “de buena fe”, es decir, con la creencia objetiva de estar actuando conforme a la Constitución, las pruebas (directas e indirectas) que se hayan obtenido gracias a la intervención inconstitucional podrán ser valoradas.

El problema de la excepción de la buena fe es que parte de la premisa de que el principal objetivo de la Regla de Exclusión es disuadir las conductas inconstitucionales que realice la policía. Esto puede ser muy válido en los Estados Unidos, pero en España solo sería aplicable en cuanto esa disuasión sea una forma de lograr la tutela del derecho fundamental porque, como ya está claramente establecido desde 1984, la Regla de Exclusión española es una garantía objetiva implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya función es precisamente la protección estos derechos.

1. Origen de la excepción de la buena fe

El origen de esta teoría se remonta a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos dictada en el caso *United States v. Leon*⁵⁶³, en el cual la policía había registrado varias viviendas y automóviles en busca de drogas. La investigación se realizó con base en una orden judicial, no obstante, se determinó en el juicio que la motivación no era suficiente y dicha autorización fue anulada. En el recurso ante la Corte Suprema se discutió la posibilidad de valorar las pruebas que se obtuvieron gracias a esa orden.

Con *Leon*, la Corte abandonó el fundamento constitucional de la Regla de Exclusión y determinó que ésta última es más bien un instrumento judicial que tiene por objeto disuadir las malas conductas policiales. En este sentido, la sentencia establece que:

“la IV Enmienda no contiene ninguna provisión que expresamente precluya el uso de pruebas obtenidas en contra de sus mandatos (...). La Regla [de Exclusión] opera entonces como un remedio creado judicialmente y diseñado para salvaguardar los derechos de la IV Enmienda,

⁵⁶³ 468 U.S. 897 (1984).

usualmente a través del efecto disuasorio, y no como un derecho constitucional de la parte agraviada”.

Al ser un remedio judicial, y no un mecanismo constitucional, la Regla de Exclusión dejaría de ser de obligatoria aplicación. Así, si su objetivo principal es disuadir las conductas inconstitucionales de los policías –en lugar de garantizar los derechos fundamentales–, deberá aplicarse solo cuando cumpla dicho propósito. Para determinar si ha de excluirse una prueba ilícita, los tribunales deberán hacer un juicio de ponderación para decidir si los beneficios del efecto disuasorio son mayores que los costos sociales derivados de aplicar de aplicar la Regla de Exclusión⁵⁶⁴.

Se determinó que el hecho de que la orden judicial no estuviera debidamente fundada había sido un error del juez y no del policía. Como los jueces no son propensos a vulnerar la IV Enmienda, el efecto disuasorio no les resulta aplicable y tampoco la Regla de Exclusión. Ésta última solo puede funcionar como remedio contra las actuaciones policiales⁵⁶⁵.

En el caso analizado la policía había actuado con una autorización judicial formalmente válida, realizando los registros de buena fe y confiando en que sus

⁵⁶⁴ El *test* de ponderación fue explicado anteriormente en *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974). La Corte Suprema comentó que “los costos sociales sustanciales impuestos por la Regla de Exclusión para la reivindicación de los derechos de la IV Enmienda han sido por mucho tiempo fuente de preocupación. Nuestros casos han reconocido constantemente que la aplicación inflexible de la sanción de exclusión para aplicar ideales de rectitud gubernamental impide inaceptablemente la función de búsqueda de la verdad del juez y del jurado... Una objetable consecuencia colateral de esta interferencia con la función de búsqueda de la verdad del sistema de justicia penal es que algunos acusados culpables pueden quedar libres o recibir condenas reducidas como resultado de negociaciones favorables. Particularmente cuando los agentes policiales han actuado con buena fe objetiva o sus transgresiones han sido menores, la magnitud del beneficio conferido a esos acusados culpables ofende los conceptos básicos del sistema de justicia penal. La aplicación indiscriminada de la Regla de Exclusión, por tanto, puede ‘generar irrespeto por la ley y la administración de justicia’... Así, ‘como con cualquier mecanismo de remedio, la aplicación de la Regla ha sido restringida a esas áreas en donde sus objetivos se consideran logrados con mayor eficiencia’...”.

⁵⁶⁵ “El propósito disuasorio de la Regla de Exclusión necesariamente asume que la policía ha realizado de forma voluntaria, o al menos negligente, una conducta que ha vulnerado algún derecho del acusado. Al rehusarse a admitir las pruebas obtenidas como resultado de dicha conducta, los tribunales esperan infundir en esos agentes de investigación particulares, o en sus futuros compañeros, un mayor grado de respeto hacia los derechos del acusado. Cuando la actuación policial ha sido realizada completamente de buena fe, sin embargo, el objetivo disuasorio pierde mucha de su fuerza”. *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

acciones no vulneraban ningún derecho fundamental⁵⁶⁶. La Corte concluyó que, como la exclusión de la prueba en este caso no lograría el efecto disuasorio, entonces no hacía falta aplicar la sanción de exclusión.

“Nosotros creemos que esto es particularmente cierto cuando un oficial actúa objetivamente con buena fe porque ha obtenido una autorización de un juez o magistrado y está actuando dentro de sus funciones. En la mayoría de estos casos, no hay ilicitud policial y por tanto no hay nada que disuadir. Es responsabilidad del juez el determinar si las alegaciones de la policía establecen causa probable suficiente y, de ser así, el emitir una orden que cumpla todos los requisitos de la IV Enmienda. En el caso ordinario, no se puede esperar que un oficial cuestione la determinación de causa probable hecha por el juez o su juicio de que la autorización es formal y técnicamente suficiente (...). Penalizar al oficial por el error del juez, no por el suyo propio, no puede contribuir lógicamente a la disuasión de las violaciones de la IV Enmienda. Concluimos que los beneficios marginales o inexistentes que se producirían al suprimir pruebas obtenidas al confiar de manera objetivamente razonable en una orden judicial que después resulta ser inválida no puede justificar los costos sustanciales de la exclusión”.

2. Reconocimiento de la excepción en España

La jurisprudencia española ya se había referido a la buena fe policial y al efecto disuasorio de la Regla de Exclusión antes de reconocer formalmente esta excepción⁵⁶⁷. El establecimiento expreso de esta teoría como excepción a la exclusión de las pruebas ilícitas se concretó finalmente en la STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003\22)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ De acuerdo con la Corte Suprema, la determinación de la buena fe o “confianza razonable” de actuar conforme a la Constitución es un análisis objetivo de las situaciones y no se refiere a la conciencia subjetiva del policía. Así, para determinar si hay buena fe es necesario preguntarse “si un oficial bien entrenado habría sabido que el registro era ilegal a la luz de todas las circunstancias” del caso.

⁵⁶⁷ Por ejemplo en la STS 974/1997, de 4 de julio (RJ 1997\6008), se reconocía ya que “la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, *ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal*” (la cursiva es nuestra). Posteriormente establecía esta misma sentencia que “la limitación del ‘descubrimiento inevitable’ debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de ‘buena fe’, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a ‘acelerar’ por vías no constitucionales la obtención de pruebas...”.

⁵⁶⁸ Entre la doctrina española, analizan esta excepción GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 143 y 144; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial...*, cit., pp.163-191; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, cit.; DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Algunas consideraciones sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita: excepciones y eficacia”,

En este caso un hombre amenazó a su pareja y realizó dos disparos contra la puerta de la habitación en donde ella se había encerrado. La policía, que había recibido una llamada telefónica, se encontraba fuera de la casa cuando escuchó los disparos. Los oficiales entraron al domicilio para comprobar el estado de la situación, detuvieron al hombre y lo llevaron a la comisaría.

Poco después se presentaron otros policías en la casa. No contaban con orden judicial, pero la mujer (víctima) y su hijo los dejaron entrar y les mostraron las armas que poseía el marido, entre las que se encontraba una pistola de tenencia ilegal. El acusado fue condenado por un delito de amenazas y también por la tenencia ilícita del arma de fuego.

En el recurso de amparo se alegaba que la obtención del arma se había producido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio porque los policías que la encontraron no estaban legitimados para entrar en la vivienda (no había flagrancia, orden judicial, ni autorización del imputado). Tras un amplio análisis sobre el contenido de ese derecho, el TC determinó que sí se había vulnerado el artículo 18.2 CE porque, en supuestos como este, la mujer (víctima) no estaba legitimada para autorizar la entrada y el registro de las pertenencias de su marido (imputado), ya que existía una contraposición de intereses con relación a la garantía de la inviolabilidad del domicilio⁵⁶⁹.

en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), *Constitución y democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid 2012, v. II, p. 1523-1525; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión...”, cit., pp. 140-142; COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales...”, cit., pp. 152-155; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La prueba ilícita y la prueba penal refleja...”, cit., p. 86.

⁵⁶⁹ “Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes... Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido”

No obstante, a pesar de que se vulneró el derecho fundamental, el TC concluyó que las pruebas podían ser valoradas porque los policías, al obtenerlas, habían actuado de buena fe, con la creencia legítima de que procedían conforme a la Constitución porque habían accedido al domicilio y a las fuentes de prueba con el consentimiento de la señora y de su hijo, que eran habitantes de esa vivienda.

“...desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto”.

En este sentido, se estima que no hay negligencia ni culpa por parte de los agentes que lesionaron el derecho fundamental, ni de los órganos judiciales que valoraron las pruebas controvertidas. Por esto no es necesario excluirlas, porque su supresión no lograría ningún efecto disuasorio. Es importante considerar que con esta sentencia se justifica una excepción a la Regla de Exclusión que permite valorar las pruebas ilícitas *directas* –recordemos que hasta ese momento, todas las excepciones se referían a las pruebas derivadas, respetando la exclusión de las pruebas originariamente ilícita⁵⁷⁰.

La sentencia continúa perfilando la excepción de la buena fe en el sentido que:

(STC 22/2003, de 10 de febrero [RTC 2003\22]).

⁵⁷⁰ Algunos párrafos antes, la sentencia comentada indicaba que “la prohibición de valoración [de las pruebas ilícitas] atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que *el sistema de excepciones* en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, *en principio, a la prueba derivada o refleja...*” (la cursiva es nuestra). Pero además decía que “hemos de partir, *en principio*, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril (TOL81.121), ‘la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental’...”. De esta forma el TC está disolviendo la obligatoria aplicación de la Regla de Exclusión porque “en principio” hay que excluir las pruebas ilícitas directas y, “en principio”, las excepciones se han venido aplicando siempre a las pruebas derivadas; pero ahora, a partir de la STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003\22), el sistema de excepciones se extiende también las pruebas cuya obtención haya infringido *de forma directa* un derecho fundamental.

“La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar... Ese rechazo determina que hayan de desestimarse las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia...”.

A diferencia de *Leon*, en este caso la policía no actuaba basándose en una orden judicial que creyeran válida. Se trata más bien de una interpretación del ordenamiento jurídico, conforme a la cual ellos entendían que el consentimiento de la mujer era suficiente para acceder al interior del domicilio y a las fuentes de prueba. Sin embargo, el TC dice que había un “déficit en el estado de la interpretación del ordenamiento”, que no se puede atribuir a los oficiales de la policía. Al contrario, según el TC, si la policía hubiera tenido conciencia de que necesitaban una autorización para registrar la vivienda, la habrían obtenido y esto hubiera conducido “sin lugar a dudas al mismo resultado”. En vista de ello adopta la misma postura que la Corte Suprema de Estados Unidos y concluye que en estos casos, en donde la policía actúa de buena fe, la Regla de Exclusión “se revela como un remedio impertinente y excesivo”. Se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero aun así la prueba se puede valorar sin que ello implique el quebranto de ninguna garantía procesal constitucional.

IV. RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LAS TEORÍAS DE EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS

A. ¿POR QUÉ SE CREAN EXCEPCIONES A LA TEORÍA DEL EFECTO REFLEJO Y A LA REGLA DE EXCLUSIÓN?

Cuando se adoptó la Regla de Exclusión, tanto en España como en Estados Unidos, se pretendía que ésta fuera un instrumento que asegurase la constitucionalidad

en la obtención de las pruebas. En este sentido, la exclusión de la prueba ilícita fue concebida como un mecanismo que limitaría las actuaciones de los poderes públicos para que la investigación de los hechos criminales se circunscribiera al marco constitucional. En España, este efecto se extendió también a la búsqueda de pruebas por parte de particulares, manteniendo en todo caso su fundamento constitucional.

Para que la Regla de Exclusión fuese realmente eficaz, se adoptó también la teoría de los frutos del árbol envenenado, o teoría del efecto reflejo, con el fin de evitar que la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales pudiera ser aprovechada indirectamente a través de la valoración de pruebas derivadas.

No obstante, los órganos judiciales no tardaron en darse cuenta de que la aplicación rigurosa de estas teorías conducía a la liberación de delincuentes que habían cometido horribles crímenes (asesinatos, violaciones, narcotráfico, etc.), poniendo en peligro otros intereses sociales como la seguridad y la fiabilidad del sistema de justicia penal. Además, cuando se trataba de casos mediáticos, esto conllevaba el escándalo social y la condena por parte de la opinión pública, que no comprendía como esos peligrosos criminales eran absueltos debido a un mero tecnicismo procesal.

La balanza, entonces, dejó de inclinarse a favor del garantismo procesal y se volcó hacia la represión del delito y la seguridad ciudadana. La prioridad pasó a ser la averiguación de la verdad, necesaria para castigar al delincuente. Además, el surgimiento de nuevas formas delictivas, la globalización del crimen, el terrorismo internacional, las organizaciones del narcotráfico y la impunidad de los corruptos fueron también factores que llevaron a los tribunales (tanto españoles como estadounidenses) a considerar que, en ocasiones, no convenía excluir ciertas pruebas –aunque se hubiesen obtenido inconstitucionalmente–, porque era necesario condenar a los acusados que habían cometido estos horribles delitos⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Sobre surgimiento de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita como respuesta a los casos de impunidad véase GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 145-147; ARMENTA DEU, T., “La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, no. 2, pp. 356 y 357; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 43-45; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, cit.; JIMÉNEZ SEGADO, C.,

Entonces, sin derogar la Regla de Exclusión ni la teoría de los frutos del árbol envenenado, que se habían mostrado útiles para proteger los derechos fundamentales procesales y sustantivos, los altos tribunales comenzaron a crear teorías de excepción que les permitieran valorar ciertas pruebas ilícitas derivadas (y a veces directas), cuando la condena del imputado se presentaba como una exigencia para lograr la justicia material del caso. Paulatinamente fueron aumentando las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, tanto que hoy en día se ha llegado a un punto en el cual la doctrina se cuestiona si la Regla de Exclusión seguirá viva por mucho tiempo.

En la actualidad, la Regla de Exclusión, la teoría del efecto reflejo y las diversas excepciones que hemos analizando anteriormente conviven dentro del mismo sistema jurídico, de manera que cada vez cobra más importancia la discrecionalidad judicial en cuanto a la última decisión sobre cuáles pruebas se excluyen y cuáles se valoran. En la doctrina española existen dos corrientes opuestas con relación a este punto: una de ellas defiende la aplicación de las excepciones porque prioriza la averiguación de la verdad material y la represión del delito; la otra se opone a las excepciones porque da mayor importancia a la defensa de las garantías procesales constitucionales. A continuación analizaremos estas posturas.

B. TEORÍAS A FAVOR DE LA SEGURIDAD Y LA REPRESIÓN DEL DELITO

Los autores que sostienen esta postura defienden la aplicación de excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado porque consideran que es necesario limitar el efecto reflejo de la prueba ilícita⁵⁷². No se puede obviar aquellas pruebas que existen y que demuestran la comisión de un delito, porque esto iría en contra de los intereses sociales, provocando impunidad e injusticia.

“La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’...”, cit.; COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales...”, cit., pp. 140-141.

⁵⁷² Entre los autores que son partidarios de aplicar las excepciones jurisprudencialmente creadas por el TC y el TS, podemos destacar a GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 119-145; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales...”, cit.; JIMÉNEZ SEGADO, C., “La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’...”, cit.; COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales...”, cit., pp. 159-161.

Remarca esta postura que no existe un derecho fundamental a la exclusión de las pruebas ilícitas y de sus derivadas, sino que la Regla de Exclusión es una garantía instrumental al derecho a un proceso con todas las garantías (integrada en el derecho a la igualdad procesal y en el derecho a la presunción de inocencia). En este sentido, aportar una prueba ilícita al proceso no afecta necesariamente el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías⁵⁷³.

Además, si se observan las tendencias internacionales sobre exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, se aprecia que la mayoría de los países han adoptado excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Estados Unidos, particularmente, ha servido de guía para España en estos temas. El efecto disuasorio que fundamenta la Regla de Exclusión en dicho país, tiene cabida en el ordenamiento jurídico español, tanto como fundamento de la Regla de Exclusión como criterio de valoración para aplicar las excepciones⁵⁷⁴.

Con relación al artículo 11.1 LOPJ, sostienen algunos partidarios de esta postura que la función de dicha norma es trasladar la doctrina de la STC 114/1984 al ordenamiento positivo, por motivos de seguridad jurídica. Sin embargo, los preceptos legales deben interpretarse a la luz de la CE y de la doctrina del TC, de acuerdo con el principio de constitucionalidad, y no viceversa⁵⁷⁵. Por tanto, el artículo 11.1 LOPJ deberá interpretarse tomando en cuenta las excepciones creadas jurisprudencialmente por el TC (por ejemplo, la conexión de antijuridicidad y la doctrina de la buena fe). En síntesis, la Regla de Exclusión establecida en el artículo 11.1 LOPJ vendría a ser una regla general, pero que admite excepciones dependiendo de las circunstancias del caso concreto y las teorías elaboradas por el TC.

Conforme a esta postura, la Regla de Exclusión no es un absoluto que deba interpretarse y aplicarse de manera rígida. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, no se puede dar una ponderación normativa por inamovible o

⁵⁷³ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales...”, cit., p. 12; MARTI SANCHEZ, N. “La llamada ‘prueba ilícita’...”, cit., pp. 152-154.

⁵⁷⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales...”, cit., p. 12.

⁵⁷⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 138.

definitivamente realizada. La norma jurídica coexiste con reglas y principios de igual o superior valor. Así, la Regla de Exclusión debe ponderarse con el interés social de lograr una efectiva justicia criminal. La aplicación estricta de la Regla de Exclusión puede generar grandes costos sociales que al final son excesivos en comparación con el beneficio que se consigue al aplicar dicha Regla⁵⁷⁶.

Las excepciones creadas por el TC y el TS se dirigen en la mayor parte de los casos a las pruebas derivadas. Existe cierta reticencia a aplicarlas de forma generalizada a las pruebas directas, no obstante, ya se ha logrado hacerlo a través de teorías como la de la buena fe⁵⁷⁷. Si bien el legislador y el TC realizan una ponderación de intereses en abstracto, al analizar el tema de la exclusión de las pruebas ilícitas, serán los órganos jurisdiccionales ordinarios quienes deberán ponderar esos intereses con relación a los casos concretos que conozcan, para determinar cómo aplicar la Regla de Exclusión, la teoría del efecto reflejo y las teorías de excepción, en cada caso particular⁵⁷⁸.

No obstante lo anteriormente expuesto, los autores que respaldan la aplicación de las excepciones señalan a la vez que esto debe realizarse con cierta precaución, especialmente cuando se trata de aplicar la teoría de la conexión de antijuridicidad⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp.120-123.

⁵⁷⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales...”, cit., p. 12. Sostiene GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 128-130; que se puede excepcionar la Regla de Exclusión (es decir, valorar la prueba ilícita directa) en tres supuestos concretos. El primero es la valoración de la prueba prohibida a favor del imputado (*pro reo*), la segunda es la excepción de la buena fe y la tercera es la excepción del estado de necesidad. Esta última, explica el autor, se refiere aquellos casos en los que una persona ha vulnerado el derecho fundamental porque no tenía vías alternativas lícitas para probar sus pretensiones y la prueba obtenida ilícitamente le sirve para evitar un mal propio o ajeno de superior entidad que la infracción del derecho fundamental producida en la actividad investigadora.

⁵⁷⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp.124-127; sugiere que los tribunales tengan en cuenta estos factores al momento de decidir sobre la exclusión de una prueba directa o indirecta: 1. La gravedad o entidad objetiva de la infracción, 2. La intencionalidad del infractor, 3. La naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado por el infractor, 4. La dificultad probatoria, 5. La naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado (posibilidad teórica de limitar lícitamente ese derecho), 6. La inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos, 7. Las consecuencias de la aplicación de la Regla de Exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección.

⁵⁷⁹ JIMÉNEZ SEGADO, C., “La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’...”, cit., p. 6. Señala el autor que la teoría de la conexión de antijuridicidad es útil y su aplicación no puede desterrarse sin más. “Sin

Por un lado, porque se entiende que la Regla de Exclusión es justamente eso, la regla, y su inaplicación debería suceder en casos excepcionales y motivados, es decir que las excepciones no deberían convertirse en la regla general⁵⁸⁰. Por tanto, la aplicación de dichas teorías deberá manejarse con especial precaución para evitar que se conviertan en fuente de inseguridad jurídica o que se vacíe de contenido efectivo el artículo 11.1 LOPJ⁵⁸¹.

C. TEORÍAS A FAVOR DE LAS GARANTIAS PROCESALES CONSTITUCIONALES

Los autores que se decantan por la postura garantista se oponen a la aplicación de excepciones a la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ⁵⁸². Es esencial para ellos el fundamento constitucional de la exclusión, recogido desde un inicio por el TC en la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114), según la cual la exclusión de la

embargo, tal y como está redactado el art. 11.1 LOPJ, las críticas de ilegalidad recibidas son difíciles de superar. Habrá de prestarse, por ello, especial atención a la hora de comprobar que el producto derivada no haya sido contaminado, eliminándolo a la más mínima duda...”.

⁵⁸⁰ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp.144 y 145. Así, advierte el autor que “...debemos extremar la prudencia, pues existe el riesgo de que el portillo que supone la afirmación de que la regla de exclusión no tiene un carácter absoluto, pueda servir para dar entrada a tal número de excepciones que éstas se conviertan en la regla general o que, cuando menos, creen una indeseable situación de inseguridad jurídica. Hay que tener presente que únicamente en supuestos muy excepcionales, contando con una motivación suficiente, podrá ser admitida en el proceso una prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales”.

⁵⁸¹ COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales...”, cit., p. 148; quien cita la jurisprudencia del TS. En este sentido y “como se ha indicado, estas excepciones tratan de evitar la impunidad y de proteger el proceso penal de posibles fallos en su investigación que podrían llevar a la absolución del imputado. Como pone de relieve el TS36 «es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada ‘conexión de antijuridicidad’ (...) pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1.º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985» (STS, Sala Segunda, de 18 de julio de 2002 [RJ 2002\7997]).

⁵⁸² Como partidarios de la postura garantista podemos citar a autores como GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 108-147; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial...*, cit., pássim; ASENCIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad...”, cit., pp. 85-100; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 122-142; MARTINEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pássim; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 82-91; ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M., *La prueba ilícita penal...*, cit., pássim.

prueba ilícita es una garantía que se deriva del sistema constitucional de derechos fundamentales y que forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la igualdad procesal. La finalidad principal de dicha exclusión es entonces la preservación de los derechos fundamentales.

También este sector de la doctrina reconoce que las excepciones surgieron con el fin de evitar la impunidad de los delincuentes, no obstante se oponen a ellas por diferentes motivos. Por un lado, se considera que las excepciones a la Regla de Exclusión y a la teoría del efecto reflejo responden a consideraciones utilitaristas (castigar al delincuente) y de economía procesal, priorizando éstas y relegando a un segundo plano la naturaleza constitucional de la exclusión. Uno de los problemas generados es que a través de las excepciones se protege a la autoridad pública de los fallos que puede haber cometido durante la investigación y, además, se convalidan procesalmente las diligencias que fueron realizadas infringiendo los derechos fundamentales. La búsqueda de la verdad no es un criterio suficiente para justificar la vulneración de los derechos constitucionales. En la práctica, la reiterada creación de nuevas excepciones está vaciando de contenido al artículo 11.1 LOPJ y eso está produciendo una situación de inseguridad jurídica. En este sentido, las excepciones más criticadas, por el impacto que han tenido en la aplicación de la Regla de Exclusión, son⁵⁸³:

- a) *El descubrimiento inevitable*⁵⁸⁴: Porque se basa en conjeturas y razonamientos hipotéticos. No se puede saber con certeza si el descubrimiento realmente iba a producirse aunque no se violentara el derecho fundamental. Aplicar esta excepción pone en riesgo la presunción de inocencia, que solo puede

⁵⁸³ Las demás excepciones también han sido refutadas por los autores que conforman la postura garantista, si bien con menos beligerancia. La *teoría de la fuente independiente* ha sido aceptada en cuanto delimita la teoría de los frutos del árbol emponzoñado, no obstante se aconseja precaución al aplicarla ya que a veces puede calificarse de independiente una prueba que realmente no lo sea. La *excepción del nexo causal atenuado*, por otro lado, ha afectado la aplicación del artículo 11.1 LOPJ, porque ha servido como cimiento para la construcción posterior de otras teorías de excepción, como la desconexión de antijuridicidad y la confesión voluntaria del acusado. La *excepción del hallazgo casual* ha sido, posiblemente, una de las excepciones menos criticadas.

⁵⁸⁴ Se muestran contrarios a esta teoría MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., p. 128; GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 124; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 87 y 88; MARTINEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 73-76.

desvirtuarse mediante la actividad probatoria lícita, y no a través de suposiciones de lo que podría haber sucedido. La subjetividad de esta teoría lleva a que el parámetro de inevitabilidad vaya sufriendo una degradación continua, de modo que al final resulta que casi todo estaba a punto de ser descubierto.

- b) *La conexión de antijuridicidad*⁵⁸⁵: Debido a su construcción artificiosa y a los términos vagos e imprecisos con los que ha sido construida. A través de la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998\81), se está reformulando el fundamento de la Regla de Exclusión, poniéndose el acento en el efecto disuasorio. En este sentido, se entremezclan sistemas y principios jurídicos de España y Estados Unidos, que no coinciden. Afirman los detractores de esta teoría que la excepción de la conexión de antijuridicidad viene a contradecir el valor superior de los derechos fundamentales y a quebrar con el modelo constitucional español. Gracias a ella, la interdicción de la prueba refleja deja de tener un carácter absoluto y queda abierta la posibilidad de ir introduciendo nuevas excepciones, contrarias al artículo 11.1 LOPJ, con lo cual se crea una situación de inseguridad jurídica. Además, la aplicación de esta teoría depende de la voluntad del órgano judicial y esa discrecionalidad puede llevar a que dos casos idénticos tengan un tratamiento desigual. Como consecuencia de la teoría de la conexión de antijuridicidad, la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales es subsanada a través de la valoración de las pruebas derivadas. Un problema adicional es que esta teoría no sirve necesariamente para disuadir a la policía de infringir los derechos fundamentales, sino que al contrario, podría inducir tales vulneraciones, alentando la utilización de métodos ilícitos de investigación al permitir que las pruebas reflejas se valoren, convalidándose así la diligencia ilícita originaria.

⁵⁸⁵ ASECIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad...”, cit., pp. 85-100; GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 127-135; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial...*, cit., pp. 133-135; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 129-133; DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., pp. 91-94; MARTINEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 87-89.

- c) *La confesión voluntaria*: ya que la información que se obtiene suele estar íntimamente relacionada con la prueba prohibida. Cuando el acusado confiesa, lo hace como respuesta a la exigencia de explicación de un hallazgo que se produjo con vulneración de sus derechos fundamentales. Este hallazgo ilícito se acepta en el proceso como un hecho a partir del cual el acusado deberá construir su defensa, de manera que, en realidad, se está utilizando indirectamente la prueba inconstitucional⁵⁸⁶. Otro inconveniente muy grave surge cuando se condena con base en la confesión, sin que haya más pruebas de cargo. En estos casos se genera una situación de insuficiencia probatoria, por lo que no podría desvirtuarse la presunción de inocencia. Una condena que se base solamente en la confesión del acusado (relacionada con una prueba ilícitamente obtenida), debería considerarse inconstitucional⁵⁸⁷.
- d) *La teoría de la buena fe*⁵⁸⁸: que es particularmente grave, porque permite valorar las pruebas ilícitas directas. Por ello, la doctrina considera que esta excepción ha venido a neutralizar la aplicación de la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ. Su admisión resulta cuestionable desde el modelo continental europeo, en el cual la interdicción de la prueba prohibida se basa primordialmente en los derechos fundamentales y no en el posible efecto disuasorio de su exclusión procesal.

En general, los autores que sostienen la postura garantista rechazan las excepciones al artículo 11.1 LOPJ porque la adopción de dichas teorías supone mezclar dos sistemas jurídicos diferentes. Las excepciones se basan en el modelo estadounidense, de acuerdo con el cual la Regla de Exclusión es un remedio judicial para disuadir a la policía de cometer infracciones constitucionales y se aplica sólo como

⁵⁸⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 38; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial...*, cit., pp. 160-162.

⁵⁸⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 133-139.

⁵⁸⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., p. 144; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial...*, cit., pp. 189-191; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 103-107.

“último recurso”⁵⁸⁹. En cambio, en el sistema español la Regla de Exclusión es una garantía que se desprende del sistema de derechos fundamentales y de su primacía constitucional (art. 10 CE). Por tanto, basarse en el efecto disuasorio para aplicar las excepciones norteamericanas a la Regla de Exclusión española conlleva mezclar principios y sistemas jurídicos diferentes que en realidad no encajan⁵⁹⁰. Además, se introducen y desarrollan las excepciones a través de la jurisprudencia del TC y del TS, mecanismo propio del *Common Law*, pero que no tiene cabida en un país cuyo sistema corresponde al *Civil Law*⁵⁹¹. En Estados Unidos son los tribunales quienes crean e

⁵⁸⁹ En *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009), la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció en los siguientes términos:

“The Fourth Amendment protects ‘[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures,’ but ‘contains no provision expressly precluding the use of evidence obtained in violation of its commands,’ *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1, 10, 115 S.Ct. 1185, 131 L.Ed.2d 34 (1995). Nonetheless, our decisions establish an exclusionary rule that, when applicable, forbids the use of improperly obtained evidence at trial. See, e.g., *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 398, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914). We have stated that this judicially created rule is ‘designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect.’ *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348, 94 S.Ct. 613, 38 L.Ed.2d 561 (1974)...”

“The fact that a Fourth Amendment violation occurred—*i.e.*, that a search or arrest was unreasonable—does not necessarily mean that the exclusionary rule applies. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 223, 103 S.Ct. 2317, 76 L.Ed.2d 527 (1983). Indeed, exclusion ‘has always been our last resort, not our first impulse,’ *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 591, 126 S.Ct. 2159, 165 L.Ed.2d 56 (2006), and our precedents establish important principles that constrain application of the exclusionary rule.”

“... The exclusionary rule is not an individual right and applies only where it ‘result[s] in appreciable deterrence.’ *Leon*, *supra*, at 909, 104 S.Ct. 3405 (quoting *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 454, 96 S.Ct. 3021, 49 L.Ed.2d 1046 (1976)). We have repeatedly rejected the argument that exclusion is a necessary consequence of a Fourth Amendment violation. *Leon*, *supra*, at 905–906, 104 S.Ct. 3405; *Evans*, *supra*, at 13–14; *Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott*, 524 U.S. 357, 363, 118 S.Ct. 2014, 141 L.Ed.2d 344 (1998). Instead we have focused on the efficacy of the rule in deterring Fourth Amendment violations in the future. See *Calandra*, *supra*, at 347–355, 94 S.Ct. 613; *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 486, 96 S.Ct. 3037, 49 L.Ed.2d 1067 (1976).”

⁵⁹⁰ Destacamos la reflexión que hace sobre este tema ASENCIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad...”, cit., pp. 85-100.

⁵⁹¹ Para una comparación más amplia sobre estos dos sistemas, véase FINE, T., “Common Law and Civil Law Systems: Some Defining and Distinguishing Characteristics”, en *Anuario Jurídico de Villanueva*, no. 3, 2009, pp. 143 y ss; JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia*, no. 2, 2013, pp. 201-304; PEJOVIC, C., “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, no. 32, 2001, pp. 817-841; DAINOW, J., “The Civil Law

interpretan la ley a través de sus sentencias, pero en España existe un cuerpo legislativo que antecede los fallos judiciales y que debe ser respetado y aplicado por los jueces. La adopción de estas excepciones en España contradice el principio de legalidad, porque se infringe abiertamente el artículo 11.1 LOPJ, y subordina los derechos y garantías constitucionales a la investigación de la verdad.

Al actuar de esta forma, adoptando jurisprudencialmente las excepciones estadounidenses, el TC está actuando como un legislador paralelo, construyendo criterios de nulidad al margen de la legislación positiva. Las excepciones adoptadas hacen que la aplicación de la Regla de Exclusión y la teoría del efecto reflejo (legalmente estipuladas en la LOPJ) quede a discreción de los jueces. Esto podría provocar la emisión de resoluciones dispares y, en consecuencia, un problema de seguridad jurídica⁵⁹².

Como alternativa a la creación indefinida de excepciones y a la impunidad provocada por la aplicación formalista de la Regla de Exclusión, los autores que conforman este sector garantista han propuesto dos vías complementarias para intentar equilibrar la situación actual de la prueba prohibida; esas vías son *la formación y la legalización*⁵⁹³. Por un lado, se ha señalado la imperativa necesidad de mejorar la formación jurídica de los órganos de persecución penal, especialmente la policía, para evitar que durante la investigación de los hechos se vulneren los derechos

and the Common Law: Some Points of Comparison”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, no. 3, 1966-1967, pp.419-435; ROBBINS COLLECTION (THE), “The Common Law and Civil Law Traditions”, University of California at Berkeley, disponible en <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>; HADFIELD, G., “The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law”, presentación realizada en la Yale Law School, marzo 2006, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_Quality_of_Law_in_Civil_Code.pdf.

⁵⁹² En este sentido, compartimos las opiniones elocuentemente expresadas por ASECIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad...”, cit., pp. 85-100.

⁵⁹³ Con relación a estas propuestas de formación y legalización puede consultarse GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida...”, cit., pp. 145-147; ASECIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad...”, cit., pp. 97-100; MARTINEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., pp. 81-89; ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M., *La prueba ilícita penal...*, cit., 110-115.

fundamentales (no tanto porque haya disuasión o no, sino porque se conoce y respeta su relevancia constitucional).

Por otro lado, se ha puesto de relieve la necesidad de regular legalmente los supuestos de prohibiciones probatorias, desarrollándolos más allá del artículo 11.1 LOPJ⁵⁹⁴. Es cierto que dichos supuestos son muy numerosos, como para normalizarlos uno a uno, pero podrían fijarse criterios más específicos que ayuden a determinar la extensión del efecto contaminante de la prueba ilícita. Así por ejemplo, la ley podría ser más precisa al regular cómo se debe restringir los derechos fundamentales, cuáles son los derechos cuya vulneración genera la ilicitud probatoria, cuáles son los efectos o consecuencias procesales de este tipo de pruebas y, en todo caso, si cabría aplicar las excepciones a la teoría del efecto reflejo y en qué circunstancias⁵⁹⁵.

D. VALORACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 11.1 LOPJ

Hemos explicado cómo surgieron y en qué consisten las distintas excepciones que los tribunales españoles han reconocido con relación a la exclusión de las pruebas ilícitas directas y reflejas. Además, hemos expuesto las principales posturas doctrinales tanto a favor como en contra de la adopción de tales teorías.

Para expresar nuestro punto de vista hemos de comenzar por la raíz de la Regla de Exclusión. En verdad, la teoría de la supresión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas surge (tanto en Estados Unidos, como en España y en otros países) como la reacción de una sociedad que desea consolidar un proceso judicial garantista, que se desarrolle respetando los derechos y libertades consignados en la Constitución y los tratados internacionales. En un momento particular, los juristas se dieron cuenta de que en la investigación criminal se estaban cometiendo demasiados excesos: el gobierno había estado vulnerando los derechos de los ciudadanos con el pretexto de investigar

⁵⁹⁴ Se podría tomar como guía la clasificación desarrollada por BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Ed. Schletter, Breslau 1903.

⁵⁹⁵ Por ejemplo, se ha reconocido que una excepción constitucionalmente válida a la Regla de Exclusión sería la valoración de la prueba ilícita a favor del imputado, es decir, cuando sean pruebas exculpatorias. Entre otros, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 107-109.

hechos criminales. La Regla de Exclusión surgió entonces como una respuesta procesal, constitucional y jurisdiccional a esta situación de constantes infracciones, buscando reconducir los criterios de investigación criminal de manera que las diligencias se enmarcaran dentro de parámetros constitucionales, “civilizados” y democráticos, propios de un Estado de Derecho.

Poco a poco, gracias a la aplicación de la Regla de Exclusión, se fue creando conciencia sobre el respeto a los derechos fundamentales. Sus efectos pronto se extendieron a través de la teoría de los frutos del árbol envenenado. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los órganos judiciales llegaron a encontrarse frente a situaciones de injusticia e impunidad generadas por la aplicación de la misma Regla de Exclusión. Particularmente, debido al devenir de la sociedad y la globalización del crimen, cierto tipo de delitos han cobrado un mayor grado de importancia. El narcotráfico, la corrupción y el crimen organizado han estado gozando relevancia social y mediática, por ello son delitos en los cuales pareciera especialmente grave dejar libre a un delincuente. Es entonces cuando comienzan a aplicarse las excepciones. Esta evolución pendular de exclusión, expansión y reduccionismo se desarrolló en los Estados Unidos a lo largo de prácticamente un siglo (1914-2011). En España, en cambio, se ha aprovechado la experiencia norteamericana y el desarrollo de la Regla de Exclusión y sus excepciones ha sido mucho más acelerado (1984-2003). Posiblemente la velocidad de los cambios jurisprudenciales hace que éstos sean más difíciles de digerir, por ejemplo, cuando se adopta la teoría del efecto reflejo y un año más tarde ésta ya se está restringiendo (1994-1995).

Si bien son minoritarias, existen otras posturas doctrinales que podemos denominar eclécticas o intermedias, que no están de acuerdo con la creación de excepciones ilimitadas, pero tampoco defienden la aplicación rígida de la Regla de Exclusión⁵⁹⁶. Estos autores proponen una suerte de aplicación flexible del artículo 11.1

⁵⁹⁶ Podemos citar como ejemplo las opiniones expresadas por URBANO CASTRILLO, E., “Criterios dominantes sobre la desconexión de la antijuridicidad...”, cit.; ARMENTA DEU, T., “La verdad en el filo de la navaja...”, cit., pp. 376 y 377; MARTINEZ SANTOS, A., “Función de la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ en los procesos civil y penal”, en ARMENTA DEU, T. (coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal, ¿una dirección adecuada?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 185-225; y COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales...”, cit., pp. 159-161.

LOPJ; el problema es que no terminan de especificar cómo ha de lograrse ese balance entre el garantismo puro y la búsqueda de la verdad material a toda costa. Entonces, como la pescadilla que se muerde la cola, regresamos al punto inicial de partida: el conflicto de intereses constitucionales (la verdad y la justicia *versus* los derechos fundamentales), la ponderación de valores y la aplicación del principio de proporcionalidad.

No es fácil ofrecer una solución inequívoca al problema de la prueba ilícita⁵⁹⁷. Por un lado, los autores que favorecen la seguridad y la investigación criminal terminan diciendo que hay que aplicar las excepciones “pero con precaución”. Por el otro, los autores garantistas defienden una aplicación más literal del artículo 11.1 LOJP, pero acaban reconociendo que esto puede generar impunidad y que hay todavía problemas por resolver en el ámbito legislativo y en el de la investigación criminal.

Comprendemos que, en esta encrucijada de intereses, los órganos judiciales se encuentran precisamente entre la espada y la pared; que han analizado a fondo cada caso y se han valido de distintas teorías para ir perfilando los contornos de la Regla de Exclusión actual. No estamos de acuerdo con aquellos autores que dicen que la Regla de Exclusión está agonizando. Muestra de ello es que Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial conserva, al momento de redactar esta tesis, el texto íntegro del controvertido artículo 11.1 LOPJ⁵⁹⁸. Al legislador español no le interesa eliminar la

⁵⁹⁷ Como dice ARMENTA DEU, T., “La verdad en el filo de la navaja...”, cit., p. 377: “...probablemente cualquier aproximación a la prueba ilícita debe asumir, ya inicialmente, que no existe un tratamiento perfecto, ni en el modo, ni en el tiempo, ni probablemente con vocación universal, para todos los supuestos; que cualquier planteamiento jurídico será indefectiblemente parcial e imperfecto. Sucede como con otras instituciones que se sitúan en el filo de la navaja: Los derechos y libertades en juego, el garantismo frente a la impunidad, frecuentemente enfrentados, conllevan un equilibrio inestable en el que difícilmente se alcanzará una solución satisfactoria...”.

⁵⁹⁸ Se puede consultar en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, de 3 de abril de 2014, disponible en la página web del Ministerio, http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html En el artículo 25 del Anteproyecto, referente a la tutela de los derechos y libertades fundamentales, se establece que: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, que podrán ser alegados en toda clase de procesos, serán tutelados por los Tribunales, que garantizarán en todo caso el contenido de los mismos, tal y como resultan de la interpretación del correspondiente precepto constitucional, de los tratados internacionales en la materia y, en su caso, de las leyes que los regulen. 2. (...). 3. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Regla de Exclusión, y tampoco a los órganos jurisdiccionales. Lo que sí están buscando es una manera más flexible de aplicarla. El problema es cómo sistematizar o legalizar esta concepción.

Sería difícil que una ley establezca todos los casos posibles en que se puede generar la inconstitucionalidad de la prueba, o todos los supuestos en que se pueda excepcionar la exclusión. Por eso se han ido determinando estos aspectos de forma jurisprudencial, a pesar de que ello no encaje con el sistema jurídico español. Sin embargo, desde hace más de una década el TC ha dejado de crear excepciones a la Regla de Exclusión. Ya la teoría de la conexión de antijuridicidad permite excepcionar la Regla cuando al juez le parezca conveniente, siempre que se trate de pruebas derivadas. Pero, además, la excepción de la buena fe permite valorar las pruebas ilícitas directas, en aquellos casos en los que la infracción del derecho fundamental no haya sido intencional. Estas dos teorías bastan para excepcionar la Regla de Exclusión cuando “haga falta”, sin necesidad de eliminarla por completo porque, a pesar de todo, los tribunales y el legislador siguen entendiendo que los derechos fundamentales son valores superiores que deben ser protegidos.

En consecuencia, lo que existe hoy en día es una especie de Regla de Exclusión *à la carte*. La interdicción de la prueba prohibida está allí, pero también hay una lista de excepciones en el menú, de manera que el órgano judicial puede elegir entre un amplio elenco cuál es la teoría que mejor satisface el caso concreto que está enjuiciando. Parece que, de momento, esta aplicación flexible es la que está en boga en distintos países e incluso en las Cortes Internacionales, que tampoco han querido aplicar la Regla de Exclusión de manera rígida y formalista. El problema es, claro, que tanta flexibilidad al final termina produciendo inseguridad jurídica, porque hay en España un exceso de discrecionalidad al momento de aplicar una norma que en principio debía ser imperativa. Además, la forma en que se han adoptado las excepciones, a través de la jurisprudencia, no concuerda con el sistema legal español. Por esto es que los autores garantistas sostienen que la Regla de Exclusión y las demás teorías que le son conexas deberían estar reguladas por una Ley –Orgánica, porque se refiere a la delimitación del

contenido de los derechos fundamentales⁵⁹⁹-. Los textos propuestos para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborados durante los últimos años, han hecho un esfuerzo importante en este sentido, porque intentan mejorar la regulación referida a la limitación de los derechos fundamentales durante la investigación criminal⁶⁰⁰. Aun así, no parece

⁵⁹⁹ En este sentido véase el nuevo *Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, no. 597, de 15 de septiembre de 2015, pp. 54-79, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2015/BOCG_D_10_597_4138.PDF. Señala su preámbulo que “a lo largo de todos estos años no ha existido un criterio común que sirviese de fundamento para determinar qué contenidos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debían estar sujetos a la reserva de ley orgánica, diferenciándolos de aquellos otros cuya regulación debía llevarse a cabo mediante ley ordinaria (...). La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ahora se impulsa comprende medidas que desarrollan derechos fundamentales y otras de naturaleza estrictamente procesal. Dado que las segundas no constituyen en puridad un complemento necesario de las materias orgánicas, se considera preferible su tramitación a través de normas independientes de distinto rango. Por todo ello, se considera adecuado que la iniciativa legislativa que se centra en previsiones de naturaleza orgánica, como las que ocupan esta ley (reforzamiento de los derechos procesales de los encausados y de los detenidos o presos; y regulación de las medidas de investigación limitativas del artículo 18 de la Constitución) se regulen en una norma *ad hoc* de rango orgánico”.

Con relación a este tema, ya se había elaborado en el año 2011 un *Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal*, cuyo texto se puede consultar en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011. Cabe aclarar que este anteproyecto no llegó a debatirse por la anticipada disolución de las Cámaras tras la reforma del artículo 135 CE (Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre).

⁶⁰⁰ El mejor ejemplo es el reciente *Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, referido en la nota anterior. Este Proyecto de Ley contiene una serie de reformas que resulta preciso afrontar lo antes posible, sin aguardar a que se resuelva el debate sobre la promulgación de un nuevo texto normativo que sustituya a la actual LECRIM. La reforma regula las distintas medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE, partiendo de los lineamientos que hasta ahora habían sido abordados jurisprudencialmente por el TC y el TS (la entrada y registro en lugar cerrado; el registro de libros y papeles; la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica; la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y los registros remotos sobre quipos informáticos). Entre las novedades más importantes, que pueden ayudar a que disminuyan los casos de ilicitud probatoria, encontramos el reconocimiento expreso de los principios que deben regir la autorización y el desarrollo de estas diligencias de investigación. También destacamos que se establece cuál es el contenido de las solicitudes policiales y de los autos judiciales que autorizan estas medidas de investigación. Además se regulan, con relación a los distintos tipos de diligencias, los supuestos en que pueden adoptarse, la forma en que han de desarrollarse, la duración y el control de las mismas. Es importante referir que el Proyecto de Ley Orgánica hace alusión a los hallazgos casuales, indicando que para la investigación del delito casualmente descubierto se requiere una nueva autorización del juez

que eso sea suficiente para resolver todas las dudas que surgen en torno a la exclusión de las pruebas prohibidas. Queda todavía cierto camino que recorrer en materia de prueba ilícita y el péndulo permanece en constante movimiento.

V. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

A. POSTURAS DOCTRINALES

Nos encontramos ahora frente a un tema complejo que, a mi parecer, no ha sido abordado por la doctrina española con la suficiente profundidad. Sabemos que el artículo 11.1 LOPJ establece la ineficacia de las pruebas directas y las pruebas derivadas, y que esta norma aplica a la jurisdicción civil tanto como a la penal. Por un lado existen diferencias importantes entre uno y otro ámbito, como los intereses en

competente. Para emitir dicha autorización, el juez deberá comprobar primero si la diligencia en la que se produjo el hallazgo casual se realizó conforme al marco legal.

Por otra parte, la *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, del año 2013, regula en el Título II del Libro IV el contenido de las diligencias de investigación. Incluye actuaciones como la declaración del encausado, su reconocimiento e identificación, inspecciones e intervenciones corporales, investigación a través del ADN, diligencia para determinar el consumo de alcohol o drogas tóxicas, interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, interceptación de comunicaciones postales, captación y grabación de conversaciones e imágenes, vigilancia policial y dispositivos técnicos de seguimiento, entrada y registro en domicilio o lugar cerrado, registro de dispositivos de almacenamiento de información, registros remotos sobre equipos informáticos, incorporación de datos personales automatizados, agente encubierto, circulación y entrega vigilada. Esta propuesta puede consultarse en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2013, publicado en la página web del Ministerio el 4 de junio del 2013, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774423012/ListaPublicaciones.html?inicio=11&orden=Fecha&tipo=Descargas>

Finalmente, podemos referir el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* del año 2011, que en el Libro III regulaba las diligencias de investigación. Así, se recogía la identificación visual, la declaración del acusado, inspecciones e intervenciones corporales, investigación mediante marcadores de ADN, prueba de alcoholemia y consumo de drogas, interceptación de las telecomunicaciones y comunicaciones postales, interceptación de conversaciones privadas por medios de grabación, observación, vigilancia y seguimiento, entrada, registro e intervención de efectos, registro de libros y documentos, registro de sistemas electrónicos, medios de investigación referidos al cuerpo del delito, medios de investigación relativos al examen de testigos y peritos, investigaciones encubiertas, medios de investigación relativos a datos protegidos. Se puede consultar este Anteproyecto en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011.

juego, el papel que desempeña el Estado en la fase de investigación, la dinámica general de obtención de las fuentes de prueba y también las consecuencias procesales que enfrentará la parte si sus alegaciones no han sido suficientemente probadas. Por otro lado, el punto de convergencia constitucional en ambos órdenes jurisdiccionales son los derechos fundamentales, que son igualmente primordiales, que pueden ser vulnerados por el Estado y por particulares, y cuya infracción es causa de la exclusión probatoria.

Son pocas y breves las reflexiones que ha realizado la doctrina sobre la posibilidad y conveniencia de aplicar en el proceso civil las teorías de excepción a la Regla de Exclusión del artículo 11.1 LOPJ. Sin embargo, hemos identificado distintas posturas, que sugerimos clasificar según exponemos a continuación⁶⁰¹.

1. Postura Legalista

Este sector de la doctrina se acoge a la regulación positiva de la Regla de Exclusión en el artículo 11.1 LOPJ, de acuerdo con el cual en el proceso civil deberán excluirse tanto las pruebas obtenidas vulnerando directamente un derecho fundamental, como las que lo hubieran infringido de manera indirecta. Se acepta la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado en el proceso civil porque la LOPJ reconoce la ineficacia refleja como una característica de las pruebas ilícitas⁶⁰².

2. Postura Causalista

Las denominadas teorías causalistas son aquellas que centran su atención en la existencia de un vínculo de causalidad natural (en oposición a una conexión de antijuridicidad) como factor determinante para decidir entre la exclusión o la valoración de una prueba derivada.

⁶⁰¹ Con esta clasificación, de elaboración propia, agrupamos a distintos autores con el propósito de analizar la extensión del efecto contaminante de la prueba ilícita en el proceso civil.

⁶⁰² No se plantea, sin embargo, qué debería hacerse con relación a las otras teorías conexas, es decir, las excepciones jurisprudenciales a la aplicación del artículo 11.1 LOPJ. Defienden la ineficacia de pruebas directas e indirectas en el proceso civil: MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit. pp. 238 y 239; ASECIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 117; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit., p. 427.

Con relación al tema que nos ocupa puede decirse entonces que lo importante en el proceso civil será que exista una conexión causal natural para determinar hasta dónde debe extenderse el efecto reflejo de una prueba ilícita. Se excluirá, por tanto, la prueba originaria y las pruebas que se hayan obtenido necesariamente como consecuencia de ella. En este sentido, no podrá aplicarse en el ámbito procesal civil la teoría de la conexión de antijuridicidad ni, por consiguiente, la excepción del vínculo causal atenuado. Solo hay dos opciones: las pruebas posteriores a la prueba ilícita serán *derivadas* o *independientes*, correspondientemente se excluyen o se valoran. No podrá haber un término medio, es decir pruebas “derivadas, pero desconectadas jurídicamente” de la prueba ilícita originaria.

Estos argumentos tienen varios puntos de apoyo⁶⁰³. Principalmente, la teoría de la conexión de antijuridicidad, que es una adaptación de la teoría de la imputación penal⁶⁰⁴, se aplica en aquellos casos en que el Estado se ha aprovechado de la ilegalidad para obtener pruebas que, con respecto al ordenamiento jurídico constitucional, no habría podido alcanzar. Esto sucede en el proceso penal, pero no en el proceso civil. En consecuencia, los puntos de vista interno y externo que sustentan la teoría de la conexión de antijuridicidad son ajenos a los procedimientos en donde no interviene el Estado. Las afirmaciones que en ellos se hacen no pueden aplicarse de igual forma al comportamiento de los particulares, porque éstos carecen de potestad y no están sujetos a un deber similar al que ata al Estado con relación al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁶⁰⁵.

⁶⁰³ El principal defensor de esta postura, quien desarrolla los argumentos que citamos a continuación, es ASENCIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita y teoría de la conexión de antijuridicidad en el proceso civil”, en *Práctica de Tribunales*, no. 76, 2010, pp. 3 y 4.

⁶⁰⁴ Sobre este particular, VIVES ANTÓN, T., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los ‘frutos del árbol emponzoñado’”, cit., pp. 5-20; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, cit., pp. 279-322.

⁶⁰⁵ No se dice qué pasaría en aquellos supuestos en los que el órgano judicial civil sí interviene en la obtención de pruebas, por ejemplo en los procesos no dispositivos y en las diligencias preliminares. En este sentido, si la violación del derecho fundamental se efectuara en el marco de una entrada y registro ordenada por el juez de primera instancia, ¿podría aplicarse entonces la conexión de antijuridicidad o aun así seguiría primando el criterio de causalidad natural?

Por tanto, deberán excluirse las pruebas ilícitas directas y las pruebas derivadas, sin que sea posible “desconectar” y valorar las segundas al amparo de la teoría de la conexión de antijuridicidad. La Regla de Exclusión se aplicará al proceso civil de forma pura, tal y como está formulada en el artículo 11.1 LOPJ y conforme a las disposiciones de la LEC.

3. Postura Traslacionista

Esta postura consiste básicamente en “trasladar” las excepciones creadas en el proceso penal e implementarlas de igual forma en el proceso civil. Al contrario del punto de vista que analizamos anteriormente, los autores que hemos identificado como “traslacionistas” establecen que la teoría de los frutos del árbol envenenado y la mayoría de las excepciones jurisprudenciales se pueden aplicar al ámbito procesal civil porque el artículo 11.1 LOPJ⁶⁰⁶, que regula la Regla de Exclusión española, es aplicable de igual forma a todas las jurisdicciones⁶⁰⁷.

4. Postura que se acoge a la regulación sobre la nulidad de los actos procesales

Este sector sostiene que, dado que la LEC no se pronuncia expresamente con relación a las pruebas derivadas, para decidir la exclusión de éstas podemos acudir a los

⁶⁰⁶ Se refieren expresamente al hallazgo casual, la conexión de antijuridicidad y la fuente independiente. Nada se dice sobre las demás excepciones, aunque creemos que la aplicabilidad de la conexión de antijuridicidad incluiría por lógica la de la excepción del nexo causal atenuado.

⁶⁰⁷ No se detienen a reflexionar sobre cuáles son las causas, fundamentos y efectos de las distintas excepciones. A pesar de que existan algunas matizaciones, estos autores se centran básicamente en la que la prueba ilícita ha de excluirse de igual forma en los distintos órdenes jurisdiccionales. Por ejemplo, CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 10, comenta que: “Si bien la teoría del árbol envenenado que recoge el art. 11.1 LOPJ, o la doctrina, también americana del ‘hallazgo casual’ en la que basa la doctrina del TS y TC acerca de la ‘conexión o desconexión de antijuridicidad’ tiene su máxima expresión en el ámbito del proceso penal, lógicamente su aplicación se extiende también al proceso civil, pues, como señala la SAP de Burgos de 25 de octubre de 2004, la prueba ilícita es predicable de cualquier prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, sea quien sea el autor de la vulneración y sea quien sea el que aporte la prueba al proceso”. En sentido similar, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1339; quien comenta la teoría de los frutos del árbol envenenado, la conexión de antijuridicidad y la teoría de la fuente independiente, cuya consideración “es en idénticos términos referible al proceso civil y a la prueba que en él se desarrolla”. También MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 191-192, indica que la ineficacia de las pruebas derivadas está condicionada porque haya una conexión de antijuridicidad.

artículos 243.1 LOPJ y 230 LEC, que regulan la nulidad de los actos procesales⁶⁰⁸. Dicha afirmación, no obstante, requiere ciertas matizaciones⁶⁰⁹.

Por un lado, se debe tomar en cuenta que los artículos citados parten del principio de conservación de los actos procesales. Su finalidad y alcance, por tanto, pueden diferir de los de la Regla de Exclusión planteada en el artículo 11.1 LOPJ. Por otro lado, hay que considerar las condiciones que se enuncian en estos artículos, de manera que “la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.” En este sentido, para que la ineficacia de una prueba ilícita originaria se extienda a otra prueba derivada, será necesario:

- a) Que exista una relación de dependencia, es decir, de causalidad directa e inmediata entre la vulneración del derecho fundamental, la obtención de la prueba (directa) y el resultado logrado posteriormente gracias a dicha ilicitud (prueba refleja). A contrario sensu, las pruebas que sean independientes no estarán contaminadas⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, cit., p. 184; y PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 67-75. Como hemos referido en otra sección de esta investigación, éste último autor es contrario a la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado y ha planteado una forma diferente de interpretar el artículo 11.1 LOPJ. Para él, la diligencia inconstitucional a través de la cual se obtiene una *f fuente* de prueba ilícita produce que se vulnere *directamente* un derecho fundamental; mientras que la introducción al proceso de esta fuente, ahora como *medio* de prueba, vulnera *indirectamente* una garantía procesal constitucional. Así, concluye el autor que “con la simple aplicación de las normas reguladoras de las nulidades procesales, esto es, los arts. 243 LOPJ y 230 LEC, es totalmente innecesario acudir a figuras extrañas, como la de la *fruit of the poisonous tree doctrine*, y crear nuevas teorías, como la de la ‘conexión de antijuridicidad’, para limitar su posterior eficacia”.

⁶⁰⁹ Mismas que planteamos a continuación, conforme al análisis que realiza PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 71-75.

⁶¹⁰ Parece ser, por tanto, que conforme a los artículo 230 LEC y 243.1 LOPJ, cabría aplicar la teoría de la fuente independiente en el proceso civil, en el sentido que limita los efectos reflejos de la ilicitud a las pruebas que guardan una relación de causalidad con la vulneración del derecho fundamental, salvaguardando por otro lado las pruebas que son independientes de la ilícita.

b) Que sea imposible lograr su obtención por otros medios legales. Esto significa que la ilicitud contaminará el acto derivado cuando se considere que éste último no habría ocurrido, o en todo caso habría ocurrido de forma diferente, si la vulneración del derecho fundamental no hubiera acontecido. En sentido contrario, no habrá efecto reflejo cuando el resultado logrado hubiese sido obtenido igualmente por otras vías lícitas diferentes a la utilizada. Para determinarlo se tendrá que realizar juicios hipotéticos, pero éstos deberán ser razonados por el juzgador en la sentencia, siendo así controlables mediante los correspondientes recursos⁶¹¹.

5. Postura que propone la aplicación flexible de la Regla de Exclusión en el proceso civil

Finalmente, encontramos otro sector que opina que la Regla de Exclusión sí se debe aplicar en el proceso civil, pero no de forma tan rígida como en el proceso penal⁶¹². Estos autores abogan por una interpretación más flexible del artículo 11.1 LOPJ dado que en los procedimientos civiles la obtención y valoración de las pruebas opera de forma distinta⁶¹³. Por un lado, los intereses en juego son privados. Por el otro, la obtención de la prueba usualmente se realiza por las partes, que no cuentan con todos los mecanismos que sí tiene el Estado. También entra en juego la carga de la prueba, de

⁶¹¹ Encontramos este planteamiento muy cercano al de la teoría del descubrimiento inevitable, ya que implica realizar un juicio hipotético sobre si la prueba derivada se habría obtenido de todas formas a través de cauces legales. Esto permitiría desvincular una prueba derivada causalmente (que en principio tendría que excluirse) porque se estima que aun si no se hubiera infringido el derecho fundamental, la prueba se habría obtenido. Cabe recordar que, como señalamos anteriormente, estos artículos están inspirados en el principio de conservación de los actos, y no están pensados como una medida procesal para proteger los derechos fundamentales.

⁶¹² MARTINEZ SANTOS, A., “Función de la regla de exclusión probatoria...”, cit., pp. 212-223; y MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil...*, cit., p. 246.

⁶¹³ MARTINEZ SANTOS, A., “Función de la regla de exclusión probatoria...”, cit., pp. 212-223; por su lado, defiende esta manera de aplicación flexible de la Regla de Exclusión porque estima que ésta no es, en el proceso civil, una garantía constitucional, sino que una opción legislativa que cumple una función preventiva al reducir las vulneraciones a los derechos fundamentales.

manera que las partes tienen la necesidad de demostrar aquello que han alegado para poder ganar el litigio.

Además, al excluir las pruebas se pone en peligro el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, de forma que las pruebas solo podrán excluirse cuando el derecho vulnerado fuera de igual o mayor rango que el derecho a probar. Así lo han entendido los tribunales civiles, quienes incluso aplican la Regla de Exclusión con matices diferentes que los tribunales penales⁶¹⁴.

Por consiguiente, en los procesos civiles deberían excluirse las pruebas ilícitas sólo cuando sea muy grave la vulneración del derecho fundamental. Con relación al tratamiento de las pruebas derivadas, esta postura sostiene que es peligroso incorporar en bloque las teorías procesales penales sobre el fruto del árbol envenenado o la conexión de antijuridicidad. Sería preferible una regulación legal más flexible de la Regla de Exclusión que permitiera determinar en cuáles casos se excluirían las pruebas y en cuáles no⁶¹⁵.

B. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

Además de analizar las posturas doctrinales sobre la aplicación en el proceso civil de la teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones, nos parece necesario estudiar también las posturas adoptadas en la práctica por los tribunales españoles. Para ello hemos identificado las sentencias del TS y de distintas Audiencias Provinciales en las que se analiza la posibilidad de aplicar dichas teorías a casos

⁶¹⁴ Así lo aprecia MARTINEZ SANTOS, A., “Función de la regla de exclusión probatoria...”, cit., p. 220. De acuerdo con el autor “los tribunales civiles suelen tender a moderar el impacto de la regla de exclusión, pasándola por el tamiz del principio dispositivo y sometiéndola a los efectos de la preclusión... Además, postulan una jerarquía de derechos fundamentales: si el derecho fundamental violado para la obtención del material probatorio es, por así decir, de rango inferior al derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes... se considera que la incorporación de ese material al proceso es legítima”.

⁶¹⁵ En este sentido MARTINEZ SANTOS, A., “Función de la regla de exclusión probatoria...”, cit., p. 219-223, quien incluso realiza algunas propuestas de redacción para una reforma del artículo 11.1 LOPJ. Con relación a la posibilidad de aplicar las excepciones en la jurisdicción civil comenta que “la unidad de régimen [procesal penal y procesal civil] es peligrosa, porque abre la puerta a contagios o permeabilidades jurisprudenciales y doctrinales sumamente indeseables (como sucede por ejemplo, cuando se intentan trasladar en bloque la doctrina del fruto del árbol envenenando y la teoría de la conexión de antijuridicidad al proceso civil)”.

concretos. Podemos afirmar de antemano que en la jurisdicción civil se han aplicado tanto la teoría del efecto reflejo como la de la conexión de antijuridicidad. Sin embargo, no hemos detectado casos en los que se hayan aplicado las demás excepciones; únicamente en la jurisdicción social, dónde hemos observado que se aplica la teoría del hallazgo casual.

1. Aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado

En general, los tribunales españoles han entendido que el artículo 11.1 LOPJ determina que han de excluirse tanto las pruebas ilícitas originarias como las que se deriven de ellas. Gracias a esta norma, que como bien sabemos es válida en todos los ámbitos jurisdiccionales, es posible aplicar la teoría de los frutos del árbol envenenado. Vemos algunos ejemplos concretos de su repercusión en distintos procedimientos civiles.

En la *SAP de Asturias, sección 1ª, 387/2013 de 19 de diciembre* (JUR\2014\18216), se analiza un caso de propiedad intelectual. Un juzgado mercantil ordenó la entrada y registro de la sede de la empresa demandada y, a continuación como medida cautelar, el secuestro de cierto material informático empleado para la reproducción y distribución de programas que la empresa utilizaba sin las correspondientes licencias. La empresa afectada alegó en el proceso que se había vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio y que debían excluirse las pruebas directas e indirectas que se habían obtenido como resultado de la diligencia ilícita. La AP determinó que no había vulneración del derecho fundamental porque las intervenciones habían sido debidamente autorizadas y ejecutas, por lo cual no se excluyeron los medios de prueba. En las palabras de la sentencia, la diligencia entrada y registro “no supone vulneración de la inviolabilidad del domicilio, ya que existía la resolución que así lo acordaba, ni posible aplicación al supuesto de la teoría de los ‘frutos del árbol envenenado’ (que aun cuando procede del Derecho Penal, cierto es que permite su aplicación al civil a través del art. 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”. Por tanto, la teoría arbórea no se puede aplicar a este caso particular, pero sí tiene cabida general en la jurisdicción civil.

Otro caso interesante se resuelve en la *SAP de Madrid, sección 10ª, 615/2009 de 4 de noviembre* (JUR\2010\38408), en el cual sí se aplica la teoría del efecto reflejo. Se discute una compraventa en donde se declara la nulidad de un documento. Además, la ineficacia se extiende a ciertas declaraciones testificales que hacían referencia a dicho documento. De acuerdo con la AP:

“...el documento fue aportado extemporáneamente con el escrito de oposición del recurso de apelación interpuesto de adverso y sin observancia de principios procesales que por su enjundia se encuentran proclamados en el artículo 24.1 de la CE, vulnerándose de esta suerte el artículo 11.1 de la LOPJ, lo que incluso es predicable de las contestaciones dadas por el testigo preindicado a las preguntas formuladas sobre ese documento omitido en cuanto a su existencia en el escrito de contestación a la demanda, aplicando la doctrina jurisprudencial conocida como *poisonous tree theory*, de inspiración norteamericana, pero ya recibida por el Tribunal Constitucional especial en el ámbito penal, sin que en el artículo 11.1 de la LOPJ autorice en su dicción a establecer distingos en función del ámbito jurisdiccional en que la transgresión de los elementos probatorios se produzca”⁶¹⁶.

Tenemos constancia de otros casos en donde la parte recurrente solicita que se aplique la teoría del efecto reflejo, pero el tribunal lo deniega porque no procede aplicarla al caso concreto. No obstante, se reconoce en estos casos, ya sea de forma expresa o tácita, que la teoría arbórea tiene cabida en el proceso civil. En este sentido, la *STS, Sala Primera, 175/2010, de 8 de abril* (RJ 2010\3529) habla de la configuración de la Regla de Exclusión y de la posibilidad de excluir las pruebas derivadas, sin embargo concluye que:

“...no es necesario extraer de la doctrina expuesta consecuencias que sirvan para el caso enjuiciado, dada la evidencia de que el medio de prueba de que se trata no tuvo ninguna influencia en la decisión del conflicto de intereses planteado en el proceso, ya que la resolución

⁶¹⁶ Otro caso civil en el cual se aplicó la teoría de los frutos del árbol envenenado, aunque menos reciente, está recogido en la *SAP Toledo de 15 de febrero de 1993* (referida en la *SAP Navarra, sección 2ª, 45/2004 de 1 de marzo* [JUR\2004\112163]). Se trata de un caso de separación conyugal por infidelidad en el que el marido grabó varias conversaciones telefónicas que sostuvo su mujer con una tercera persona. La señora reconoció la autenticidad de las conversaciones pero, a pesar de ello, la AP estableció que la causa de infidelidad no podía quedar probada porque las grabaciones vulneraban los derechos fundamentales de la mujer. También se excluyó la declaración que ella realizó porque se consideró prueba derivada de las conversaciones ilícitas. En este caso prevaleció la tutela de los derechos fundamentales (elemento constitucional) sobre la actuación de las partes (confesión de la mujer, considerada a la luz del principio dispositivo). También hay que tomar en cuenta que esta sentencia fue dictada conforme a la anterior LEC, en el momento de apogeo de la teoría de los frutos del árbol emponzoñado y antes de que se adoptaran en España las demás excepciones jurisprudenciales.

recurrida se apoyó exclusivamente en otros medios de prueba a los que no cabe, por su sustantividad, extender el efecto invalidante de la denunciada y supuesta irregularidad, indirectamente, por repercusión o de un modo reflejo o derivado”.

2. Aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad

Un supuesto extremadamente interesante se analiza en la *SAP de Asturias, sección 6ª, 133/2006 de 20 de marzo (AC\2006\783)*. Los hechos se refieren a un aparatoso accidente de tráfico, saldado sin víctimas pero con cuantiosísimos daños en bienes ajenos y repercusiones en la salud del conductor-demandante. El personal sanitario acudió al lugar de los hechos y realizó una extracción de sangre sin que el interesado protestara tal intervención. También acudió la policía local, que solicitó expresamente al personal sanitario la investigación de la presencia del alcohol en la sangre. El resultado dio positivo y le fue entregado a la policía, quien a su vez lo incluyó en el atestado que remitió al Juzgado de Instrucción.

El juez incoó el procedimiento correspondiente y pidió que se le confirmara si constaba el consentimiento expreso del conductor para la extracción de sangre y la analítica ulterior. Como no constaba dicho consentimiento, a petición del Ministerio Fiscal, se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones por no poder basarse en otros elementos de convicción que acreditaran la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En este sentido, la única prueba que existía fue excluida del procedimiento penal porque se consideró ilícita.

Posteriormente, y como resultado del accidente, el conductor accidentado interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, reclamando a su compañía de seguros la indemnización pactada para el supuesto de incapacidad laboral transitoria. El Juez Civil también consideró que la alcoholemia era una prueba ilícita, por lo que la excluyó del proceso y condenó a la aseguradora al pago de más de cinco mil euros. La compañía apeló la sentencia de instancia, expresando que el riesgo estaba fuera de cobertura de la póliza –ya que eran riesgos excluidos aquellos accidentes “cuya causa fuese originada por la ingesta de bebidas alcohólicas..., así como todas sus consecuencias y secuelas” –. La Audiencia Provincial debió analizar entonces la validez de la prueba pericial de alcoholemia, previamente considerada ilícita por el juez de primera instancia y el juez de instrucción.

De acuerdo con la sentencia de apelación, “la extracción sanguínea comporta una intervención corporal menor que puede afectar tanto al derecho a la integridad física, como a la intimidad, en su doble vertiente de la intimidad corporal y personal”. Se procedió primero, pues, a analizar si se produjo vulneración de alguno de estos derechos sustantivos.

Con relación al derecho a la integridad física, determinó la AP que la injerencia se había realizado como parte de una actuación reglada para el diagnóstico y tratamiento terapéutico del lesionado, por lo cual la petición expresa de la policía no había añadido nada al protocolo habitual de actuación. Tampoco constaba que la intervención se hubiera realizado contra la voluntad del conductor, por lo cual se estimó que no hubo vulneración del derecho a la integridad física⁶¹⁷.

Tampoco podía entenderse que la extracción de sangre hubiera constituido una vulneración a la intimidad corporal. De acuerdo con la jurisprudencia del TC, no pueden considerarse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona⁶¹⁸.

⁶¹⁷ De acuerdo con la sentencia: “Por lo que se refiere a su posible conflicto con el derecho a la integridad física, conviene tener en cuenta que la extracción sanguínea discutida formaba parte de una actuación reglada para el diagnóstico y, en su caso, tratamiento terapéutico del lesionado –incluso en el particular de la determinación de la existencia de etanol en sangre pues el mismo podía condicionar la sedación o anestesia del paciente para una inmediata intervención quirúrgica–, que en este caso podía ser necesaria como demuestra que el paciente fuera visto esa misma madrugada por el servicio de cirugía plástica para valorar la necesidad de practicar una plexoplastia del miembro superior derecho; de ahí que la petición expresa de la policía local de Avilés nada añadiera a una actuación sanitaria que respondía a un protocolo habitual y podamos concluir que la intervención corporal en cuestión no quebrantó aquel derecho fundamental, desde el momento que, insistimos, no consta que se practicara contra su voluntad, ni sería lógico inferir tal dato de la ausencia de prueba directa pues a nadie se le oculta que en ese momento lo prioritario para el perjudicado sería colaborar en cuanto fuera necesario para una pronta y total recuperación de su salud e integridad física”.

⁶¹⁸ “Con menor motivo podría suponerse que la extracción invadiera la intimidad corporal del demandante por cuanto ‘el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la Intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona’ (SSTC 37/1989, 120/1990,

Por tanto, habiendo descartado que la extracción de sangre supusiera una vulneración al derecho a la integridad física o a la intimidad corporal, la AP analizó si la ulterior comunicación de los resultados de la analítica a la policía local y al juez de instrucción podría haber conculcado el derecho a la intimidad personal del demandante.

“En el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este derecho puede producirse, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”.

En principio, los datos obtenidos con la analítica debían ser reservados para el ámbito clínico, salvo resolución judicial dictada por autoridad competente. En el caso analizado, la información reservada fue comunicada previamente a la policía, sin que existiera orden judicial, y por ello fue considerada ilícita en el procedimiento penal. Sin embargo, la AP sostuvo que dicha ilicitud no se transmitía al proceso civil ya que “la resolución dictada por la jurisdicción penal no vincula a la civil por cuanto no es de las comprendidas en el artículo 116 de la LECRIM, ni constituye cuestión prejudicial de la que esta tenga que partir”. Además, agregó la SAP que:

“...el TC ha tenido ocasión de resaltar en sus sentencias 81/1998, 49/1999, 94/1999 que las necesidades de tutela de cualquier derecho fundamental material lesionado en fase de investigación no se extienden automáticamente a las pruebas obtenidas a partir del conocimiento adquirido, *sino que lo hacen únicamente cuando se constata una conexión de antijuridicidad entre el acto lesivo y las pruebas legítimas obtenidas con el conocimiento adquirido que se pretenden invalidar*” (énfasis añadido).

Así, la AP procedió a desvincular jurídicamente la prueba pericial presentada en el proceso civil (para considerarla lícita), de las diligencias realizadas con ocasión del procedimiento penal (en donde se había estimado que esa misma prueba era ilícita).

De acuerdo con la sentencia de la AP, en este caso no se da la conexión de antijuridicidad por varios motivos. Primero, porque al no haberse vulnerado los derechos a la integridad física y a la intimidad corporal, sería válida la posterior

137/1990, 57/1994 y 207/1996). De ahí que el Tribunal Constitucional haya desechado en otros supuestos que la extracción de sangre pudiera ofender al derecho a la intimidad sobre el propio cuerpo”.

comunicación del resultado del análisis sanguíneo a la autoridad judicial competente.

“...reiteramos nuevamente, la extracción sanguínea realizada en el marco de una actuación terapéutica consentida expresa o tácitamente, no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la integridad física, ni menos aún a la intimidad corporal; por tanto la ulterior comunicación de su resultado a la autoridad judicial competente, en el marco de un procedimiento que así lo exija y una vez respetado el juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de penetrar en esa esfera en principio reservada al propio sujeto en razón de su derecho fundamental a la intimidad sería plenamente legítima”.

En segundo lugar, la sentencia consideró que el juez que conocía la pretensión civil (indemnización reclamada a la aseguradora) estaba facultado para recabar las pruebas controvertidas, si lo hubiera estimado pertinente. Es decir que, de cualquier forma, el resultado de la alcoholemia se podría haber requerido directamente por el juez de primera instancia a las autoridades sanitarias, y éstas habrían tenido el deber legal de proporcionarlo.

“Abstrayéndonos de la reflexión que cuanto antecede pudiera haber suscitado al Juez de Instrucción, diremos que el Juez de Primera Instancia que conocía del proceso civil que se está revisando podía recabar la información litigiosa siempre y cuando la restricción de ese derecho fundamental a la intimidad fuera útil, necesaria y la medida acordada fuera idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4)”.

“Igualmente afirmaremos que el Juez civil podía recabar esa información de las autoridades sanitarias competentes, que a su vez estaban obligadas a proporcionarla por prescripción expresa del artículo 332 de la LEC, de modo [que] se trata de [una] medida expresamente prevista en la Ley”.

En tercer lugar, existía un proceso civil legítimo que debía proporcionar una tutela judicial efectiva a las partes. La prueba pericial impugnada y la intromisión en el derecho a la intimidad eran ambas necesarias y justificadas para poder brindar esa tutela judicial:

“...resulta irrefutable que el conocimiento del resultado de la analítica estaba directamente conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva suplicada por la demandada, pues solo así podría conocerse si el tomador del seguro tenía derecho a la indemnización que solicita o si por el contrario el siniestro había acontecido a consecuencia de un riesgo expresamente excluido de cobertura, de modo que concurre justificación constitucional para la intromisión que nos ocupa”.

Finalmente, la AP también tomó en cuenta el hecho de que la prueba controvertida había sido incorporada al proceso civil respetando el principio de proporcionalidad, de manera que:

“...finalmente pocas dudas ofrece que la intromisión en el derecho a la intimidad del demandante era necesaria porque el dato en cuestión no podía ser averiguado de otra forma; también era idónea, en cuanto que serviría para determinar precisamente lo que se trataba de averiguar; y, por último, era proporcionada ya que implicaba un sacrificio irrelevante en comparación con la finalidad perseguida; por consiguiente, cuando el Juez civil admitió la prueba consistente en que se le remitiera copia del informe emitido por el servicio de bioquímica del Hospital San Agustín de Avilés correspondiente a la analítica realizada al demandante el 21 de septiembre de 2003 actuó con plena legalidad y nada impedía valorar dicho informe en este proceso”.

Observamos que, de manera tácita, la AP reconoció en esta sentencia que, aunque no se vulneró la integridad física ni la intimidad corporal del demandante, sí se vulneraba su intimidad personal al comunicar la información sanitaria a la policía, porque no constaba el consentimiento del paciente y no había un requerimiento judicial. Esta consideración fue la que tuvieron en cuenta el Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción y el Juez de Primera Instancia, quienes consideraron que la prueba de alcoholemia era una prueba ilícita. Sin embargo, la AP aplicó la teoría de la conexión de antijuridicidad para desvincular dicha prueba de la vulneración del derecho fundamental y así poder valorarla. Las explicaciones que anteceden determinaron por qué esa prueba era ilícita en el proceso penal, pero no en el civil⁶¹⁹.

“En consecuencia, acreditado que el siniestro aconteció en virtud a un riesgo expresamente excluido de cobertura en la póliza contratada por aquel con la demandada, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia desestimando íntegramente la demanda interpuesta”.

⁶¹⁹ Los fundamentos de la sentencia son claros y lógicos. Sin embargo, apreciamos la aplicación de ciertos juicios hipotéticos similares a los que se formulan a través de la teoría del descubrimiento inevitable, en el sentido que se establece que “la prueba se habría podido obtener igualmente a través de los cauces legales”. Se entiende en este caso, de forma implícita, que hay una conexión causal natural, pero por los motivos anteriormente referidos se va atenuando el vínculo hasta que se desconecta jurídicamente la prueba.

3. Aplicación de la teoría del hallazgo casual (en la jurisdicción social)

La utilización de la teoría del hallazgo casual se ha realizado con cierta frecuencia, en el plano no-criminal, dentro de procesos que se refieren a despidos improcedentes, es decir en la jurisdicción social⁶²⁰. Nos parece interesante analizar estos supuestos y observar como esta excepción puede aplicarse a procesos en donde las fuentes de prueba han sido obtenidas por particulares.

La *STS, Sala Cuarta, de 26 de septiembre de 2007* (RJ\2007\7514), es un importante referente sobre este tipo de casos. El demandante era el director general de una empresa coruñesa, de donde fue despedido con base en unas pruebas cuya licitud analiza el TS.

“En los hechos probados de la sentencia de instancia consta que el actor, Director General de la empresa demandada, prestaba servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador, carente de clave de acceso y conectado a la red de la empresa que dispone de ADSL. Consta también que un técnico de una empresa de informática fue requerido el 11 de mayo para comprobar los fallos de un ordenador que ‘la empresa señaló como del actor’. En la comprobación se detectó la existencia de virus informáticos, como consecuencia de ‘la navegación por páginas poco seguras de Internet’. En presencia del administrador de la empresa se comprobó la existencia en la carpeta de archivos temporales de ‘antiguos accesos a páginas pornográficas’, que se almacenaron en un dispositivo de USB, que se entregó a un notario. La sentencia precisa que ‘las operaciones llevadas a cabo en el ordenador se hicieron sin la presencia del actor, de representantes de los trabajadores ni de ningún trabajador de la empresa’. El ordenador fue retirado de la empresa para su reparación y, una vez devuelto, el 30 de mayo se procedió a realizar la misma operación con la presencia de delegados de personal. La sentencia recurrida confirma la decisión de instancia que ha considerado que no es válida la prueba de la empresa porque ha sido obtenida mediante un registro de un efecto personal que no cumple las exigencias del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores”.

El análisis del TS no se refiere a la conducta del trabajador a efectos disciplinarios, sino que se centra en la determinación de los límites del control

⁶²⁰ En este ámbito es frecuente que se den casos de ilicitud probatoria, especialmente cuando se trata de investigar la actuación de los empleados. Piénsese, por ejemplo, en supuestos como los registros de ordenadores, de correos electrónicos, grabación con cámaras ocultas o acceso a las taquillas de los trabajadores. En este sentido véase PICÓ I JUNOY, J., “Uso privado de las TIC empresariales, derechos fundamentales y prueba ilícita”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 107, no. 3, 2008, pp. 789-810.

empresarial sobre un ámbito que, aunque vinculado al trabajo, puede afectar la intimidad del trabajador.

Primero el TS analiza si se ha vulnerado realmente un derecho material del actor. De acuerdo con la sentencia, el control del uso del ordenador facilitado al director está regulado por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. El ejercicio de las facultades de vigilancia y control que ejerce la empresa debe tener en consideración la dignidad del trabajador y el respeto a su intimidad. Admite el TS que existe un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una cierta expectativa de confidencialidad en el uso de dichos equipos, aunque ello tampoco puede convertirse en un impedimento del control empresarial⁶²¹. La protección de la intimidad de los trabajadores es entonces compatible con el control lícito ejercido por la empresa.

En el caso analizado, el TS determina que los archivos temporales del ordenador entraban en el ámbito de protección de la intimidad del trabajador. La empresa alegaba que el descubrimiento de estos archivos de contenido pornográfico había sido un hallazgo casual, que se había efectuado al intentar reparar el ordenador. Sobre este punto, el TS concluyó que:

“La empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla con la finalidad que lo ha hecho. Esa actuación en el presente caso ha supuesto una vulneración [del] derecho a la intimidad [del actor]. En efecto, en el supuesto de que efectivamente los archivos mencionados registraran la actividad del actor, la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a su intimidad en los términos a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos. Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación

⁶²¹ “Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos (...). De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad» en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso *Halford*) y 3 de abril de 2007 caso *Copland*) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”.

empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, ‘se siguió con el examen del ordenador’ para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada. *De esta forma, no cabe entender que estemos ante lo que en el ámbito penal se califica como un ‘hallazgo casual’ (sentencias de 20 de septiembre, 20 de noviembre y 1 de diciembre de 2006), pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba*” (énfasis añadido).

En este sentido, habría existido un hallazgo casual si la empresa hubiera detectado y recogido los archivos temporales como parte del procedimiento necesario para reparar el ordenador (el cual constituía un control lícito del equipo informático), o si el trabajador hubiera sido informado previamente de que se realizaría la revisión del ordenador, incluyendo los archivos temporales. Sin embargo, como la empresa se excedió en sus facultades al registrar los archivos temporales del ordenador del director, almacenándolos seguidamente en el dispositivo USB e imprimiéndolos, el TS consideró que se había vulnerado el derecho a la intimidad del actor. Dicha infracción produjo la ilicitud de la prueba y, por tanto, el despido se consideró improcedente.

Otro caso similar se recoge en la *STSJ de Asturias 1615/2013 de 30 de julio* (JUR 2013\281620), que analiza también la improcedencia de un despido. Las pruebas controvertidas se obtuvieron cuando una compañera de trabajo registró los mensajes de la actora, con quien compartía cuenta de correo electrónico por motivos laborales. La sentencia explica que:

“La actora y Flora habían sido trabajadoras por cuenta de [la empresa] para la que vienen prestando servicios como Oficiales Administrativos (...). Ambas comparten trabajo y se sustituyen en las ausencias del trabajo por vacaciones para atender el despacho de todos los asuntos, por lo que la actora tiene acceso al correo electrónico de Flora y ésta lo tiene al de aquélla”.

“Los días 18 y 19 de septiembre de 2012, por ausencia de la actora, su compañera Flora hubo de hacerse cargo del trabajo de aquélla y para ello entró en su correo electrónico y encontró correos que enviaba Carrefour solicitando la entrega de pedidos. Extrañada por ello, al haber quedado suspendido el suministro a dicha empresa a principios de mes, puso el hecho en conocimiento de Ruth, responsable de calidad y de producción, que dio la orden a Flora de que examinara el contenido del correo de Esther para comprobar qué sucedía”.

El TSJ analizó si Flora, la compañera, estaba legitimada para acceder a los

correos de la actora y, en todo caso, hasta qué punto y para qué fines podía revisarlos. Se hizo referencia a una sentencia del mismo TSJ, de fecha 26 de julio de 2013, en donde se analizó el despido de otro trabajador de la misma empresa, y en la cual se expuso ampliamente la doctrina del TSJ de Asturias con relación a la exclusión de pruebas ilícitas. Reproducimos una parte de los fundamentos jurídicos de estas sentencias, en donde se analizan distintos elementos de la prueba prohibida, que son objeto de estudio en el presente capítulo (la relación de causalidad, la teoría del fruto del árbol envenenado, la teoría del hallazgo casual y la conexión de antijuridicidad).

“La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra, *de ahí que se exija una relación directa entre la violación del derecho y el resultado, de suerte que si tal relación no existe, esto es, si no hay tal relación de causalidad y el resultado no es consecuencia de la vulneración, aun habiéndose vulnerado un derecho, no estaremos ante una prueba prohibida, sino ante un evento de naturaleza diferente.*

Desde otra perspectiva, las consecuencias previstas por nuestro ordenamiento para las pruebas obtenidas directamente violentando los derechos fundamentales es su exclusión del proceso al disponer el Art. 90.2 de la LRJS que ‘no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas’. No importa quién haya obtenido la prueba, si es una prueba prohibida se la excluye del proceso, quedando vedada su admisión, práctica y valoración. Además y de acuerdo con el precepto, *la ineficacia de la prueba ilícita tiene efectos reflejos o indirectos, arrastrando a todas las restantes pruebas aunque hayan sido obtenidas o practicadas de forma lícita siempre que tengan su origen en la primera, conforme a la conocida doctrina del ‘fruit of the poisonous tree’ (fruto del árbol envenenado).*

La justificación del ‘efecto dominó’ se encuentra, según dice la STS (Sala 2ª) de 18 de julio de 2002, en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Si ésta ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia del denominado ‘efecto dominó’, que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella.

Como es bien conocido la evolución jurisdiccional a partir del reconocimiento de esos efectos reflejos ha derivado, sin embargo, en *diversas excepciones que matizan la tesis causalista y justifican la exclusión de la regla, así por ejemplo se considera que enerva la aplicación de los efectos indirectos el denominado ‘hallazgo casual’, esto es, aquel hallazgo imprevisto que tiene lugar dentro de un determinado marco de intervención habilitada para distinta finalidad,*

habilitación que puede ser solamente normativa, como es la que permite la entrada en domicilio en caso de flagrante delito. La STS (Sala de lo penal) de 22 de enero de 2001, dice que ‘los hallazgos casuales no carecen de validez como prueba, cuando han sido obtenidos de una manera jurídicamente no objetable, aunque la medida haya sido dispuesta en unas diligencias en las que los recurrentes no eran perseguidos, siempre y cuando, que aquélla sea necesaria, proporcionada y motivada’.

Con toda en la hermenéutica jurisdiccional *ha resultado de preferente aplicación la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad, que restringe el concepto de prueba ilícita o cuando menos la tutela jurisdiccional otorgada, no solo a aquella en cuya obtención se han vulnerado derechos fundamentales, sino a aquellas en las que, además, los tribunales aprecien en el caso concreto ‘conexión de antijuridicidad’.* Acuñada en la STC 81/1998, de 2 de abril, esta doctrina ha sido recogida en las SSTs (Sala 2ª) núm. 1/2006, de 9 de enero; 988/2011, de 30 de septiembre; 811/2012, de 30 de octubre, y 2265/2013, de 25 de abril, entre otras (...).

Esto es, no basta con que el material probatorio derivado de la fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante; *se requiere, además, que entre la fuente corrompida y la prueba derivada exista la denominada ‘conexión de antijuridicidad’; deslindado así cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica* en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y a las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuridicidad la que debe darse (STS-Sala 2ª de 19 de junio de 2002)⁶²².

Con relación a la vulneración del derecho fundamental sustantivo, el TSJ se pronunció en el mismo sentido que el TS en la sentencia que analizamos previamente. Indicó que el control empresarial debe ejercerse dentro de ciertos límites que respeten los derechos fundamentales de los trabajadores⁶²³.

⁶²² Las cursivas son nuestras.

⁶²³ “El control empresarial no puede ejercerse sin límites objetivos ni de forma incondicionada, ya que ello podría vulnerar la mencionada expectativa a la intimidad que, como tal, debe protegerse adecuadamente, de ahí que dicho control deba someterse a una doble limitación. Por un lado, mediante el establecimiento por parte de la empresa de unas condiciones de uso que deben ser conocidas por los trabajadores, así como de la existencia de los mecanismos de control arbitrados para verificar la corrección de dicho uso. De este modo, se propiciaría el conocimiento de las fronteras que circunscriben el espacio de efectividad de la ‘expectativa razonable de intimidad’, fuera del cual no cabría entender vulnerado el mismo. Por tanto, este conocimiento previo tendría la virtualidad de neutralizar eventuales reclamaciones de los trabajadores en esta materia. Por otro lado, desde un punto de vista objetivo, el control empresarial estaría vedado en aquellos ámbitos protegidos por los derechos fundamentales en presencia, es decir, los relativos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones. Esto significa

En cuanto a la aplicación de la teoría del hallazgo casual, la sentencia expresa que Flora, la compañera de la actora, estaba autorizada para acceder a los mensajes del correo electrónico, debido a la manera en que ellas se distribuían el trabajo. Por tanto, el descubrimiento de los mensajes no constituía una vulneración al derecho a la intimidad.

“En este caso no es ya, como señala la juzgadora a quo que estemos ante un descubrimiento casual, sino que el hecho de hallarse autorizadas mutuamente Esther y Flora a entrar en sus respectivos correos en caso de ausencia de una de ellas, con el fin de seguir despachando los asuntos que los clientes de la empresa pudieran plantear, ha de ser interpretado como un elocuente reconocimiento de que en el ámbito de la relación laboral el contenido de los correos electrónicos que pudieran haberse cruzado entre sí o con terceros a través de sus respectivo ordenadores no constituía para ellas –o había dejado de constituir– un secreto perteneciente a la órbita de su intimidad, esto es, un secreto que tuvieran interés en poner a cubierto respecto de las intromisiones de su compañera de trabajo quien, a fin de cuentas, debía de seguir utilizando el ordenador que albergaba tales datos para su finalidad específica, esto es, como un instrumento de producción para solventar las necesidades de la empresa. Y si con su conducta Esther había dejado patente que el referido material no constituía un secreto, no es posible considerar que el acceso al mismo por parte de su compañera pueda constituir una intromisión en su intimidad cuando fue ella misma quien voluntariamente dejó aquel correo electrónico a su disposición ‘para el despacho de todos los asuntos’, según reza el ordinal quinto”.

En consecuencia, se determinó que el acceso a los correos electrónicos se había producido de manera lícita. No sería necesario, entonces, excluir las pruebas que se derivaban de dichos correos:

“Tampoco hay visos de ilicitud, antes al contrario, responde a las más elementales exigencias de la lealtad y la buena fides, que la trabajadora Flora, extrañada por el contenido del correo, dado que el servicio a Carrefour había quedado suspendido por órdenes de la dirección de la empresa con el fin de renegociar el precio y retirar la titularidad a Sidra Escanciador, pusiera en conocimiento de sus superiores la existencia de un correo que chocaba frontalmente con tal designio, y, en fin, *si la prueba inicial no es ilícita (...), menos aún se puede extender efecto reflejo de antijuridicidad y declarar la nulidad en otras pruebas derivadas*, como es el caso de las pruebas suministradas por el cliente relativas al estado de las conversaciones entre sus respectivos comerciales correspondientes a la continuidad sobre el suministro de la sidra natural

que quedan indiscutiblemente al margen del control empresarial, tanto los archivos personales (protegidos por el primero), como las comunicaciones telefónicas o el correo electrónico (amparados por el segundo)” (STSJ de Asturias 1615/2013 de 30 de julio [JUR 2013\281620]).

(...), y lo mismo cabe referir del informe emitido por los detectives privados sobre el seguimiento a Juan Pedro y Esther.

No obstante, el TSJ estimó que, si bien los primeros correos se revisaron de forma lícita, había otro grupo de correos electrónicos cuya lectura vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones de la parte actora. Estos últimos correos se referían a asuntos diferentes al que motivaba el registro inicial y el despido y, por tanto, al haber accedido a ellos la empresa ejerció un control excesivo e inconstitucional. Estos últimos correos electrónicos fueron considerados como pruebas prohibidas que debían ser excluidas, al igual que las demás pruebas que de ellos se derivaron.

“Ahora bien, el hecho de que la trabajadora Flora tenga autorizado el acceso al correo electrónico de su compañera ‘para el despacho de todos los asuntos’, no autorizaba a la empresa, quien por lo demás no ha establecido instrumentos específicos para el control y vigilancia de la actividad laboral mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información, a llevar a cabo un control del correo de Esther de manera omnímoda e indiscriminada, pues como razona la juzgadora a quo ‘corresponde al titular o usuario del correo electrónico acotar el ámbito personal que quiere reservar al conocimiento o injerencia ajena, por ello no cabe que otro se inmiscuya en su intimidad más allá de aquello para lo que él le autorice’, y, en consecuencia, en la medida en que ninguna relación guardaban con el despacho del asunto sobre el aprovisionamiento de sidra a Carrefour, habrá que tachar como inmisiones prohibidas y excluir de las actuaciones aquellos correos que afectan a Juice and World y la firma Australiana Conquistador (ordinal octavo), así como los correos a que alude el ordinal noveno relativos a Fructuoso, Eva María y Esperanza por estar todos ellos protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 de la Constitución y el art. 8 del CEDH, lo que deslegitima el comportamiento empresarial. Por identidad de razón hay que estimar asimismo que se encuentra contaminado el testimonio de la referida D^a. Esperanza de la empresa Juice and World”.

A la vista de todo ello, el TSJ declaró la nulidad de la sentencia dictada en instancia, ordenando que se dictar una nueva en la que se valoraran las pruebas que se estimaron lícitas y se excluyeran las que se consideraron ilícitas⁶²⁴.

⁶²⁴ “...procede declarar la nulidad de la sentencia dictada y reponer las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior al dictado de la misma, para que, sin incurrir en las infracciones apreciadas y con valoración de la prueba documental oportunamente propuesta por la empresa recurrente en relación con la prueba relativa al asunto Carrefour, se proceda por parte de la Juzgadora de instancia y con absoluta libertad de criterio a dictar nueva sentencia”.

VI. EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA EN HONDURAS

A. LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. Justificación de la exclusión de las pruebas ilícitas

Al igual que sucede en España, en la legislación hondureña también se establece que no podrán utilizarse en juicio las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (arts. 88 y 100 CRH, 200 CPPH, 236.1 y 237 CPCH). Hemos referido en el Capítulo III cuáles son los fundamentos de la exclusión de la prueba ilícita en Honduras. Principalmente, hemos de recordar que un Estado de Derecho se cimienta en el respeto a la legalidad y los derechos humanos. El Estado no puede, por tanto, defender unos derechos y luego vulnerarlos (o permitir que sean vulnerados) para aprovecharse de esa infracción en un proceso judicial (SCSJH, Sala Penal, CP 48-2011 de 11 de junio de 2013).

Esta motivación, sostenida por la CSJH en el ámbito procesal penal, puede trasladarse perfectamente al contexto civil, ya que las disposiciones constitucionales aplican en toda clase de procesos. Muestra de ello es que el CPCH establezca expresamente que “no son admisibles las pruebas que se hayan obtenido vulnerado derechos fundamentales o en contra de las prohibiciones establecidas por las disposiciones legales aplicables...” (art. 236.1 CPCH).

2. La sanción de ineficacia recogida en la legislación procesal

Tanto el CPCH como el CPPH establecen que las pruebas ilícitas “carecerán de eficacia probatoria” (arts. 237.1 CPCH y 200 CPPH). Esta sanción de ineficacia o “inutilizabilidad” puede hacerse valer en distintos momentos del proceso, dependiendo de cuándo se haya manifestado la condición de ilicitud⁶²⁵. Así pues, puede producirse la inadmisión de la prueba ilícita, su exclusión durante el proceso y también puede darse que el órgano judicial deje de valorarla al dictar sentencia. El momento procesal en que se solicite la exclusión no será un obstáculo para la aplicación de la sanción de

⁶²⁵ CUÉLLAR CRUZ/ FERNÁNDEZ ENTRALGO/ GÓMEZ COLOMER, *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., p. 459.

ineficacia siempre y cuando se impugne a través de los cauces procesales apropiados⁶²⁶.

De acuerdo con la CSJH:

“El control procesal de la prueba ilícita puede ser de previo o a posteriori: De previo inadmitiendo el medio de prueba en la audiencia de proposición de ésta a consecuencia de su ilicitud (...) o denunciando su ilicitud en la etapa de incidentes del debate por hechos nuevos o hechos antes no conocidos hasta entonces (...); o a posteriori cuando el Tribunal (...), en su valoración, niegue crédito a la prueba y a toda aquella que se derive de ésta (...)”⁶²⁷.

Este pasaje nos remite a otra característica importante de la ineficacia de la prueba ilícita, que es su efecto expansivo, recogido en el artículo 237.1 CPCH. De acuerdo con esta norma podemos observar que también en Honduras la sanción de ineficacia de la prueba ilícita abarcará las pruebas directas y las pruebas derivadas.

3. La ineficacia de la prueba ilícita y la nulidad probatoria

También en la legislación hondureña existen zonas de encuentro y desencuentro entre la prueba ilícita y la prueba nula⁶²⁸. En el proceso civil, la principal similitud entre estas dos figuras es que, en ambos casos, las pruebas carecerán de efecto una vez que el órgano judicial reconozca en ellas la condición de ilicitud o nulidad. La ineficacia se

⁶²⁶ Sobre este punto, expone PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración...*, cit., pp. 306 y 307: “Nuestro ordenamiento procesal establece como consecuencia esencial que provoca la obtención [de pruebas ilícitas], su imposible utilización a efectos de fundamentar en ellas una sentencia judicial. Es decir, que carecen de eficacia probatoria las pruebas obtenidas de forma ilegítima evitando que produzcan el efecto de contribuir a la convicción judicial. En consecuencia, la legislación hondureña sanciona procesalmente con la ineficacia o con la falta de efectos la prueba espuria. Y en forma extensiva no le otorga ningún valor probatorio a todas aquellas pruebas que se derivaron de un acto o hecho que ha vulnerado los derechos fundamentales. Resumiendo diremos, que cuando la prueba es espuria no puede ser admitida (art. 317 CPPH), pero en caso de ser admitida y practicada, no debe ser tomada en consideración por el Tribunal de Juzgamiento para fundamentar la sentencia...”.

⁶²⁷ Ídem.

⁶²⁸ BANEGAS, J. *et al.*, *Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño*, CSJH/ UNAH/ USAID, Tegucigalpa 2002, t. II, pp. 372-373; explica las sanciones procesales que corresponden a la aplicación de estas figuras. Así, la “ineficacia probatoria es la condición de exclusión procesal de aquellos elementos de prueba introducidos al proceso mediante la vulneración de garantías constitucionales o que son consecuencia necesaria de una vulneración constitucional”. En cambio, “la nulidad es la clásica sanción procesal mediante la cual se privan de validez jurídica los actos realizados mediante la inobservancia de las normas esenciales de procedimiento y la infracción de los derechos y libertades fundamentales del individuo”.

extenderá también a los actos que se deriven directamente del originalmente viciado, sin embargo, no se extenderá a las pruebas que sean independientes de la prueba ilícita o de la prueba nula.

En este campo, el CPCH regula un supuesto de nulidad probatoria que podemos equiparar con la prueba ilícita. El artículo 216.2 CPCH se refiere a los actos de las partes, o de otras personas que intervengan en el proceso, que se hayan producido bajo intimidación o violencia. Si se acredita que una prueba fue obtenida en estas circunstancias, será considerada nula y, además, “la nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieren haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo”. Estimamos que este supuesto en particular podría ser denunciado procesalmente ya sea como prueba ilícita (si se ha vulnerado, por ejemplo, el derecho a la integridad personal) o como prueba nula⁶²⁹.

Por otra parte, podemos destacar que el CPCH recoge además la categoría de la anulabilidad, referida a aquellos actos irregulares que sean anulables a instancia de parte, pero que pueden ser subsanados (art. 213 CPCH). La prueba ilícita no podría encajar dentro de esta última categoría ya que, como bien sabemos, la obtención inconstitucional de una prueba no se puede subsanar.

Entre la nulidad de los actos procesales probatorios y la ineficacia de las pruebas ilícitas también existen diferencias relativas, por ejemplo, a su tratamiento procesal, sus efectos, y los principios e intereses que acompañan la aplicación de cada figura.

⁶²⁹ También en el proceso penal existe un supuesto de nulidad probatoria que coincide con la ilicitud. El artículo 166.7 CPPH establece que “serán nulos los actos procedimentales realizados (...) con violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, consagradas por la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y las demás leyes”. Este supuesto de nulidad procesal es bastante amplio y abarcará tanto la prueba ilícita –porque ésta es un acto procesal cometido con vulneración de derechos fundamentales– como otros actos procesales de distinta naturaleza, siempre y cuando se hubiera afectado algún derecho fundamental. Si comparamos la regulación de la nulidad de los actos procesales, podemos apreciar que en el proceso penal son más amplios los supuestos que provocan la nulidad (art. 166 CPPH). El proceso civil, en cambio, contempla supuestos más específicos y restringidos (art. 212 CPCH). Sobre la nulidad de los actos en el proceso penal hondureño, véase CUÉLLAR CRUZ, R., *Módulo instruccional: Derecho Procesal Penal*, Módulo de capacitación para el curso de jueces de sentencia, Tegucigalpa 2001, pp. 217-224; BANEGAS, J. *et al.*, *Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño*, cit., t. II, pp. 373-375.

Con relación al tratamiento procesal, el CPCH contempla un incidente distinto para cada una de ellas. Para la prueba ilícita establece el régimen de inadmisibilidad (art. 236.1 CPCH) y, en caso que la prueba hubiera sido admitida, permite impugnarla y excluirla a través del incidente de ilicitud probatoria regulado en el artículo 237 CPCH. La nulidad de la prueba, en cambio, puede ser denunciada a través del incidente (ordinario) de nulidad de actuaciones, referido en el artículo 215 CPCH, que se rige por las normas generales de los incidentes procesales⁶³⁰. Este incidente de nulidad tiene como requisito la previa producción de indefensión a la parte que lo suscita, cosa que no sucede con el incidente de ilicitud probatoria, que se puede iniciar aun cuando no se haya materializado la indefensión (basta con que exista una prueba ilícita).

Otra diferencia importante entre la ineficacia de la prueba ilícita y la nulidad de los actos de prueba se refiere, al igual que en España, a los principios que se deben aplicar en cada caso. Cuando hablábamos en el capítulo anterior sobre los fundamentos de la exclusión de la prueba ilícita, referimos principios como el de proporcionalidad y el de legalidad, acompañados por otros intereses a tomar en cuenta como la protección de los derechos fundamentales. La aplicación de estos parámetros determina que la ineficacia de la prueba ilícita tenga un efecto expansivo, abarcando las pruebas derivadas y excluyéndolas del proceso, porque así es como se logra la efectiva protección de los derechos fundamentales⁶³¹.

Sin embargo, cuando se trata de la nulidad de la prueba, si bien existe cierto efecto expansivo, éste se limita en la medida posible porque han de aplicarse los principios de subsanación y de conservación de los actos procesales (arts. 20 y 217 CPCH)⁶³². Incluso, cuando la nulidad no afecta la totalidad del acto procesal, sólo se declarará nula la parte que corresponda, manteniéndose aquéllas partes que se hayan realizado de manera válida. Una prueba ilícita, en cambio, no puede excluirse parcialmente, sino sólo de forma integral. Por tanto podemos decir que, mientras en la

⁶³⁰ La nulidad procesal también puede ser atacada a través de los recursos que correspondan contra las resoluciones judiciales viciadas y, en todo caso, antes de que se dicte la resolución judicial, el mismo juez podrá suscitar la cuestión de la nulidad, dando audiencia a las partes (art. 214 CPCH). En este sentido, sí se asemeja la declaración de nulidad probatoria a la exclusión de la prueba ilícita.

⁶³¹ SCSJH, Sala Penal, CP 303-2010, de 11 de junio de 2013.

⁶³² TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. I, pp. 39 y 173.

prueba ilícita la ineficacia tiende preferiblemente a expandirse, en la nulidad de los actos procesales la ineficacia más bien se restringe para que afecte el menor número posible de actuaciones.

B. APLICACIÓN EN HONDURAS DE LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

La sanción de ineficacia de las pruebas ilícitas o prohibidas, según se estipula en la legislación hondureña, deberá extenderse también a aquellos otros actos que de ellas se deriven. En ello consiste lo que la doctrina ha denominado la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, que ya hemos explicado anteriormente. En este sentido, recordemos que el artículo 237 CPCH señala que las pruebas “carecerán de eficacia... cuando sean consecuencia necesaria de [los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución...] y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos”.

A falta de jurisprudencia que nos ilustre sobre la aplicación de esta teoría en el proceso civil, hemos de hacer referencia a los pronunciamientos realizados por la CSJH en el contexto procesal penal con relación al efecto reflejo de las pruebas prohibidas:

“En opinión de esta Sala, el Tribunal de Sentencia, atinadamente no ha hecho menos que seguir la doctrina del fruto del árbol venenoso, ‘conforme la cual la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas legales, no obstante se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas’⁶³³, esta doctrina ha encontrado acogida en el derecho Hondureño, en observancia a lo dispuesto en el artículo 200 del Código Procesal Penal al establecerse que carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información”⁶³⁴.

⁶³³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. AKAL, Madrid 1989, pp. 115 y 116 (cita de la sentencia).

Como podemos observar, la CSJH reconoce que el efecto expansivo de la sanción de ineficacia de la prueba ilícita se corresponde con la teoría de los frutos del árbol envenenado. En otras sentencias, la Sala Penal expresa que⁶³⁵:

“El Legislador Hondureño, ha previsto que cuando se reproduzca un medio de prueba ilícito en el proceso, la sanción procesal será el desconocimiento de cualquier valor probatorio de ésta –Árbol Envenenado–; pero además el legislador hondureño ha establecido que también carecerán de eficacia probatoria todo medio de prueba que se derive directamente de aquella que ha sido obtenida mediante la violación o disminución ilegítima de garantías fundamentales o derechos humanos –Frutos del Árbol Envenenado⁶³⁶–”.

Según resulta de la legislación hondureña, y de la jurisprudencia que hemos citado, para que el efecto contaminante pase de la prueba original a las pruebas derivadas lo que se exige es una *conexión de causalidad natural*, es decir, una conexión existencial, un vínculo lógico de necesidad en el sentido de causa y consecuencia⁶³⁷. La CSJH habla de “prueba que se derive directamente” de la ilícita, que sea “consecuencia necesaria”, que “se base en los datos conseguidos por aquella prueba ilegal”. En fin, queremos apuntar que el vínculo que determinará la contaminación de las pruebas derivadas, o frutos del árbol envenenado, es la conexión de causalidad natural. No se aplica en Honduras, de momento, ninguna teoría similar a la de la conexión de antijuridicidad desarrollada por el TC español.

Adicionalmente, la CSJH ha aplicado una técnica específica para determinar cuándo una prueba se deriva causalmente de otra ilícita. Para ello ha acudido a la *teoría de la supresión hipotética*. En este sentido, indica la jurisprudencia de la Corte que:

⁶³⁴ SCSJH, Sala Penal, CP 250-2009, de 13 de abril de 2011.

⁶³⁵ SCSJH, Sala Penal, CP 272-2010 de 19 de septiembre de 2012; CP 303-2010, de 11 de junio de 2013; CP 48-2011 de 11 de junio de 2013.

⁶³⁶ “Teoría originaria de los Estados Unidos de Norte América plasmada en los fallos de la Corte Suprema de Justicia: *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), *Nardone v. United States* (1939), *Mapp v. Ohio* (1961), *Escobedo v. Illinois* (1964), *Miranda v. Arizona* (1966), *Shapman v. Arizona* (1967), *Katz v. United States* (1967) y *Orozco v. Texas* (1969)” –cita de la sentencia–.

⁶³⁷ En este sentido, ÁLVAREZ, A./ AGUILAR, J./ CORZO, M., *Manual del Juez de Letras*, cit., p. 109.

“Un medio de prueba se deriva de otro ilícito, cuando suprimiendo hipotéticamente el segundo [medio probatorio ilícito], automáticamente el primero [medio derivado] se vería igualmente suprimido, debido a su dependencia existencialista”⁶³⁸.

En otras palabras, debe hacerse un juicio lógico y racional mediante el cual se suprimirá hipotéticamente la prueba originalmente obtenida con vulneración directa de derechos fundamentales. Si al suprimir esta prueba “desaparecen” otras pruebas posteriores –porque fueron obtenidas como consecuencia de la prueba ilícita directa– entonces éstas pruebas posteriores (o indirectas) serían derivadas de la ilícita y, por tanto, deberán excluirse también del proceso⁶³⁹.

C. EXCEPCIONES JURISPRUDENCIALES A LA EXCLUSIÓN DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Ni la CRH ni la legislación procesal contemplan en sus disposiciones la posibilidad de admitir excepciones a la ineficacia refleja de las pruebas ilícitas. El CPCH y el CPPH determinan que serán ineficaces las pruebas ilícitas y, además, aquellas que de ellas se deriven, sin perjuicio de la responsabilidad personal que se le pueda exigir al artífice de la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, la legislación procesal hondureña solo recoge de forma expresa la Regla de Exclusión y la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Sin embargo, al igual que ha sucedido en España, la jurisprudencia hondureña también ha adoptado algunas de las teorías norteamericanas que permiten valorar ciertas pruebas que se derivan de otras ilícitamente obtenidas. Estas teorías vienen a ser

⁶³⁸ SCSJH, Sala Penal, CP 272-2010 de 19 de septiembre de 2012; CP 303-2010, de 11 de junio de 2013; CP 48-2011 de 11 de junio de 2013.

⁶³⁹ La teoría de la supresión hipotética, según la aplica la CSJH, fue explicada por DE LA RÚA, F., *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Ed. Víctor P. de Zavalfa, Buenos Aires 1968, pp. 173-175. De acuerdo con la SCSJH, Sala Penal, CP 151-2010 DE 10 de enero de 2013: “Sobre el tema del ‘Defecto Decisivo’, el Jurista argentino F. de la Rúa, sostiene que ‘la prueba omitida, hemos señalado, debe ser decisiva; si carece de eficacia, la omisión no puede afectar la motivación’. Más adelante el mismo autor agrega: ‘Para determinar la decisividad de la prueba eliminada, el Tribunal de Casación debe acudir al método de supresión hipotética: una prueba será decisiva, y su invalidez afectará de manera fundamental a la motivación, cuando –si mentalmente se la suprimiera– las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas (...). Cuando se trae de un vacío inverso, es decir, de omisión de prueba esencial, aquella operación crítica deberá invertirse, y consistirá, en tal caso, en la inclusión mental hipotética de la prueba no producida”.

excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Puntualmente, la Sala Penal de la CSHJ ha admitido la aplicación de dos excepciones, la teoría del hallazgo o descubrimiento inevitable y la teoría de la fuente independiente⁶⁴⁰.

“La prueba ilícita no puede ser apreciada valorativamente en ningún caso ni en ningún tiempo, mas sí es posible apreciar la prueba que se le derive, siempre que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: A) Hallazgo Inevitable o Descubrimiento Inevitable: Cuando la prueba derivada, con o sin la prueba ilícita, estaba destinada a ser encontrada; dependerá aquí hacer una relación suficientemente razonada del porqué la prueba derivada hubiese sido inevitablemente encontrada, aun cuando no hubiese existido la prueba ilícita; y, B) Fuente Independiente: Cuando la prueba derivada se desprenda al mismo tiempo e inevitablemente de otro medio de prueba lícito e independiente al de carácter ilícito: Entre la fuente independiente y la prueba ilícita no debe haber dependencia existencial, relación o subordinación. El estudio a desarrollar por los Juzgadores es la relación causal entre la prueba ilícita y la fuente independiente y al determinarse que no existe ninguna, la ilicitud de la prueba no alcanza la prueba derivada, por cuanto ésta última se desprende igualmente de una fuente independiente lícita”⁶⁴¹.

1. Teoría de la fuente independiente

Al hablar de la teoría del efecto reflejo, hemos dicho que la sanción de ineficacia se extiende a las pruebas que se deriven de la originalmente viciada. En sentido contrario, la ineficacia no abarcará las pruebas independientes, es decir, las que no guardan ningún vínculo causal con la ilícita. El hecho de que las pruebas independientes no se excluyan, hemos dicho anteriormente, no constituye realmente una excepción a la teoría de los frutos envenenados, simplemente porque las pruebas independientes no entran en la dinámica de ilicitud e ineficacia. A estas pruebas independientes no se les

⁶⁴⁰ También la doctrina hondureña parece aceptar la aplicación de estas teorías, según observamos en En este sentido, ÁLVAREZ, A./ AGUILAR, J./ CORZO, M., *Manual del Juez de Letras*, cit., p. 110. Por su lado, CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Procesal Penal de Honduras*, cit., p. 461, comentan al respecto: “No solo es inutilizable el material obtenido ilegítimamente, sino también cualquier otro que sea ‘...consecuencia necesaria de tales acto o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos...’. Lo dispuesto por el artículo 200 CPPH coincide con lo prescrito a propósito de la nulidad por el art. 169.1 CPPH. Ello supone la recepción de la doctrina de los ‘frutos del árbol envenenado’, pero la exigencia de una relación de dependencia directa entre la prueba ilegítimamente obtenida y la lograda con base en ella, pero, esta vez, con observancia de todas las garantías, conduce a aceptar la utilizabilidad de la fuente independiente de prueba (aquella que no guarda relación con la prohibida) y aún de la utilizabilidad en caso de inevitabilidad del descubrimiento, por otras vías siempre independientes, de la información ilegítimamente adquirida”.

⁶⁴¹ SSCSJH, Sala Penal, CP 48-2011 de 11 de junio de 2013 y CP 303-2010, de 11 de junio de 2013.

puede aplicar la Regla de Exclusión, ni la teoría de los frutos del árbol envenenado, ni sus excepciones. Las pruebas independientes son pruebas ajenas a la vulneración del derecho fundamental y por tanto están situadas fuera del perímetro de la Regla de Exclusión.

Sin embargo, la formulación que ha elaborado la CSJH viene a aplicar la teoría de la fuente independiente como una verdadera excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Parte de una clase de supuestos muy particulares en donde la prueba ilícita derivada que se está analizando por un tribunal tiene dos fuentes distintas: por un lado se origina de la prueba ilícita directa, pero por otro lado ha sido causada por una prueba autónoma (fuente independiente). Tenemos, por tanto, un fruto que podría provenir de dos árboles distintos, uno venenoso y otro sano. En otras palabras, la prueba derivada se obtuvo gracias a cierta información proporcionada por la prueba ilícita, pero también gracias a información que se desprende de una prueba lícita.

En estos supuestos, la CSJH ha determinado que se aplique la teoría de la fuente independiente para poder valorar esa prueba derivada que proviene al mismo tiempo de una ilícita y de una lícita. Volvamos a leer la exposición que hace la Sala Penal sobre esta teoría⁶⁴²:

“[Se aplicará la excepción de la] fuente independiente cuando *la prueba derivada se desprenda al mismo tiempo e inevitablemente de otro medio de prueba lícito e independiente al de carácter ilícito: Entre la fuente independiente y la prueba ilícita no debe haber dependencia existencial, relación o subordinación.* El estudio a desarrollar por los Juzgadores es la relación causal entre la prueba ilícita y la fuente independiente y al determinarse que no existe ninguna, *la ilicitud de la prueba no alcanza la prueba derivada, por cuanto ésta última se desprende igualmente de una fuente independiente lícita*” (la cursiva es nuestra).

De acuerdo con la CSJH, el análisis del juzgador no radicará tanto en determinar si existe una relación causal entre la prueba ilícita directa y la derivada, porque parece que eso ya está claro, sino más bien en verificar que la fuente alternativa de la prueba derivada (fuente independiente), sea realmente autónoma –totalmente ajena a la vulneración del derecho fundamental–. Una vez que el juzgador determine la independencia de la “otra fuente”, entonces se podrá valorar la prueba derivada. Entre

⁶⁴² *Ídem.*

los dos orígenes autónomos de la prueba derivada, prevalecerá el lícito y esto “subsana” la prueba secundaria, permitiendo al órgano judicial valorarla. Veamos un ejemplo de cómo la CSJH ha aplicado esta teoría.

En la SCSJH, Sala Penal, CP 48-2011 de junio de 2013, se analiza un caso en el cual varios acusados fueron condenados por haber secuestrado a un anciano en la ciudad de San Pedro Sula. Después de retenerlo durante varios días, los secuestradores recibieron el pago solicitado y liberaron a la víctima. En el recurso de casación, la defensa impugnó la licitud de unas escuchas telefónicas que se realizaron, durante los primeros tres días, sin orden judicial, pero que posteriormente fueron autorizadas por el correspondiente Juez. Se alegó que la ilicitud de tales escuchas debía extenderse también a un allanamiento y a las actas de decomiso y secuestro del dinero que fue encontrado en el lugar que se registró.

La CSJH reconoció que las escuchas realizadas sin autorización judicial eran ilícitas y que por ello no fueron utilizadas en el juicio.

“Esta intervención realizada sin autorización judicial es claramente contraria a lo señalado en el artículo 100 de la Constitución de la República y la grabaciones y la transcripción de las conversaciones no tienen valor alguno, hecho del que tenía conocimiento el Ministerio Público y que precisamente por ello le obligó a prescindir de esas diligencias en el debate, absteniéndose de proponerlas en la audiencia de proposición de medios de prueba”.

Sin embargo, existía otra fuente, independiente de las escuchas ilícitas, que permitía valorar las pruebas derivadas. Según explica la sentencia, los secuestradores llamaron por teléfono al hijo de la víctima, para negociar el precio de la liberación. El número telefónico que utilizaban los secuestradores quedó registrado en el teléfono móvil del hijo y éste a la vez lo comunicó a la policía.

“El Testigo J. A. L., hijo del ofendido, señala que la primera comunicación que recibió de los secuestradores fue al número de teléfono de la agencia de aduana (Tel. ...), y que para poder tener mejor comunicación y control de la situación les proporcionó a los captores el número de teléfono de un celular, (Cel. ...), donde siguió recibiendo las llamadas de los secuestradores, PUDIENDO VER EN LA PANTALLA EL NUMERO DE LA LLAMADA ENTRANTE; Estos números los informo a la policía, quien a su vez informo al Ministerio Público quien hizo la solicitud al órgano jurisdiccional para que las empresas de Celtel S.A., Y Megatel S.A., proporcionaran la información de los números de teléfono que realizaban las llamadas. De este

modo se constata que el Ministerio público hizo acompañar a su solicitud de intervención de comunicaciones privadas presentada al Juzgado de Letras de San Pedro Sula, la declaración administrativa del Señor J. A. L., donde éste relata lo que en ese momento estaba aconteciendo, detallando los números de teléfono que su celular le indicaban eran los que originaban las llamadas hechas por los secuestradores”.

En este caso, puede considerarse que las pruebas derivadas tienen dos fuentes; una ilícita, que serían las primeras escuchas realizadas sin autorización judicial, y otra lícita, que es la información (número telefónico de los secuestradores) proporcionada por el hijo de la víctima. La CSJH consideró que ya se habían excluido las pruebas ilícitas originarias y que las pruebas derivadas podían valorarse porque provenían de una fuente independiente y completamente lícita.

“Dados estos hechos esta Sala de lo Penal declara que la información de los números de teléfono ..., ... y ..., tienen una fuente independiente a la intervención telefónica que hiciera la Policía Nacional, esta fuente independiente es el conocimiento del testigo J. A. L., la cual obtuvo simplemente con ver la pantalla de su aparato celular que le indicaba el número emisor de la llamada, de ahí que aunque se haya producido la indebida intervención telefónica hecha por la policía, los números de teléfono que usaban los secuestradores siempre se hubiesen conocido y por tanto siempre se hubiese ordenado a las empresas que proporcionan los servicios de comunicación que brindaran la información que tuviesen de ellos. Como consecuencia los medios de prueba propuestos por el Ministerio Público en los numerales 5 y 6, referente al registro de llamadas entrantes y salientes de los números ..., ... y ..., proporcionado por las Empresas Celtel S.A., y Megatel S.A., son válidos para ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica”.

2. Teoría del descubrimiento inevitable

La CSJH refiere la teoría del descubrimiento inevitable como otra excepción a la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. De acuerdo con la Sala Penal, estaremos ante un “Hallazgo Inevitable o Descubrimiento Inevitable cuando la prueba derivada, con o sin la prueba ilícita, estaba destinada a ser encontrada”. En estos casos, lo importante es “hacer una relación suficientemente razonada del porqué la prueba derivada hubiese sido inevitablemente encontrada, aun cuando no hubiese existido la prueba ilícita”⁶⁴³.

⁶⁴³ SCSJH, Sala Penal, CP 48-2011 de 11 de junio de 2013 y CP 303-2010, de 11 de junio de 2013.

Vemos que se adopta así la teoría norteamericana del *Inevitable Discovery*, con el mismo propósito de permitir la valoración de una prueba que se deriva de otra ilícita, bajo el argumento de que la prueba derivada habría sido obtenida aun sin que se produjera la vulneración del derecho fundamental que permitió adquirir la prueba ilícita directa. La carga de la prueba recaerá sobre la parte que requiera la aplicación de esta teoría, quien deberá explicar y demostrar por qué se habría obtenido la prueba derivada sin necesidad de que se produjera la infracción original (por ejemplo, que ya existía una línea de investigación abierta que contemplaba una diligencia que habría llevado a descubrir la prueba controvertida en el mismo estado en que efectivamente fue encontrada).

A pesar de que la CSJH ha mencionado esta teoría en varias sentencias⁶⁴⁴, no hemos encontrado un caso en el cual la haya aplicado realmente para lograr valorar una prueba ilícita derivada. No obstante, su reconocimiento judicial ya deja la vía abierta para que sea aplicada por los Tribunales de Sentencia, o por la misma CSJH, cuando lo estimen conveniente.

D. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO Y DE SUS EXCEPCIONES EN EL PROCESO CIVIL HONDUREÑO

El artículo 237 CPCH, como hemos podido observar, determina que serán ineficaces tanto las pruebas obtenidas directamente a través de la vulneración de derechos fundamentales como las que de ellas se deriven –por conexión causal natural–. No hay duda, por tanto, sobre la posibilidad de aplicar en el proceso civil la teoría de los frutos del árbol envenenado o teoría del efecto reflejo.

Sin embargo, no nos consta que se hayan aplicado todavía en la jurisdicción civil la teoría de la fuente independiente o la teoría del descubrimiento inevitable. Por un lado, el CPCH es relativamente nuevo y la exclusión de la prueba ilícita es una figura que hasta ahora se incorpora al proceso civil. Pareciera que los órganos judiciales y los profesionales del Derecho todavía están comenzando a conocer cómo funciona la Regla

⁶⁴⁴ Además de las que referimos en la nota anterior, véase también la SCSJH, Sala de lo Constitucional, 189-06 de 8 de agosto de 2006.

de Exclusión en los procesos de naturaleza privada (en contraste con el proceso penal, donde ya es una figura consolidada)⁶⁴⁵.

Prevalen aún muchas costumbres del anterior Código de Procedimientos Comunes (1906), en el sentido que los jueces en el ámbito probatorio se apoyan mucho –quizás demasiado– en los principios dispositivo y de aportación de parte. Cuando una prueba ilícita accede al proceso, los jueces hondureños no suelen iniciar de oficio el incidente del artículo 237 CPCH, a pesar de que estén facultados para hacerlo, sino que solo lo sustancian cuando la parte procesal afectada denuncia la prueba ilícita. Pero sucede también que en muchas ocasiones la parte perjudicada tampoco impugna la prueba ilícita, quizás por ignorancia de la nueva regulación del CPCH, que permite excluir estas pruebas y regula para tales fines un incidente específico.

Por un lado hay que tomar en cuenta que se trata de un Código reciente, que entró en vigencia a finales del año 2010, y que todavía falta que los profesionales del Derecho fortalezcan su formación con relación a la aplicación de dicha Ley. Los jueces y magistrados, en cambio, sí conocen la figura de la prueba ilícita y la RE, pero no ejercen la facultad de iniciar de oficio el incidente del artículo 237 CPCH, sino que lo dejan a instancia de las partes. Creemos que los jueces podrían tomar un papel más activo en la denuncia y exclusión de las pruebas ilícitas, conforme a la facultad que les concede el artículo 237.3 CPCH, ya que se trata de la vulneración de derechos

⁶⁴⁵ Hay que partir del hecho de que las sentencias de los tribunales hondureños no están disponibles en una base de datos digital. Tan solo es posible tener acceso a algunas sentencias de la CSJH que, a través de un esfuerzo reciente del Poder Judicial, están siendo sistematizadas y digitalizadas por el Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial (CEDIJ). En enero de 2015 hemos tenido contacto con el equipo que está haciendo este trabajo y se nos ha informado que la CSJH no ha conocido todavía casos en los que se dispute la ilicitud probatoria dentro de un proceso civil (únicamente en el ámbito penal). También hemos entrevistado a los magistrados de la Corte de Apelaciones de lo Civil de Tegucigalpa (Magistrados Danery Medal y Zoe Vásquez), quienes nos han informado que en segunda instancia tampoco han conocido, hasta ahora, recursos relacionados con la impugnación de pruebas ilícitas. A continuación nos hemos reunido con la Coordinadora del Juzgado de Letras Civil de Francisco Morazán, en ese momento la Juez Ingrid Ramos, con el fin de obtener sentencias de casos de primera instancia en donde se tocara el tema de la prueba ilícita. De esta manera hemos llegado a detectar que la mayoría de los casos de obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales, dentro del ámbito procesal civil, se dan en los procesos de familia. Así, por ejemplo, se propone como prueba la grabación de conversaciones privadas, se aportan fotografías sobre situaciones íntimas o *chats* extraídos del teléfono móvil de un familiar, etc.

fundamentales y la preservación de intereses constitucionales, que realmente superan el principio dispositivo. No obstante, existen todavía vestigios del anterior Procedimiento en donde los jueces guardaban una actitud pasiva con relación a la aportación probatoria.

En conclusión, podemos sostener que en el proceso civil hondureño es aplicable Regla de Exclusión y la teoría del efecto reflejo, conforme a los artículos 236.1 y 237 CPCH, de manera que las pruebas ilícitas (directas y derivadas) serán sancionadas con la ineficacia probatoria. Sin embargo, no podemos adelantarnos a determinar si llegarán a aplicarse las excepciones en el proceso civil, simplemente porque ahora más bien es necesario que comience a aplicarse verdaderamente la Regla de Exclusión, para procurar que haya mayor “higiene” procesal, que se respete la garantía constitucional del debido proceso y el principio de legalidad, y se tutele (a través de la sanción procesal establecida en la Ley, la RE) los derechos fundamentales de las partes y de terceras personas que puedan tener algún tipo de vínculo con los procesos judiciales.

CAPÍTULO V.

EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL

I. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

En los capítulos anteriores hemos observado que el derecho a la prueba debe ejercerse dentro de los límites que establecen la Constitución y la legislación procesal. Concretamente, el artículo 11.1 LOPJ consigna uno de esos parámetros, la ineficacia de las pruebas ilícitas. Habiendo analizado en qué consiste esa ineficacia y los efectos de la misma, tanto en el ámbito penal como en el civil, debemos ahora indicar cuáles son las herramientas procesales que la Ley ha previsto para hacer efectiva la exclusión de las pruebas ilícitas. En este capítulo nos centraremos en el proceso civil, por ser el objetivo de nuestra investigación. En este sentido, el artículo 287 de la LEC española y, en Honduras el artículo 237 CPCH, establecen el cauce procesal específico para expulsar las pruebas ilícitas. Se trata de un incidente contradictorio a través del cual se denuncia y demuestra la ilicitud y que, a la vez, permite que la parte que ha propuesto la prueba impugnada defienda su legalidad.

La previsión del artículo 287 LEC no ha estado exenta, sin embargo, de cierta problemática práctica que más de diez años después de su entrada en vigencia continúa preocupando tanto a la doctrina como a los órganos judiciales. Durante los procesos civiles han surgido dudas sobre cómo interpretar la Ley, dado que la LEC, en el tema de la prueba ilícita, presenta contradicciones que requieren una rigurosa labor hermenéutica. Ante la falta de jurisprudencia explícita del TS, las Audiencias Provinciales y la doctrina han propuesto distintas soluciones, sin haber logrado todavía la deseada uniformidad de criterios para una correcta y efectiva aplicación del régimen de exclusión de pruebas ilícitas.

Por otro lado, también ha llamado nuestra atención el tratamiento que reciben dichas pruebas en segunda instancia y, posteriormente, en los recursos extraordinarios. De acuerdo con los artículos 287 LEC y 237 CPCH, aquella parte que resulte

desfavorecida por la resolución que se tome en primera instancia respecto a la prueba ilícita, puede volver a suscitar la cuestión en el recurso de apelación. El tribunal *ad quem* tendrá la potestad para revisar si la prueba impugnada debió haber sido excluida o si, al contrario, tendría que haberse practicado y valorado en la sentencia. Resuelta la apelación, las partes aún pueden acudir a la tutela judicial extraordinaria a través del recurso de casación (en Honduras) o del recurso extraordinario de infracción procesal (en España). Este es un tema de especial interés a la luz de la regulación actual de los medios de impugnación, que abarca el régimen “transitorio” de las disposiciones finales y las recientes reformas de la LEC, así como los acuerdos no jurisdiccionales del TS, según anticipamos en el primer capítulo de esta investigación.

En este Capítulo analizaremos las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita, enfatizando los principales puntos de debate y los temas que quedan por resolver en la práctica, expresando nuestro punto de vista y proponiendo posibles soluciones y criterios de interpretación para la resolución de las distintas cuestiones planteadas.

A. TUTELA JUDICIAL EN PRIMERA INSTANCIA

1. El incidente contradictorio del artículo 287 LEC

a) Contextualización del incidente

Desde la promulgación de la LOPJ en 1985, los tribunales españoles han venido aplicando la Regla de Exclusión de la prueba ilícitamente obtenida según se contempló en el artículo 11.1 de dicha Ley. Sin embargo, a efectos prácticos se carecía de una norma legal expresa que estableciera cómo se lograría procesalmente la ineficacia de dichas pruebas. Así, surgieron prácticas diversas en los tribunales, basadas en la LOPJ, la LEC de 1881 y en la jurisprudencia, que incluían la impugnación de las pruebas ilícitas al momento de su admisión a través del recurso de reposición, su exclusión mediante la nulidad de actuaciones del 240 LOPJ, su denuncia en la comparecencia preparatoria de los juicios de menor cuantía (art. 693 de la anterior LEC), y su

impugnación por medio de los recursos ordinarios y extraordinarios que procedieran contra la sentencia definitiva⁶⁴⁶.

El legislador aprovechó la oportunidad que brindó la LEC del año 2000 para regular de una vez por todas el procedimiento a través del cual se excluirían las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, estableciendo en el artículo 287 LEC que:

1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva⁶⁴⁷.

Así, el artículo 287 LEC se ha convertido en la principal pauta, pero creemos que no la única⁶⁴⁸, para lograr la expulsión procesal de las pruebas ilícitas. A

⁶⁴⁶ Sobre el régimen de exclusión de la prueba ilícita anterior a la LEC del año 2000 véase PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 322-351.

⁶⁴⁷ Sistemáticamente, el artículo 287 LEC se encuentra ubicado dentro de la Sección 2ª “De la proposición y admisión”, del Capítulo V “De la prueba: disposiciones generales”, del Título I “De las disposiciones comunes a los procesos declarativos”, del Libro II “De los procesos declarativos” de la LEC.

⁶⁴⁸ Además del artículo 287, la LEC hace referencia expresa al tratamiento de la ilicitud probatoria en dos artículos más. Por un lado encontramos el artículo 433.1 LEC, que establece que “el juicio comenzará practicándose, conforme a lo dispuesto en los artículos 299 y siguientes, las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o se suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión”. Por otro lado, el artículo 446 LEC, con relación a la vista del juicio verbal, indica que “contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”.

continuación analizaremos su contenido y las dudas que han surgido entre la doctrina y los órganos jurisdiccionales con relación a su aplicación.

b) Iniciativa de parte y de oficio

De acuerdo con el artículo referido, la iniciativa para denunciar la ilicitud probatoria corresponde tanto a las partes como al órgano jurisdiccional. En el primer caso, se establece que la parte habrá de alegarlo “de inmediato”, es decir, tan pronto tenga conocimiento de la ilicitud. Al tratarse de un proceso civil, en el cual la obtención de las fuentes de prueba suele hacerse de manera privada y extraprocesal, serán los litigantes quienes tendrán mayor facilidad para conocer la existencia de hechos que hayan vulnerado derechos fundamentales. Por tanto, es lógico que sean las partes quienes deban ponerlo en conocimiento del Tribunal para que se pueda sustanciar el incidente de ilicitud.

Sin embargo, por la relevancia constitucional de los derechos fundamentales que están en juego, el legislador quiso ir más allá, concediéndole también al juez la posibilidad de poner de manifiesto la ilicitud de las pruebas. Este segundo caso es menos frecuente en la práctica. Por un lado, porque si son las partes quienes han obtenido las pruebas, el juez desconoce las vías a través de las cuales los litigantes adquirieron esos elementos probatorios. Por el otro lado, porque si el órgano judicial ha participado en la obtención de las fuentes de prueba, él mismo ha controlado que no se cometan actos que puedan infringir los derechos de las partes o de terceros⁶⁴⁹. No

Adicionalmente, existen otros artículos de la LEC que, si bien no hacen referencia directa a la prueba ilícita, pueden ayudar a resolver problemas prácticos que surgen de la interpretación y aplicación del 287 LEC, según constataremos a lo largo de este capítulo. Entre ellos podemos destacar los artículos 283.3 y 285 LEC. Cabe mencionar además aquellos artículos que regulan los recursos que las partes pueden interponer ante una situación de ilicitud probatoria (reposición, apelación y recursos extraordinarios), los cuales estudiaremos al final de este capítulo.

⁶⁴⁹ Cabe aclarar en este sentido que, pese a tratarse del proceso civil, está justificado el control judicial de la licitud en la obtención de las fuentes de prueba. En primer lugar, por tratarse de la protección de derechos fundamentales, conforme a lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ. En segundo lugar, porque existen algunos supuestos, delimitados por la LEC, que permiten al juez intervenir directamente en la obtención de pruebas, ya sea por solicitud de las partes (arts. 261, 329.2, 354 LEC) o por iniciativa propia (arts. 282 y 752 LEC).

obstante, ya ha sucedido que sea el juez quien se percata de la posible ilicitud, aun cuando no ha intervenido directamente en la obtención de las pruebas⁶⁵⁰.

Ahora bien, la doctrina se ha cuestionado si la iniciativa del juez se limita a la denuncia de la ilicitud o si también se extiende a la aportación de pruebas sobre dicho extremo. Algunos autores sostienen que el órgano judicial únicamente puede poner en conocimiento de las partes la existencia de una prueba ilícita, pero sin aportar pruebas sobre dicho extremo⁶⁵¹. Sin embargo, otro sector considera que el juez podría proponer pruebas sobre la ilicitud en ciertos casos. Específicamente, se refieren a los incidentes sobre ilicitud que hayan sido suscitados de oficio, dado que en estos casos, si las partes no aportan pruebas, “el juez carecería de elementos para resolver una cuestión tan trascendental como es la violación de derechos fundamentales”⁶⁵².

En todo caso, tal y como se deriva de la redacción del artículo, y así lo ha interpretado la jurisprudencia, no será posible que un tercero ajeno al proceso sea quien denuncie la ilicitud probatoria con el propósito de iniciar el trámite de exclusión

⁶⁵⁰ Así por ejemplo, en la SAP de Burgos, sección 2ª, 446/2004 de 25 de octubre (TOL537.713), es el juez quien excluye la prueba ilícita de oficio. El caso se refiere a un perito que admitió en juicio el haberse introducido en la vivienda de la demandada sin el permiso de ésta. El juez estimó que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y por tanto dejó de valorar dicha prueba pericial.

⁶⁵¹ Para MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 197; “...el juez o tribunal se ha de limitar a poner en conocimiento de las partes la presumible ilicitud de la prueba admitida y únicamente tras su alegación por una de ellas (...), adoptar la resolución que estime oportuna sobre su supuesta ilicitud”. Coincide con esta opinión ASENSIO MELLADO, J. M. “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 123. Otros autores refieren simplemente que la proposición de pruebas del incidente de ilicitud *corresponde a las partes*. En este sentido, MARTÍN OSTOS, J., “Artículo 287”, en L. Conc.A NAVARRETE, A.M. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, t. II., p. 1777; y FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1341.

⁶⁵² VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2007, p. 407. Además sostiene este autor que la facultad de proponer pruebas de oficio no es extraña en el ámbito civil, ya que está contemplada en los procedimientos no dispositivos en los que está en juego un interés público (art. 752 LEC). De acuerdo con PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 93; el juez podría proponer pruebas de oficio, “por ejemplo, cuando el demandado se encuentre en rebeldía o cuando se entienda que se ha producido una eventual vulneración de derechos fundamentales de terceras personas”. Otro autor que apoya esta postura es ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2005, p. 359.

contemplado en el artículo 287 LEC⁶⁵³. Es cierto que una prueba puede ser ilícita por haber vulnerado los derechos de un tercero, pero necesariamente serán los litigantes o el órgano judicial quienes denuncien la situación a efectos de excluir la prueba y privarla de cualquier eficacia procesal⁶⁵⁴.

Para el tercero cuyo derecho fundamental ha sido vulnerado no tiene ninguna repercusión jurídica, en principio, la eficacia procesal que la prueba pueda tener en un proceso que le es completamente ajeno. Por tanto, si esa persona desea hacer valer el derecho que le ha sido vulnerado (intimidad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc.), deberá iniciar un proceso independiente que tenga como objeto la tutela del derecho fundamental y la exigencia de la responsabilidad civil, administrativa o penal de quien sea responsable de la infracción⁶⁵⁵. No obstante, si el tercero considerase que el proceso puede afectar sus derechos e intereses legítimos, puede optar por intervenir en él (art. 13 LEC), integrándose como litisconsorte o coadyuvante de alguna de las partes⁶⁵⁶. En todo caso, ese tercero pasaría a ser parte del

⁶⁵³ En este sentido algunos autores como MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 23; y PÉREZ CEBADERA, M. A., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 3. Discrepa GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 216 y 217; quien entiende que un tercero puede denunciar la ilicitud de una prueba si tiene un interés legítimo y objetivo en realizar dicha actuación.

⁶⁵⁴ Así, el tercero tiene la posibilidad de acudir ante el juez para sea éste quien suscite de oficio el incidente de ilicitud, de acuerdo con ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio...*, cit., p. 360.

⁶⁵⁵ Comenta la Audiencia Provincial de Madrid que, “como sostiene la mejor doctrina, de la dicción del propio art. 287 LEC 1/2000 se sigue que la aptitud subjetiva para cuestionar la pretendida «ilicitud» de un medio de prueba se circunscribe a quien viéndose afectado por la pretendida obtención ilegítima del medio de prueba de que se trate sea «parte» en el proceso. Así, no tienen ni pueden tener intervención en el incidente terceros no litigantes que pudieran haber visto vulnerados sus derechos fundamentales por la prueba ilícita. Estos últimos podrán impetrar del órgano jurisdiccional la tutela de sus derechos instando el planteamiento *ex officio iudicis* de la cuestión de la ilicitud” (SSAP de Madrid, sección 10ª, 229/2008 de 11 de marzo [JUR\2008\164636] y 357/2008 de 13 de mayo [JUR 2008\233709]). En este sentido se expresa también FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1341.

⁶⁵⁶ Sobre la intervención voluntaria de terceros en un proceso, véase MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 93-96. Indican los autores que la intervención del tercero será litisconsorcial cuando éste pueda afirmar su cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales. En este caso, el tercero que pasa a ser parte podrá realizar actos de disposición material en el proceso. En cambio, se producirá una intervención adhesiva simple cuando el tercero intervenga en un

proceso y sería bajo esa condición –y no como tercero– que podría impugnar la prueba ilícita.

c) Momento procesal para iniciar y desarrollar el incidente

Dentro del artículo 287 LEC podemos identificar diferentes fases. Primero se realiza la *denuncia* de la ilicitud probatoria, poniendo de manifiesto que en la obtención de una de las pruebas se ha vulnerado un derecho fundamental. En segundo lugar se efectúa la *sustanciación y resolución* de la cuestión de ilicitud a través del debate contradictorio⁶⁵⁷. Finalmente, si alguna parte se ve perjudicada por la decisión del incidente, podrá interponer los *recursos* que la ley establece.

El primer indicio que nos ayuda a identificar el momento procesal en que se suscita la cuestión de la ilicitud es la referencia a la “prueba admitida”, que hace el artículo 287.1 LEC. Se entiende que se está denunciando la ilicitud de un medio probatorio que, habiendo sido propuesto por la parte (o por el juez o el fiscal en los casos que corresponda), ya fue admitido por el órgano jurisdiccional.

El artículo continúa diciendo que la ilicitud “se resolverá (...) antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”, de manera que el período para suscitar el incidente finalizaría cuando se comience la práctica de los medios de prueba. En este sentido, también el artículo 433.1 LEC permite que la cuestión de ilicitud se promueva al iniciar el juicio, antes de comenzar la práctica de la prueba.

En consecuencia, las partes y el juez pueden denunciar la ilicitud una vez que la prueba haya sido admitida, bien sea en la audiencia previa, durante el período que media entre ésta y el juicio (que es de un mes, conforme al art. 429.2 LEC) o, en último caso, al comienzo del juicio, antes de que se practique la prueba. Del momento en que se suscite la cuestión de ilicitud dependerá el procedimiento a seguir, es decir, si se debe o

proceso con el fin de evitar el perjuicio jurídico que pueda ocasionarle, como consecuencia de los efectos reflejos de la cosa jugada, la derrota de una de las partes. En este segundo supuesto, el tercero que pasa a ser parte solo podrá oponerse a los actos que realizan las demás partes, pero no tendría disposición material sobre el proceso.

⁶⁵⁷ Existen distintas posturas doctrinales con relación al momento procesal exacto en que puede impugnarse la prueba ilícita. Dejando tales argumentos para un apartado posterior, ahora nos centramos estrictamente en el contenido del artículo 287 LEC.

no presentar por escrito la alegación de ilicitud, dando traslado a las demás partes, según veremos a continuación.

Asunto diferente es la etapa procesal en la que el incidente de ilicitud debe sustanciarse y resolverse. De acuerdo con el artículo 287 LEC, el incidente “se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”. En este sentido se pronuncia también el artículo 433.1 LEC cuando señala que “el juicio comenzará practicándose (...) las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o se suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión”.

Dicho criterio aplica tanto a los juicios ordinarios como a los verbales, es decir, que el legislador plantea que en ambos casos la cuestión de ilicitud quede resuelta previo a la práctica de la prueba (art. 445 LEC).

Esta opción nos parece bastante acertada ya que la temprana exclusión de la prueba ilícita logra que el juez no se contamine con el conocimiento de dicha prueba. Así se garantiza de mejor forma la ineficacia mandada por el artículo 11.1 LOPJ⁶⁵⁸.

d) Sustanciación del incidente: debate contradictorio

Para iniciar la sustanciación del incidente se requiere que la ilicitud sea denunciada por alguna de las partes o por el juez, identificando cuál es la prueba (o pruebas) que se considera ilícita y los motivos por los que se estima que se ha vulnerado cierto derecho fundamental. Esta denuncia se podrá hacer oralmente en la audiencia previa, en cuyo caso, dada la naturaleza oral de las actuaciones y estando presentes las partes, no hará falta darles traslado escrito. Este criterio aplicaría también si la impugnación de la prueba ilícita se realizara en el juicio oral o durante la vista del juicio verbal.

⁶⁵⁸ Esto sería válido para las pruebas como el interrogatorio de las partes, de testigos y de peritos, el reconocimiento judicial y la reproducción de medios audiovisuales. Sin embargo, no tendría el mismo efecto con relación a los documentos e informes periciales que se hayan presentado con la demanda y la contestación ya que, aunque estos se excluyan al principio del juicio o de la vista, el órgano judicial puede ya haber tenido conocimiento de su contenido. Analizaremos posteriormente el tratamiento del efecto psicológico que puede tener la prueba ilícita sobre el órgano judicial.

Al contrario, será necesario denunciar la ilicitud por escrito y dando traslado a las demás partes cuando la cuestión se suscite tras la celebración de la audiencia previa, en el tiempo que media entre ésta y la celebración del juicio⁶⁵⁹.

De acuerdo con el artículo 287.1 LEC, el incidente se sustanciará de forma contradictoria, permitiendo a las partes que propongan pruebas para acreditar o desvirtuar la alegación de ilicitud. Las pruebas se propondrán “en el acto”, es decir cuando se sustancie el incidente, al comenzar el juicio o la vista. El juez hará una evaluación sobre la pertinencia y la utilidad de las pruebas propuestas y a continuación, si cumplen los criterios de admisión⁶⁶⁰, éstas serán practicadas. Cabe destacar que el objeto de dichas pruebas es la ilicitud que se está discutiendo –la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba–, por tanto su pertinencia y utilidad se valorarán en ese sentido y no con relación al objeto principal del proceso⁶⁶¹.

Por otro lado, debemos destacar que la proposición y práctica de pruebas en este incidente es facultativa, no imperativa. Así resulta del segundo párrafo del artículo

⁶⁵⁹ Según el artículo 287 LEC, la ilicitud se alega de inmediato “con traslado, *en su caso*, a las demás partes”. Esto significa que la denuncia escrita y el traslado se realizan solo cuando procedan, que no es en todas las ocasiones. Nosotros creemos que no hay inconveniente en realizar la impugnación de forma oral, siempre y cuando se formule dentro de una comparecencia de la misma naturaleza (audiencia previa, juicio o vista). Sin embargo, deberá presentarse por escrito y dando traslado a las demás partes si la audiencia ya ha concluido y se advierte hasta entonces la ilicitud. En este sentido, coincidimos con las opiniones de MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 198; MARTÍN OSTOS, J., “Artículo 287”, cit., t. II, p. 1777; y MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., pp. 22. No obstante, otro sector de la doctrina determina la forma de la denuncia de ilicitud según el tipo de juicio en que se realice. Para estos autores, la impugnación de la prueba ilícita debe hacerse por escrito en el juicio ordinario, mientras que en el juicio verbal se ha de suscitar oralmente. En este sentido, ASENCIO MELLADO, J. M. “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 123; y MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 197.

⁶⁶⁰ ¿Pero qué sucedería si las pruebas propuestas para aducir o rebatir la ilicitud no cumplen los criterios de admisibilidad establecidos en el artículo 283 LEC? ¿Cómo procederá la parte si el juez rechaza tales pruebas? El litigante podría recurrir a los artículos 285.2, 287.2 o 446 LEC, sin embargo cada uno de ellos plantea una tramitación distinta. De acuerdo con VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 408; no hay un recurso específico para este trámite y por ello deberá recurrirse la resolución sobre el incidente de ilicitud. No obstante, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II, p. 1341, sugiere que se haga uso de los recursos de reposición o protesta de los artículos 287.2 y 446 LEC.

⁶⁶¹ VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 408; ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 123; y MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 198.

287.1 LEC cuando señala que “a tal efecto, se oirá a las partes y, *en su caso*, se practicarán las pruebas...de la referida ilicitud”. En este sentido, será indispensable escuchar a las partes y permitirles que se defiendan y realicen alegaciones en condiciones de contradicción e igualdad, pero sería posible sustanciar el incidente aun sin practicar prueba. Por un lado, recordemos que, “están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes...” (art. 281.3 LEC)⁶⁶². Por otro lado, conforme al principio dispositivo y de aportación de parte los litigantes tienen la facultad –pero no el deber– de presentar pruebas, de manera que al final, a falta de pruebas, el Tribunal resolverá de acuerdo con las normas de la carga de la prueba. De todas formas el juez debe velar por que no se vulneren las garantías procesales de igualdad, contradicción, derecho a la prueba y derecho de defensa.

Una vez que se sustancia el incidente, permitiendo que las partes formulen alegaciones y, en su caso, presenten pruebas sobre la ilicitud, el órgano judicial valorará los distintos aspectos aducidos para determinar si la prueba impugnada debe ser excluida o, por el contrario, si debe conservarse y practicarse.

e) Resolución del incidente

Finalizadas las alegaciones y la práctica de las pruebas sobre la ilicitud, el juez se pronunciará a través de una resolución oral. De acuerdo con los artículos 210.1 LEC y 247 LOPJ, este tipo de resoluciones incluyen la expresión del fallo y, además, una motivación sucinta⁶⁶³. El órgano judicial deberá pronunciarse en el mismo acto del

⁶⁶² Por ejemplo, si el demandante declara que su esposa (demandada) sustrajo de su despacho ciertas cartas privadas y ella así lo admite, no haría falta probar el hecho porque las partes están de acuerdo sobre este punto.

⁶⁶³ Existe cierta confusión sobre si esta es una resolución oral (art. 210 LEC), si se trata de un auto independiente (art. 206.1.2ª LEC) o si se debe incluir en la sentencia definitiva. Así, ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 126; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 201; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 15; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 409; MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la Prueba Ilícita,” cit., p. 47. En realidad, la resolución sobre la ilicitud debe hacerse de forma oral, pero cumpliendo las formalidades de un auto, específicamente la motivación de la resolución. Consideramos que no hace falta dictar un auto independiente, sino que la resolución se documentará a través de la grabación o acta del juicio o de la vista. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid ha señalado que “la resolución habrá de revestir la solemnidades de ‘auto’ es decir, de una resolución obligatoriamente motivada (art. 208.2 LEC) a pronunciar oralmente y

juicio o la vista (art. 287 LEC), no pudiendo diferir el pronunciamiento a la sentencia definitiva (art. 210.1 LEC). La resolución será documentada por el Secretario Judicial, haciéndose constar en el acta del juicio.

La decisión sobre la cuestión de ilicitud puede pronunciarse en uno de dos sentidos. En primer lugar, el órgano judicial puede determinar que la prueba se considera ilícita y por tanto se excluye del proceso, es decir, que no será practicada y que no se puede tomar en cuenta para fundamentar la sentencia. La segunda opción es que se establezca que *no* ha habido vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de la prueba impugnada y que, por consiguiente, es lícita y permanecerá dentro del acervo probatorio del proceso, debiendo ser practicada y valorada en el momento procesal correspondiente.

f) Recursos contra la resolución de la ilicitud

Pronunciada la resolución, si las partes expresan su decisión de no recurrir, se declarará en el mismo acto la firmeza del pronunciamiento (art. 210.2 LEC). Caso contrario, la parte inconforme dispondrá de los recursos establecidos en la LEC.

En este sentido, contra el auto que resuelve el incidente de ilicitud se podrá interponer recurso de reposición, siempre durante el acto del juicio o la vista⁶⁶⁴. De acuerdo con el artículo 452 LEC, el recurrente deberá expresar la infracción en que hubiera incurrido la resolución, de lo contrario el juez podría inadmitir el recurso. A continuación se sustanciará y resolverá la reposición, también mediante auto oral que será documentado por el Secretario Judicial⁶⁶⁵. Contra esta resolución no cabrá recurso

consignándose en el acta el signo o sentido de la decisión y sucintamente su fundamentación (art. 210 LEC)” (SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo [JUR 2008\233709]).

⁶⁶⁴ Aprovechamos para enfatizar que el artículo 287.2 LEC señala expresamente que el recurso de reposición se interpondrá, sustanciará y resolverá en el “juicio o vista”, es decir que, *a priori*, se contempla la posibilidad de interponer este recurso tanto si el incidente de ilicitud se incardina en un juicio ordinario como si se desarrolla dentro de un juicio verbal.

⁶⁶⁵ De acuerdo con MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 199; se trata de una “extraña reposición que se sustancia de modo oral (en contra de lo dispuesto en los arts. 451 a 454 LEC), cuando lo procedente hubiera sido decir que contra la resolución oral queda únicamente la protesta a hacer constar en el acta”. En este sentido también MORENO CATENA, V., “Artículo 287. Ilicitud de la

posterior, pero la parte perjudicada podrá reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación que formule contra la sentencia definitiva (art. 287.2 LEC)⁶⁶⁶.

2. Temas por resolver: problemática práctica de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso civil español

En el epígrafe anterior hemos analizado el artículo 287 LEC y el procedimiento incidental que éste aporta con el objeto de resolver las cuestiones de ilicitud probatoria. Hemos referido también otros artículos relativos al tema, particularmente el 433.1 y el 446 LEC. No obstante, la experiencia ha demostrado que estas normas no son suficientes para resolver todas las situaciones que surgen en torno a la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

Existen ciertos temas controvertidos relativos a la interpretación y aplicación de dichos artículos, especialmente cuando se analizan a la luz de otras disposiciones de la misma LEC. Entonces surgen preguntas como: ¿Es posible inadmitir una prueba debido a su carácter ilícito? ¿Se puede excluir una prueba cuando la ilicitud se manifiesta una vez que se ha iniciado la práctica de las pruebas? ¿Puede el órgano jurisdiccional, de oficio, excluir una prueba ilícita al momento de dictar sentencia? Ante la exclusión de la prueba ilícita en el juicio verbal, ¿se aplica el régimen de recursos del artículo 287 LEC o el del artículo 446 LEC? En este apartado analizaremos estos y otros aspectos que han causado discrepancias entre diversos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia.

prueba”, en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, v. III, pp. 2232 y 2233.

⁶⁶⁶ No obstante, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Difusión Jurídica/ Economist & Jurist, Madrid 2012, p. 515; sostiene que después de la reposición habría que formular protesta para dejar preparado el camino para un posterior recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.4 LEC). Por otro lado, alguna Audiencia Provincial ha señalado que, cuando la resolución de la ilicitud se haya diferido a la sentencia, es necesario solicitar la subsanación y complemento de la misma (art. 215 LEC) como requisito previo a la apelación (SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo [JUR 2008\233709]; SAP de Madrid, sección 20ª, 459/2009 de 24 de julio [JUR\2009\361380]). Comentan esta situación MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 24; y RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., pp. 39 y 40. Nosotros creemos que no debe exigirse que se formule protesta ya que el artículo 287.2 solamente contempla el recurso de reposición e indica que, habiéndose interpuesto éste, ya queda a salvo el derecho para reproducir la impugnación en segunda instancia. En cuanto a la subsanación y complemento de la sentencia, habría que aclarar que es improcedente diferir la resolución de la ilicitud a la sentencia definitiva, como explicaremos en un apartado posterior.

a) La posibilidad de inadmitir una prueba ilícita

Según indica el artículo 11.1 LOPJ, las pruebas que se hayan obtenido a través de la vulneración de un derecho fundamental serán sancionadas con la ineficacia procesal. La doctrina ha establecido que este efecto de exclusión puede obtenerse de diversas formas, ya sea al no admitir, no practicar o no valorar la prueba ilícita⁶⁶⁷.

No obstante, la LEC establece expresamente un régimen para el tratamiento procesal de tales pruebas. Al interpretar y aplicar esta Ley surge la duda sobre si es posible inadmitir una prueba por el hecho de ser ilícita o si, al contrario, es necesario admitirla primero para después excluirla⁶⁶⁸.

Por un lado, el artículo 287 LEC señala que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato...”. Esa referencia a la prueba “admitida” parece dar a entender que la admisión previa es un requisito para poder suscitar el incidente regulado en dicho artículo. Siguiendo esta interpretación, no podría excluirse una prueba ilícita antes de admitirla. Habría entonces que admitir primero la prueba para poder después alegar la ilicitud y solicitar su exclusión por vía del debate contradictorio.

Por otro lado, el artículo 283.3 LEC señala que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”. En este sentido, ¿qué debe entenderse como actividad prohibida por la ley?

Para un sector de la doctrina, este precepto se refiere estrictamente a aquellas pruebas en cuya obtención o práctica se ha vulnerado un precepto legal *que no tiene rango de derecho fundamental* (prueba ilegal o irregular, según hemos comentado en el Capítulo II). Conforme a esta postura, la ilicitud –vulneración de un derecho fundamental al obtener la prueba– no es un criterio de admisión *in limine*, como lo son

⁶⁶⁷ Entre otros autores, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 95-103; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1340; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, cit., p. 315.

⁶⁶⁸ Analiza las distintas posturas al respecto VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., pp. 399-403.

la pertinencia y la utilidad; por tanto las pruebas ilícitas no pueden excluirse durante la fase de admisión sino que deben ser previamente admitidas para luego impugnarlas por vía del artículo 287 LEC⁶⁶⁹.

Otros autores, en cambio, opinan que el artículo 283.3 LEC incluye también la prueba ilícita o prohibida. De acuerdo con esta interpretación, las pruebas ilícitas pueden ser excluidas al momento de decidir su admisibilidad, si en esa etapa ya se conoce la violación del derecho constitucional⁶⁷⁰.

Esta cuestión no es meramente teórica, sino que tiene una relevante repercusión práctica. Si la prueba ilícita se excluyera en etapa de admisión, habría que hacerlo conforme al artículo 285 LEC. Así, se impugnaría la prueba propuesta y, tras la resolución del tribunal sobre la admisión o inadmisión, la parte afectada recurriría en reposición y luego protesta, para poder finalmente acceder a la apelación. En cambio, si la prueba ilícita se excluyera después de la admisión, se aplicaría el artículo 287 LEC, que permite a las partes proponer pruebas sobre la ilicitud y posteriormente recurrir la resolución en reposición (sin protesta), quedando así a salvo el derecho de apelar. Ambos regímenes son distintos en cuanto a la posibilidad de presentar pruebas, de realizar el debate contradictorio y también por la secuencia de recursos que prevén.

Las diferencias entre los artículos 285 y 287 superan el ámbito procedimental. La inadmisión *ab initio* de una prueba supone que el juez analiza el requisito de admisibilidad (pertinencia, utilidad, legalidad o licitud) conforme a la lógica y a la sana crítica, decidiendo por sí mismo si el medio propuesto debe o no admitirse. En el artículo 287 LEC, en cambio, el juez no excluye la prueba basándose en su propio criterio (juicio de experiencia), sino que debe escuchar las alegaciones de las partes y

⁶⁶⁹ PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 90; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 11; ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Ed. Bosch, Barcelona 2012, pp. 288-290; ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. IV, pp. 51 y 52.

⁶⁷⁰ MORENO CATENA, V., “Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria”, en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, v. III, p. 2213; SEOANE SPIEGELBERG, J.S., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000...*, cit., pp. 289 y 301; LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Ed. La Ley, Madrid 2001, pp. 89-91.

practicar las pruebas que ellas propongan sobre la ilicitud. Recordemos que una vez que la prueba ha sido debidamente propuesta y admitida, el dejar de practicarla implica una vulneración del derecho a la prueba (según comentamos en el Capítulo I); por tanto, la exclusión de una prueba ya admitida requiere ciertas garantías adicionales de contradicción.

No existe todavía una solución pacífica para este dilema. Al contrario, son diversos y convincentes los argumentos que la doctrina ha defendido tanto en contra como a favor de la inadmisión de las pruebas ilícitas, según analizamos a continuación.

i. Postura que defiende la admisión y posterior exclusión de la prueba ilícita

De acuerdo con los autores que sostienen este punto de vista⁶⁷¹, el artículo 283.3 LEC se refiere a los medios de prueba que vulneran alguna estipulación legal. Este artículo consigna el principio de legalidad de la prueba como suplemento del artículo 299 LEC, que regula de forma abierta los medios probatorios que se pueden utilizar en el proceso civil.

En cambio, el artículo 287 LEC se refiere a las fuentes que fueron obtenidas vulnerando derechos fundamentales, las conocidas como pruebas ilícitas o prohibidas. Dicha norma establece un régimen procesal específico para el tratamiento de las pruebas ilícitas y, al hacerlo, se refiere a la impugnación de las pruebas “admitidas”. Por ende, será posible suscitar el incidente del artículo 287 solamente tras la admisión de la prueba, ya sea en la audiencia previa o al principio del juicio o de la vista.

De este último artículo se desprende claramente que el legislador desea que las pruebas ilícitas sean excluidas después de haberse sostenido un debate contradictorio que permita a las partes aportar argumentos y pruebas con relación a la vulneración del

⁶⁷¹ ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, pp. 122-125; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 75-76 y 90-92; ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, cit., pp. 288-290; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 197; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., pp. 12-14; MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 21; RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., pp. 38 y 39; MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la Prueba Ilícita,” cit., p. 46; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II, p. 1341.

derecho fundamental. La ilicitud no puede entenderse como un criterio de admisión, en el mismo sentido que la pertinencia o la utilidad. La ilicitud es más bien un criterio de exclusión que requiere escuchar previamente a las partes.

De acuerdo con el artículo 287 LEC El momento idóneo para sustanciar este debate es el comienzo del juicio o la vista, antes de iniciar la práctica de la prueba. En contraste, la exclusión por vía de los artículos 283.3 y 285 LEC se realizaría en un momento diferente al establecido, la fase de admisión, en la cual no se prevé la posibilidad de hacer un debate contradictorio. Si se quisiera excluir las pruebas ilícitas en la fase de admisión y aplicando el incidente contradictorio del artículo 287 LEC, se estaría practicando un trámite que no está contemplado en la Ley y que sería contrario al principio de economía procesal. Además, dicha práctica vendría a soslayar el propio sistema de exclusión previsto en el artículo 287 LEC.

Por otro lado, el régimen de recursos del artículo 285 LEC es diferente al que establece el artículo 287 LEC. En el primer caso se contempla la posibilidad de recurrir en reposición, planteando posteriormente la protesta a efectos de hacer valer la impugnación en segunda instancia. Pero en el segundo caso, únicamente se admite el recurso de reposición, quedando con ello a salvo el derecho a reproducir la impugnación en segunda instancia. No tendría sentido, indican estos autores, que la ley regule dos regímenes distintos para el tratamiento de la prueba ilícita, uno más permisivo y otro más restrictivo, dependiendo del momento en que se sustancie la exclusión (en la admisión o después de ésta).

Por otra parte, al momento de admitir una prueba, el juez carece de elementos que le permitan valorar objetivamente la ilicitud. La exclusión *ab initio* de la prueba ilícita vulneraría las garantías procesales de la parte proponente. La exclusión posterior, en el juicio o la vista, parece ser más consecuente con las garantías de las partes, porque les permite presentar y practicar pruebas.

Uno de los órganos judiciales que más arduamente ha defendido este punto de vista es la Audiencia Provincial de Madrid, cuyas sentencias se expresan de la siguiente forma:

... a diferencia de lo que acontece con las pruebas prohibidas por vulneración de una norma de procedimiento (artículo 283.3 LEC), respecto de las "pruebas ilícitas" no se contempla la falta de admisión inicial. Del tenor del artículo 287 LEC se desprende inequívocamente que la cuestión ha de ser suscitada necesariamente a instancia de parte, al disponer el citado precepto "cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales...". Y lo corrobora, de un lado, que el régimen de impugnación previsto para los casos de no admisión de una prueba, esto es, la reposición y posterior protesta -en el procedimiento ordinario- (art. 285.2 LEC) o solo la protesta -en el procedimiento verbal (art. 446 LEC), imposibilita -*de iure* y *de facto*- la audiencia bilateral, la contradicción efectiva y la posibilidad de practicar algún medio de prueba orientado a acreditar dicha ilicitud, instrumentos elementales para constatar la vulneración de un derecho fundamental. De otro lado, no parece razonable que la Ley haya concebido conferir un doble mecanismo de protección judicial -uno más restringido y otro más amplio- frente a una prueba ilícita en función del momento - inicial o sobrevenido- en que ésta sea advertida. Además la imposibilidad de inadmisión *ab initio* de las pruebas ilícitamente obtenidas deriva, al menos, de las tres circunstancias siguientes: a) en primer término, que esta circunstancia puede no ser conocida por el órgano jurisdiccional al tiempo de su introducción en el proceso; b) con independencia del conocimiento que de este extremo pueda tener el órgano jurisdiccional, la Ley no siempre habilita un específico trámite de inadmisión de ciertos medios de prueba (así respecto de los documentos acompañados a los actos alegatorios iniciales del proceso); y c) el artículo 287 LEC disciplina el momento y el modo en que se ha alegar esta circunstancia, así como determina el procedimiento que ha de observarse para determinar si el medio concernido se encuentra o no incurso en la prohibición establecida en el artículo 11.1 LOPJ. Y si el juez, sin instancia de parte albergase alguna incertidumbre acerca de si alguna prueba puede tener o no esta calidad, debe promover de oficio la cuestión oportuna, formal y tempestivamente⁶⁷².

Difieren parcialmente de la citada SAP de Madrid algunos de los autores que defienden que la prueba ilícita documental (dado que se aporta con la demanda y la contestación o reconvención) sí se puede excluir en las primeras etapas del proceso, ya sea impugnándola al contestar la demanda o en la audiencia previa a través del artículo 427 LEC, incluso en la etapa de admisión de la prueba⁶⁷³.

⁶⁷² SAP de Madrid, sección 10ª, 229/2008 de 11 de marzo (JUR\2008\164636). En este mismo sentido la SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo (JUR 2008\233709); la SAP de Madrid, sección 20ª, 459/2009 de 24 de julio (JUR\2009\361380) y la SAP de Madrid, sección 14ª, 23/2013 de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013\67990).

⁶⁷³ MEDINA CEPERO, J.R., "La ilicitud de la prueba...", cit., p. 197; MAGRO SERVET, V., "Consideraciones sobre la Prueba Ilícita," cit., p. 46.

ii. Postura a favor de la inadmisión de la prueba ilícita

Como hemos indicado, los distintos puntos de vista sobre la posibilidad de inadmitir una prueba ilícita derivan de las diferentes interpretaciones que se pueden hacer de la LEC⁶⁷⁴. Para cierto sector de la doctrina, el artículo 283.3 LEC abarca un concepto amplio de prueba prohibida, que incluye tanto las pruebas ilegales (que infringen la legalidad ordinaria) como las pruebas ilícitas. La vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba se considera una actividad probatoria prohibida en el contexto del artículo citado y, por consiguiente, “nunca se admitirá” una prueba así adquirida.

Estos autores nos invitan a hacer una interpretación sistemática de los artículos que regulan la ilicitud probatoria. Por un lado destacan el requisito de inmediatez de la denuncia (art. 287.1 LEC), de forma que si la ilicitud se manifiesta de manera temprana, la denuncia “inmediata” se realizaría en el momento de la admisión. Por otro lado, señalan que la referencia que hace este artículo a la “prueba admitida” no debe entenderse como un requisito *sine qua non* para la sustanciación del incidente de ilicitud; se habla de “prueba admitida” porque hay casos en los que el juez no cuenta, al momento de admitir las pruebas, con elementos suficientes para conocer la ilicitud. Por tanto, cuando alguna prueba se escape al control inicial de la etapa de admisión, podrá denunciarse su condición ilícita al principio del juicio o en la vista, antes de que se inicie la práctica de la prueba –pero si la ilicitud se conoce con anterioridad, se suscitará en fase de admisión–.

⁶⁷⁴ Los autores que referimos en este apartado afirman que, sin perjuicio del incidente regulado en el artículo 287 LEC, la prueba ilícita también puede ser impugnada y excluida en la fase de admisión. En este sentido, consideran que se deben inadmitir las pruebas ilícitas GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, pp. 1026-1027; BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., pp. 157-160; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 218 y 219; MORENO CATENA, V., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., v. III, pp. 2213 y 2229-2232; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 95-101; SEOANE SPIEGELBERG, J.S., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000...*, cit., pp. 300 y 301; XIOL RÍOS, J. A. (coord.), *Enjuiciamiento civil...*, cit., vol. II, pp. 1974 y 1975; DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 73 y 74; JIMÉNEZ CONDE, F./ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G./ TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Diego Marín Librero Editor, Murcia 2014, p. 188; LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba...*, cit., p. 94.

Por otra parte, indican estos autores, no es sustancial la diferencia en cuanto a los recursos contemplados en los artículos 285, 287 y 446 LEC –el primero se refiere a la reposición y protesta, el segundo solo a la reposición, y el tercero contempla únicamente la protesta–. Lo esencial es que se pueda recurrir la resolución sobre la ilicitud y dejar a salvo el derecho para reiterar la impugnación en segunda instancia.

Además, la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de admisión conlleva varios beneficios. En primer lugar, se evita que la prueba contamine al juez o, en todo caso, se minimiza su influencia psicológica. De la otra forma, si la prueba se mantiene en autos hasta el juicio, o si se hace un debate contradictorio y se presentan más pruebas sobre la ilicitud, el órgano judicial inevitablemente terminará conociendo el contenido de la prueba espuria.

En segundo lugar, al excluir la prueba ilícita en fase de admisión se favorece la economía procesal, porque se evita realizar posteriores actuaciones relacionadas con dicha prueba.

Finalmente, en los procesos ordinarios, la exclusión *ab initio* de la prueba ilícita permite que la parte proponente se replantee su estrategia de defensa cara al juicio y, además, que prepare alguna otra prueba adicional para suplir la que fue excluida.

Por otro lado, comentan los autores que defienden esta postura, no cabe hacer una interpretación tan estricta del artículo 287 LEC. Análogamente, el apegarse a la literalidad de esta norma significaría, por ejemplo, que la prueba ilícita no podría excluirse una vez comenzada la práctica de la prueba, lo cual mermaría la eficacia del artículo 11.1 LOPJ⁶⁷⁵. Como veremos en un apartado posterior, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que se permita la exclusión de las pruebas ilícitas aún después de iniciada la práctica probatoria. En este sentido, si se puede ser flexible en la interpretación del artículo 287 LEC para permitir la exclusión tras el comienzo de la práctica, también se puede ser flexible para permitirla durante la fase de admisión. Dicho artículo es el principal cauce de exclusión de las pruebas ilícitas pero, no

⁶⁷⁵ Por ejemplo, al interrogar a un testigo se descubre que una prueba documental fue obtenida ilícitamente pero ésta no se puede excluir porque ya comenzó la práctica probatoria. Dicha situación equivaldría a la subsanación o convalidación de la prueba obtenida inconstitucionalmente, prohibida por el artículo 11.1 LOPJ.

obstante, también es posible expulsar estas pruebas en otros momentos del proceso a través de la aplicación auxiliar de distintos artículos de la LEC, con el propósito de garantizar la ineficacia de tales pruebas según lo indica el artículo 11.1 LOPJ⁶⁷⁶.

Restaría definir cómo debe excluirse la prueba ilícita durante la etapa de admisión. Algunos autores consideran que deberá seguirse el trámite establecido en el artículo 285 LEC, denunciando la ilicitud y luego recurriendo en reposición y protesta, sin presentar pruebas adicionales sobre dicho extremo⁶⁷⁷. Sin embargo, otros autores sugieren que se sustancie como si fuera el incidente contradictorio del artículo 287 LEC, permitiendo a las partes realizar alegaciones y proponer pruebas sobre la ilicitud dentro de la etapa de admisión de la prueba⁶⁷⁸. Si se trata de un proceso ordinario se sustanciaría el incidente de ilicitud en la audiencia previa, y si es un proceso verbal se haría al inicio de la vista. En todo caso, quienes defienden esta última opinión señalan que es esencial permitir siempre la contradicción entre partes antes de excluir una prueba ilícita. Por consiguiente, podría excluirse una prueba ilícita a través de la

⁶⁷⁶ Como veremos en los apartados subsiguientes, la doctrina propone que se pueda excluir la prueba ilícita en momentos posteriores del proceso –después de la práctica de la prueba y antes de dictar sentencia– a través de la aplicación supletoria de otros mecanismos, particularmente de la nulidad de actuaciones (arts. 225 a 231 LEC, con relación a los arts. 238 a 243 LOPJ), los hechos de nuevo conocimiento (art. 286 LEC) y las diligencias finales (art. 435 LEC).

⁶⁷⁷ De acuerdo con PÉREZ CEBADERA, M. A., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 3; la prueba ilícita se excluirá en fase de admisión cuando se trate de un juicio ordinario, aplicando el artículo 285 LEC (pero si se impugna en el juicio o en la vista del proceso verbal, se aplicaría el art. 287 LEC). En cambio, JIMÉNEZ CONDE, F./ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G./ TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 188; sostienen simplemente que es posible inadmitir *in limine* una prueba ilícita.

Por otro lado, la doctrina también se ha planteado si es posible impugnar la ilicitud probatoria dos veces en el mismo proceso, es decir, primero a través del artículo 285 LEC (en la fase de admisión) y posteriormente reiterándolo a través del 287 LEC (antes de practicar la prueba). MARTÍN OSTOS, J., “Artículo 287”, cit., t. II, p. 1776; indica que se puede recurrir en reposición la admisión de la prueba ilícita y, desestimado el recurso, suscitar posteriormente el incidente del artículo 287 LEC. En sentido similar se pronuncia, BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 159; al indicar que “en caso de desestimación de la reposición o tras la protesta, será posible recurrir indirectamente, reproduciendo la licitud en caso de inadmisión”. VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 403; comenta que “si se entiende que es posible inadmitir la prueba, no habría obstáculo para conceder reposición y luego acudir al incidente del artículo 287 LEC (aunque sería más práctico en caso de duda y, por economía procesal, abrir directamente este último)”.

⁶⁷⁸ MORENO CATENA, V., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., v. III, pp. 2232; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 219.

inadmisión *ab initio* cuando se cuente con los elementos de juicio necesarios para apreciar la vulneración del derecho fundamental.

Nosotros suscribimos esta postura que permite inadmitir las pruebas ilícitas, siempre y cuando se respete el principio de contradicción. Carece de sentido establecer como requisito la admisión de una prueba para luego instar su exclusión. Además, la ilicitud de la prueba está regulada en la sección dedicada a “la proposición y admisión” de la prueba, con lo cual constatamos que el legislador contempló la ilicitud, desde el inicio, como una cuestión de admisibilidad. Lo que el artículo 287 LEC viene a decir es que aún después de haber sido admitida, la prueba ilícita podrá excluirse a través del incidente establecido en dicha norma. Como veremos a lo largo de este capítulo, existen varios mecanismos para lograr la ineficacia de una prueba ilícita, dependiendo del tipo de proceso y del momento procesal. Sin embargo, la regulación de la LEC no siempre es clara, por lo cual sugerimos en un apartado posterior una serie de criterios que ayudarán a interpretar de forma sistemática y coherente los artículos referidos al tratamiento de la prueba ilícita en el proceso civil.

b) La posibilidad de interrumpir el juicio o la vista

Como se ha comentado anteriormente, los artículos 287 y 433.1 LEC estipulan que la ilicitud probatoria puede ser denunciada al principio del juicio o de la vista. En estos casos, podría suceder que dicha condición de ilicitud se manifieste sorpresivamente para alguna de las partes y que ésta no cuente en ese momento con los medios de prueba que necesitaría proponer en la sustanciación del incidente del artículo 287 LEC.

Así sucedería, por ejemplo, cuando el demandante ha propuesto una prueba en la demanda o en la audiencia previa y esta ha sido debidamente admitida. La parte acude al juicio pensando que se practicará dicha prueba, pero repentinamente su adversario la impugna alegando que fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Entonces, el demandante se encuentra desprevenido ante tal alegación y no cuenta en ese momento con pruebas que sustenten la licitud de aquella que está siendo impugnada. En este ejemplo, la parte que se encuentra en desventaja es aquella que propuso la prueba presuntamente ilícita.

Sin embargo, la ilicitud también podría sorprender a la parte que desea alegarla. Consideremos un segundo ejemplo. Se trata ahora de un juicio verbal en el cual, como sabemos, no hay contestación escrita ni audiencia previa. Al inicio de la vista, el demandante y el demandado proponen distintas pruebas que son admitidas por el juez. Entonces, el demandante se percata de que una de las pruebas de su contraparte es ilícita, por lo que suscita el incidente del artículo 287 LEC. Ahora bien, como fue en la propia vista cuando conoció las pruebas del demandado, no pudo traer preparada ninguna prueba para demostrar que se vulneró un derecho fundamental en la obtención de aquella otra que está impugnando.

Con estos ejemplos queremos ilustrar que la falta de provisión ante la denuncia de una prueba ilícita realizada al principio del juicio o la vista puede afectar indistintamente a cualquiera de las partes, demandante o demandado, ya sea que se trate de quien impugna la prueba ilícita o de quien la ha propuesto⁶⁷⁹. De acuerdo con el artículo 287 LEC, se permitirá a ambas partes proponer y practicar pruebas “en el acto” sobre el extremo de la ilicitud. El problema radica en determinar cómo se ha de gestionar tal debate contradictorio si alguna de las partes no cuenta con los medios pertinentes para defenderse y sustentar sus alegaciones. ¿Debe sustanciarse el incidente en ese mismo acto, aún en contra de las garantías procesales de aquella parte que no puede –pero sí necesita– presentar pruebas sobre la ilicitud invocada?

Reflexionando sobre este tema, cierto sector de la doctrina ha concluido que, conforme a las exigencias del derecho a la prueba, la igualdad procesal, la contradicción y la prohibición de indefensión, deberá interrumpirse la audiencia para que la parte que se ha visto sorprendida por la ilicitud pueda preparar pruebas al respecto⁶⁸⁰. Además, la gravedad del tema tratado (la vulneración de un derecho constitucional) merece la

⁶⁷⁹ En el caso del juicio ordinario cabe plantearse si la parte que denuncia la ilicitud al comienzo del juicio pudo haberlo hecho con anterioridad. El suscitar tardíamente el incidente de ilicitud podría ser una estrategia de la parte que, apartándose del principio de buena fe procesal, busca intencionalmente sorprender a su contraparte con la alegación de ilicitud. Recuérdese que, conforme al artículo 287 LEC, la ilicitud probatoria debe alegarse “de inmediato”.

⁶⁸⁰ MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 201; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., pp. 412 y 415; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, p. 1027. Por otro lado, BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 160, indica que deberá suspenderse la vista cuando la ilicitud probatoria se manifieste una vez iniciada la práctica de la prueba.

oportunidad de aducir pruebas. En este sentido, se tendría que acudir a las reglas generales sobre la interrupción y suspensión de la vista (arts. 188.1.3º y 7º, 193.1.1º y 4º LEC).

Sin embargo, otros autores sostienen que, conforme al artículo 287 LEC, las pruebas sobre la ilicitud deben proponerse “en el acto”. La Ley no contempla expresamente la posibilidad de interrumpir la vista, por lo cual el debate contradictorio deberá sustanciarse en ese mismo acto con las pruebas que se presenten⁶⁸¹. Ello obedece además al principio de economía procesal, el cual impediría estar interrumpiendo los juicios o vistas por motivos que no estén directamente estipulados en la Ley o por circunstancias sobrevenidas que incordien a los litigantes. Si alguna parte se ve perjudicada, deberá impugnar la resolución sobre la ilicitud a través del recurso que corresponda, reposición o protesta, y posteriormente en apelación.

Una tercera postura intermedia defiende que la interrupción de la vista procederá cuando se trate de un juicio verbal dado que, como hemos referido, la alegación sorpresiva de ilicitud probatoria tendrá consecuencias más graves en este tipo de procesos⁶⁸². Al no haber una contestación escrita ni una audiencia previa (art. 443 LEC)⁶⁸³, la posibilidad de denunciar las pruebas ilícitas se limita siempre al principio de la vista. Las partes acuden a la vista sin conocer la totalidad de las pruebas que propondrá su contraparte y, por tanto, es muy posible que la ilicitud se manifieste precisamente hasta ese momento.

En nuestra opinión, del artículo 287 se desprende que el incidente de ilicitud debería sustanciarse en el mismo acto del juicio o de la vista. Esta interpretación es coherente también con distintos principios del procedimiento, particularmente los de concentración y economía procesal. Además, habría que tomar en cuenta que, una vez

⁶⁸¹ BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 101; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., pp. 14 y 15.

⁶⁸² En este sentido, DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 75.

⁶⁸³ Como sabemos, en el juicio verbal hay una sola vista y es al inicio de ésta cuando el demandado ha de formular oralmente la contestación a la demanda. Véase MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 421-424.

que las partes comparecen ante el órgano judicial para celebrar el juicio o la vista, existen también otras pruebas que se deben practicar. En este sentido, la interrupción de la audiencia implicaría un costo económico y de tiempo para las partes, para los testigos y peritos que hayan asistido al juzgado y también para el mismo órgano judicial. Si sostenemos que el juicio o la vista se deben interrumpir cada vez que se denuncia sorpresivamente la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de una prueba, corremos el riesgo de que la alegación de ilicitud sea utilizada de forma abusiva, con mala fe, simplemente como técnica para dilatar el proceso.

Pero por otro lado, puede suceder también que la ilicitud se manifieste hasta ese momento y que la parte sorprendida por la impugnación corra el grave riesgo de sufrir indefensión. Uno de los supuestos más peligrosos sería cuando se denuncie la ilicitud en un juicio verbal que, debido a las recientes reformas legales, no tenga acceso a segunda instancia. En este caso la exclusión de una prueba cobra especial relevancia y debe ser resuelta con todas las garantías de contradicción, igualdad, defensa y derecho a la prueba. Esto requeriría definitivamente la interrupción de la vista.

Por tanto, somos del criterio que, como regla general, debería procurarse dirimir el incidente sobre la ilicitud en el mismo acto del juicio o vista, sin suspender la audiencia. Sin embargo en ciertos supuestos, cuando el juez entienda que se está poniendo en grave riesgo el derecho de defensa, podrá interrumpirse la vista para permitir que las partes preparen las pruebas referidas a la ilicitud. Para determinar si esto es realmente necesario el juez debe tomar en cuenta distintos criterios como la verosimilitud de la denuncia, la relevancia de la prueba impugnada y la posibilidad que tendría la parte afectada de recurrir la resolución de la ilicitud en segunda instancia.

c) La práctica de diferir la decisión sobre la ilicitud a la sentencia definitiva

De acuerdo con el artículo 287 LEC, la cuestión de ilicitud debe solventarse al principio del juicio o de la vista, a través de una resolución que se puede recurrir en reposición. Este recurso se sustanciará de forma oral, resolviéndose en el mismo acto, antes de que inicie la práctica de la prueba. En todo caso, se puede reproducir la impugnación contra la prueba ilícita cuando se recurra en apelación la sentencia definitiva.

No obstante, a pesar de lo que establece expresamente la Ley, ha sucedido con cierta frecuencia que los jueces de instancia, tras la denuncia de ilicitud probatoria, o habiendo sustanciado el incidente del artículo 287 LEC, difieren la resolución de esta cuestión a la sentencia definitiva⁶⁸⁴.

No está del todo claro los motivos por los cuales se ha sostenido esta práctica irregular. Por un lado, estimamos que podría deberse a la implementación de prácticas desfasadas que se realizaban conforme a la anterior LEC de 1881, cuando todavía no se había regulado un incidente contradictorio a través del cual excluir las pruebas ilícitas. Por otro lado, podría derivarse de la opinión que el juez tenga sobre el incidente de ilicitud. En este sentido, si el juez entendiera que se trata de un incidente de especial pronunciamiento (art. 389 LEC), resolvería la cuestión en la sentencia definitiva⁶⁸⁵.

En realidad, el artículo 287 LEC deja bastante claro cómo y cuándo ha de resolverse la cuestión de la ilicitud. Si se considera que una prueba se obtuvo vulnerando un derecho fundamental, interesa su exclusión inmediata para evitar que surta efecto en el proceso y en el juzgador. Por tanto, si el órgano judicial retiene una prueba durante todo el proceso, consciente de su posible ilicitud y, tras practicarla, pretende excluirla en la sentencia definitiva, habrá conocido ya el contenido de la misma y eso podría influenciar su criterio de valoración con relación a los hechos y a las demás pruebas.

Por otro lado, las partes necesitan saber lo antes posible si la prueba impugnada será o no excluida. La resolución del incidente de ilicitud les permite tomar decisiones sobre su estrategia probatoria cara al resto del juicio o vista. El diferir la decisión hasta

⁶⁸⁴ Así se aprecia, por ejemplo, en la SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo (JUR\2008\233709); SAP de Madrid, sección 20ª, 459/2009 de 24 de julio (JUR\2009\361380); y SAP de Barcelona, sección 18ª, 192/2009 de 31 de marzo (JUR\2009\395293).

⁶⁸⁵ Por otra parte, ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 126; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 15; y MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 201; estiman que el incidente del artículo 287 LEC no es de previo pronunciamiento. Nosotros consideramos que tampoco podría clasificarse propiamente como un incidente de especial pronunciamiento. Nos parece más bien un incidente especial (en oposición a los incidentes comunes del art. 388 LEC), dado que su sustanciación, resolución, plazos y recursos están regulados de manera específica en el 287 LEC.

la sentencia podría producir situaciones sorprendidas o de indefensión en perjuicio de alguno de los litigantes.

En todo caso, la doctrina está de acuerdo en que una vez sustanciado el incidente sobre la ilicitud, éste debe resolverse inmediatamente⁶⁸⁶. No debe permitirse que, tras la denuncia de la ilicitud y la práctica de las pruebas correspondientes, el juzgador decida reservarse la resolución del incidente para la sentencia definitiva. La decisión debe tomarse en el mismo acto, conforme al artículo 287 LEC. No existe norma legal que faculte al juez para diferir la decisión de esta cuestión hasta la sentencia definitiva.

Por tanto, desaconsejamos la práctica que a veces se ha dado en primera instancia –y que no ha sido debidamente reprochada por los tribunales de alzada⁶⁸⁷– de sustanciar el incidente al inicio del juicio o de la vista, reteniendo la prueba ilícita durante el proceso y difiriendo la decisión hasta la sentencia definitiva. La resolución sobre la ilicitud debe tomarse en cuanto se sustancie el incidente, según indica el artículo 287 LEC, para garantizar el efectivo cumplimiento de la Regla de Exclusión consignada en el artículo 11.1 LOPJ.

d) Manifestación tardía de la ilicitud y posible preclusión del incidente

Conforme al artículo 287 LEC, la cuestión de ilicitud “se resolverá... antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”. Esta afirmación se ha interpretado en dos sentidos. Por un lado, un sector minoritario de la doctrina ha entendido que se trata de un término preclusivo, de forma que la ilicitud ya no podrá denunciarse ni sustanciarse una vez que inicie la práctica de la prueba⁶⁸⁸. Otros autores, en cambio, han apostado

⁶⁸⁶ ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 126; MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 20; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 201; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 15; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 409.

⁶⁸⁷ En este sentido, véase las sentencias ya aludidas: SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo (JUR 2008\233709); SAP de Madrid, sección 20ª, 459/2009 de 24 de julio (JUR\2009\361380); y SAP de Barcelona, sección 18ª, 192/2009 de 31 de marzo (JUR\2009\395293).

⁶⁸⁸ RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., p. 39. En sentido similar, otros autores opinan que las partes no podrán impugnar la prueba ilícita una vez que comience la práctica de la prueba (por lo cual el incidente precluye para ellas), pero el órgano judicial aún

por una interpretación más flexible, entendiendo que, si bien lo ideal es sustanciar el incidente antes de iniciar la práctica de la prueba, no se puede imponer un término de preclusión para la exclusión de la prueba ilícita⁶⁸⁹. En este sentido, si la vulneración del derecho fundamental se manifiesta una vez que ya se comenzó a practicar la prueba –o después de practicarla y antes de comenzar el plazo para dictar sentencia–, la prueba ilícita aún podrá ser expulsada del proceso ya que, tratándose de un tema de vulneración de derechos fundamentales, la cuestión no está sujeta a la preclusión. Por otro lado, se considera que la imposibilidad de excluir las pruebas ilícitas una vez iniciada la práctica de la prueba iría en contra del mandato de ineficacia establecido en la LOPJ.

Nosotros compartimos esta segunda postura dado que, si existiera un término de preclusión, la prueba ilícita quedaría subsanada una vez que éste transcurriera y ya no habría forma de excluirla, lo cual mermaría la eficacia del artículo 11.1 LOPJ y, lo que es más grave, del artículo 24 CE. Insistimos que al estar en juego los derechos fundamentales, que gozan de un valor preferente en el ordenamiento jurídico, debe realizarse una interpretación flexible de la Ley, de manera que se asegure la mayor efectividad de las garantías de las partes. Algún autor incluso ha llegado a considerar que la alegación de la prueba ilícita no precluye sino hasta que exista sentencia firme sobre el asunto⁶⁹⁰, por lo cual podría alegarse todavía en segunda instancia o al interponerse un recurso extraordinario contra la sentencia definitiva. Aun así, si la ilicitud se hubiera conocido estando ya firme la sentencia, y si se cumplen los correspondientes requisitos legales, la parte perjudicada podría promover un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones (arts. 241 LOPJ y 228 LEC) con el objetivo de que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la vulneración procesal.

podrá excluirla al momento de dictar sentencia. Así, ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, cit., p. 290; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., pp. 14 y 15.

⁶⁸⁹ DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 75; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 92-94; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, p. 1026; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., pp. 404-406; MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., pp. 197 y 201; MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 22; MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la Prueba Ilícita,” cit., p. 47; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1340.

⁶⁹⁰ PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 83; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 108.

En todo caso, la cuestión sobre la preclusión de la impugnación de la prueba prohibida debe analizarse también con relación al *requisito de inmediatez de la denuncia de ilicitud* que establece el artículo 287.1 LEC. Así, la ilicitud deberá denunciarse de inmediato si es conocida. Sin embargo, si ésta se manifiesta hasta después de iniciada la práctica de la prueba y antes de concluir el juicio o la vista, la parte afectada podrá denunciarla entonces, pero deberá demostrar que la ilicitud es un hecho de nuevo conocimiento (art. 286 LEC)⁶⁹¹.

En este sentido, también se ha planteado si el verdadero término de preclusión de la alegación de ilicitud sería, no el comienzo de la práctica de la prueba, sino la alegación inmediata de dicha ilicitud⁶⁹². Desde esta perspectiva, no será relevante la etapa procesal en la que se impugne la prueba espuria (antes o después de la práctica probatoria), sino que *lo primordial es que la parte suscite el incidente en cuanto conozca la vulneración del derecho fundamental*. En la práctica, las Audiencias Provinciales suelen exigir al recurrente que haya denunciado la ilicitud probatoria en instancia tan pronto como la hubiese conocido⁶⁹³.

Por tanto, para responder a la pregunta de hasta cuándo puede impugnarse una prueba ilícita, debemos partir de estas dos premisas. Primero, la vulneración del derecho

⁶⁹¹ Véase DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 75; MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de la prueba judicial civil...*, cit., p. 249; JIMÉNEZ CONDE, F./ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G./ TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 188; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 104.

⁶⁹² Así se desprende de la SAP de Málaga, sección 6ª, 470/2007 de 13 de septiembre (JUR 2008\35749). No obstante, discrepa de esta opinión GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit., p. 427. Para este autor “la parte afectada por la ilicitud probatoria tiene la carga de poner de manifiesto este extremo ‘de inmediato’; nada dice la Ley sobre las consecuencias jurídicas del incumplimiento de este ‘plazo’, pero al afectar a una cuestión de orden público (que puede ser controlado de oficio) no debería provocar la preclusión, sino ser un indicio valorativo (la conducta procesal de la parte que no actúa de inmediato) a considerar por el Tribunal cuando resuelva la cuestión de fondo de la ilicitud probatoria”.

⁶⁹³ Por ejemplo, reprocha la SAP de Madrid, sección 20ª, 147/2013 de 15 de marzo (JUR 2013\173569): “En cualquier caso, si estimaba que la prueba pericial adolecía en su origen de cualquier ilicitud o si fue infringido algún derecho fundamental (...), tendría que haberlo denunciado de manera inmediata en el acto de Juicio, incluso antes de que se hubiese llevado a cabo, y promover el incidente al que se refiere el artículo 287 LEC, y lo que no hizo. Si ello es así, no puede plantear la cuestión ahora con carácter extemporáneo en esta segunda instancia”. En sentido similar se pronuncia la SJ de lo Mercantil No. 1 de Vizcaya, 143/2007 de 20 de marzo.

fundamental ha de denunciarse *de inmediato*, es decir, en cuanto la conozca la parte perjudicada por la prueba ilícita. Deberá aprovechar el momento procesal más próximo para poner esta situación en conocimiento del órgano judicial, independientemente de que se sustancie el incidente de ilicitud en una etapa posterior –como sucede, por ejemplo, cuando se denuncia la ilicitud en la audiencia previa pero se desarrolla el incidente de exclusión al principio del juicio–. En segundo lugar, entendemos que el comienzo de la práctica de la prueba no es un término de preclusión en aquellos casos donde la ilicitud se manifiesta tardíamente en el proceso. Si bien lo ideal es excluir la prueba ilícita antes de la práctica de la prueba, cuando esto no haya sido posible, deberá permitirse su posterior impugnación. Sólo así se garantiza verdaderamente la sanción de ineficacia estipulada en el artículo 11.1 LOPJ.

Por otra parte, si el incidente de ilicitud no fue suscitado a tiempo por negligencia de la parte interesada, el órgano judicial puede negarse a conocer dicha cuestión, sobre todo cuando se denuncia la ilicitud en el recurso de apelación o en el recurso extraordinario sin haberlo alegado previamente en instancia. Sobre este punto ahondaremos posteriormente.

En síntesis podemos decir que los tribunales españoles no han interpretado el comienzo de la práctica de la prueba (art. 287.1 LEC) como un término preclusivo para suscitar el incidente de ilicitud probatoria. En cambio, sí han denegado a las partes la oportunidad de denunciar la vulneración de derechos fundamentales en apelación, específicamente cuando por negligencia dejaron de hacerlo en instancia.

e) La apreciación de la ilicitud por el órgano judicial al momento de dictar sentencia

Esta es otra de las situaciones que no está prevista en la LEC pero que se ha planteado en la práctica, prestándose al análisis de la doctrina y de los órganos jurisdiccionales. ¿Qué sucede si el juez advierte la ilicitud al momento de dictar sentencia?

Consideremos que el juzgador se percata de la vulneración del derecho fundamental una vez que ha concluido el juicio o la vista y se ha abierto el plazo para dictar sentencia –que es de 20 días en los juicios ordinarios (art. 434.1 LEC) y de 10

días en los juicios verbales (art. 447.1 LEC)–. Para analizar este escenario hay que partir de dos presupuestos que han de orientar el proceder judicial. Por un lado, el artículo 11.1 LOPJ prohíbe la eficacia de las pruebas ilícitas, lo cual inclinaría la balanza a favor de la exclusión por parte del juez. Por el otro lado, el artículo 287 LEC otorga al juzgador la facultad para *suscitar* de oficio la cuestión de ilicitud, pero no le permite excluir la prueba ilícita por sí mismo y sin escuchar a las partes. Esto nos hace pensar que el juez no podría excluir de oficio la prueba ilícita, sino que antes debería dar audiencia a las partes. Como la Ley no se pronuncia expresamente sobre esta situación, han sugerido diversas propuestas que buscan solucionar este dilema de interpretación e integración legal.

La primera opción sería que el juez excluya por sí mismo la prueba ilícita, dado que la cuestión se puede suscitar de oficio, y no la tome en cuenta al dictar la sentencia⁶⁹⁴. De acuerdo con esta postura, no es posible sustanciar el incidente contradictorio del artículo 287 LEC porque ello implicaría convocar a las partes a una audiencia que no está prevista en la Ley para esta etapa procesal (debe respetarse el principio de legalidad procesal). Además, si la parte que había propuesto la prueba considera que la exclusión sorpresiva le causa indefensión, podrá impugnar la decisión del juez de instancia cuando recurra la sentencia en apelación.

Una segunda propuesta consiste en que el juez, al advertir la ilicitud, convoque a las partes a una audiencia, interrumpiendo el plazo para dictar sentencia, y conozca la ilicitud a través del incidente regulado en el artículo 287 LEC⁶⁹⁵. En este sentido, el juez suscitará la ilicitud pero serán las partes quienes aporten las alegaciones y pruebas al respecto. Aquellos que sostienen esta posición estiman que, si bien se estaría realizando un trámite no previsto expresamente por la Ley, ello resulta necesario a la vista del artículo 11.1 LOPJ y para garantizar los derechos procesales de las partes. Además, así se conserva la posibilidad de debatir contradictoriamente la cuestión de ilicitud, porque

⁶⁹⁴ En este sentido, MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 201; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 15; ASENSIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 125; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración...*, cit. p. 427.

⁶⁹⁵ De acuerdo con la opinión de PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., p. 98; quien sugiere aplicar el artículo 287 LEC por analogía en esta etapa procesal. También comenta este aspecto VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 406.

de lo contrario se vulneraría el derecho a la prueba de la parte proponente si el órgano judicial excluye, sin antes escuchar a las partes, una prueba que fue admitida y practicada durante el proceso.

La tercera posibilidad sería que se le dé a la prueba ilícita el tratamiento de hecho de nueva noticia⁶⁹⁶, al entenderse que sólo en ese momento se ha conocido la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba. Esto permitiría a las partes realizar alegaciones y presentar pruebas sobre la ilicitud, conforme al artículo 286 LEC. Aunque esta opción permite a los litigantes denunciar la ilicitud probatoria tras la práctica de la prueba (y antes de que acabe el juicio), consideramos que no podría aplicarla el juez que detecta la ilicitud una vez que ha iniciado el plazo para dictar sentencia. En primer lugar, porque los hechos de nueva noticia se alegan por iniciativa de las partes y no del juez. En segundo lugar, porque la misma LEC señala que el mecanismo del artículo 286 se puede utilizar una vez “precluidos los actos de alegación (...) y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia”.

Llegamos así a la cuarta posición doctrinal, que sugiere acudir a las diligencias finales para excluir la prueba ilícita⁶⁹⁷. Esta opción es adecuada para la etapa procesal que ahora analizamos. Sin embargo, nos parece forzado encajar en el artículo 435 LEC la exclusión que pueda hacer el juez al momento de dictar la sentencia. Por un lado, porque el artículo 435.1.3ª LEC, que se relaciona con los hechos de nueva noticia, requiere que las diligencias finales sean instadas por las partes. Pero además porque en los casos extraordinarios en los que el juez puede actuar de oficio (art. 435.2 LEC) se requiere, primero, que las diligencias versen sobre hechos relevantes anteriormente alegados y, segundo, que consistan en la repetición de pruebas que ya se habían

⁶⁹⁶ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de la prueba judicial civil...*, cit., p. 249.

⁶⁹⁷ De acuerdo con BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 104; la ilicitud se podría cuestionar por las partes o por el juez en el trámite de conclusiones y, si no se pudieran practicar pruebas en ese momento, entonces se haría a través de las diligencias finales, considerando la ilicitud como un hecho de nueva noticia (art. 435.1.3ª LEC). En cambio, MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de la prueba judicial civil...*, cit., pp. 248 y 249; indica que cuando el juez advierta la ilicitud al momento de dictar sentencia, deberá acudir por analogía al artículo 286.3 LEC y además podrán practicarse diligencias finales con el objetivo de excluir la prueba ilícita. Por su parte DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 75 y 76; sostiene que, para evitar la indefensión provocada a un litigante por la cuestión de la prueba ilícita, podría recurrirse a la práctica de diligencias finales incluso en los juicios verbales.

realizado previamente pero que no fueron conducentes por ciertos motivos ajenos a la voluntad de la parte solicitante. Así, las diligencias finales están orientadas más bien a la admisión, práctica o repetición de pruebas nuevas o pruebas que fueron solicitadas a lo largo del proceso. La exclusión de pruebas ilícitas por el juez que se dispone a dictar sentencia es una cuestión ajena a la finalidad de las diligencias⁶⁹⁸.

Finalmente, la quinta posibilidad a considerar sería excluir la prueba a través del tratamiento establecido para la nulidad de los actos procesales (arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC)⁶⁹⁹. Esta alternativa nos parece más adecuada ya que se ajusta al momento procesal que analizamos, contempla la iniciativa tanto de las partes como del juzgador y permite convocar a las partes a una audiencia, de manera que podrá realizarse el debate contradictorio sobre la ilicitud.

Al analizar estos casos en que el juez se percata de la ilicitud probatoria al momento de dictar sentencia, nos damos cuenta de que existen tres aspectos recurrentes que se deberán tener en consideración para lograr la más correcta interpretación e integración de la LEC⁷⁰⁰. En este sentido, estos aspectos deben condicionar la respuesta que dará el juez a la cuestión de ilicitud. Primero, es necesario guardar el máximo respeto a las garantías procesales de las partes. Segundo, hay que tomar en cuenta las facultades que la Ley otorga a los jueces en esta etapa de los procesos dispositivos. Tercero, se debe tener conciencia de la influencia psicológica que la prueba ilícita puede haber tenido ya sobre el juzgador. Veamos cada uno de estos aspectos.

En cuanto a las garantías de las partes, consideramos que la exclusión de la prueba ilícita, realizada unilateralmente por el juez al momento de dictar sentencia, no

⁶⁹⁸ Otro asunto sería si, a la inversa, una parte volviera a solicitar como diligencia final la práctica de una prueba que se propuso en tiempo y forma y que fue admitida, pero que posteriormente se excluyó por considerarse ilícita. Este supuesto en el que la parte solicita la práctica de una prueba –no su exclusión– sí encaja en la regulación de las diligencias finales del artículo 435 LEC.

⁶⁹⁹ Así, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 199 y 200; ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio...*, cit., p. 360; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 97 y 98; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II, p. 1340.

⁷⁰⁰ Sobre estos puntos reflexionan MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 199 y 200; y PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 94-98.

es una situación que produzca indefensión, ya que la parte perjudicada cuenta con la oportunidad de recurrir en apelación. No obstante, si se trata de un proceso verbal que no tiene acceso a segunda instancia (por motivo de su cuantía, conforme al art. 455.1 LEC), la exclusión sorpresiva podría vulnerar el derecho a la prueba del litigante (ya que se deja de valorar una prueba que fue debidamente admitida y practicada). Incluso, si la prueba fuera relevante para el fallo, su exclusión podría causar. En el caso opuesto, es decir, si el juez al dictar sentencia se da cuenta de que la prueba es ilícita y aun así la valora, puede vulnerarse el derecho a un proceso con todas las garantías de la parte perjudicada por la prueba ilícita. Por tanto –y particularmente cuando la Ley no permite interponer el recurso de apelación– la exclusión de las pruebas espurias en esta etapa del proceso debe realizarse tomando en cuenta las garantías de ambas partes y procurando el mayor respeto del principio de igualdad procesal.

Con relación a las facultades del juez debemos recordar que la LEC permite al órgano judicial suscitar la cuestión de ilicitud (art. 287 LEC), pero no se indica que él sólo pueda solventarla prescindiendo de las partes. Creemos que se asemeja a la advertencia de insuficiencia probatoria del artículo 429.1 LEC en el sentido que el juez únicamente está facultado para poner algo en conocimiento de las partes, para prevenirles que existe una posible insuficiencia probatoria –o ilicitud en este caso–, pero sin que la Ley le permita actuar más allá de eso. El juez no puede suplir por sí mismo la insuficiencia de la prueba (al menos que se trate de un proceso especial no dispositivo), como tampoco puede decidir sobre la ilicitud de una prueba sin contar con la participación de los litigantes.

Finalmente, el impacto que la prueba ilícita puede haber tenido ya en el juez es, para el momento de dictar sentencia, inevitable. No obstante, la motivación de la sentencia permitirá a las partes, y en su caso al tribunal *ad quem*, verificar que no se haya valorado la prueba ilícita. Este tema lo comentaremos *infra*.

En consecuencia, si se llega a dar el supuesto que analizamos y el juez se encuentra ante la encrucijada de excluir o valorar una prueba ilícita al momento de dictar sentencia, deberá solventar el problema procurando no excederse en las facultades que la ley le concede y velando por el máximo respeto a las garantías procesales de las partes. Ello se puede lograr, como hemos manifestado, respetando la voluntad del

legislador de excluir las pruebas ilícitas mediante un debate contradictorio, específicamente a través de la nulidad de actuaciones o aplicando por analogía el artículo 287 LEC en esta etapa del proceso. En la medida posible, recomendamos evitar la opción de excluir la prueba ilícita sin antes escuchar a las partes.

f) El régimen de recursos en el juicio verbal

En el juicio verbal se plantea un problema hermenéutico con relación al recurso que debe interponerse contra la resolución sobre la ilicitud probatoria. Por un lado, el artículo 287.2 LEC establece que “cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista”. La referencia expresa que el artículo hace a *la vista* nos da a entender que este recurso ha de interponerse también en los juicios verbales. Sin embargo, el artículo 446 LEC establece un régimen diferente al indicar que contra la inadmisión de pruebas o la admisión de las que se hayan denunciado como ilícitas se podrá formular protesta a efecto de hacer valer los derechos de la parte en segunda instancia. En consecuencia, nos encontramos ante la disyuntiva de aplicar uno u otro régimen a los juicios verbales.

Se ha propuesto aplicar el criterio de especialidad para determinar qué norma debe prevalecer, si el artículo 287 LEC o el artículo 446 LEC. Para algunos autores, el artículo 287 se refiere a una generalidad sobre la prueba, mientras que el artículo 446 regula una especialidad del juicio verbal y por ello debe predominar este último⁷⁰¹. De acuerdo con este criterio, en el juicio verbal sólo se podrá formular protesta contra la resolución sobre la ilicitud⁷⁰².

⁷⁰¹ MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 203; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 105; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, pp. 1028 y 1029; PÉREZ CEBADERA, M. A., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 5; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 15; MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 23; RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., pp. 38 y 39; LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba...*, cit., pp. 95 y 96; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 731.

⁷⁰² De acuerdo con GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, pp. 1028 y 1029; del artículo 446 LEC se desprende que solo se podrá protestar cuando la prueba ilícita se admita, pero no cuando se excluya. No obstante, la mayoría de los autores opinan que se puede formular protesta tanto por la admisión como por la inadmisión de la prueba ilícita, según nos recuerda BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 105. Nosotros coincidimos con esta última postura, ya que

Al contrario, otro sector ha considerado que el artículo 446 LEC regula de forma general los recursos contra la admisión o inadmisión de pruebas en el juicio verbal, mientras que el artículo 287 regula el caso especial de las pruebas ilícitas, tanto en los juicios ordinarios como en los verbales. Además, el artículo 445 LEC vendría a reforzar la aplicación del artículo 287 LEC en los juicios verbales. Entonces, conforme a esta segunda posición, en la vista se podrá recurrir mediante reposición la resolución sobre la prueba ilícita⁷⁰³.

Con relación a este problema hermenéutico nos parece que las distintas posturas proponen argumentos válidos. El problema radica en que ambos artículos de la LEC establecen de manera expresa regímenes distintos para recurrir la decisión sobre la ilicitud en el juicio verbal⁷⁰⁴. Frente a esta situación es necesaria la unificación de criterios que permita darle un tratamiento homogéneo que facilite el contradictorio.

Conforme al criterio garantista que hemos venido sosteniendo hasta ahora, debemos defender el régimen que establece el artículo 287 LEC y que permite recurrir en reposición la resolución judicial. Consideramos que el recurso oral de reposición se sustancia y resuelve en el acto, por lo que no implica una dilatación procesal

entendemos que el artículo 446 permite protestar la inadmisión de cualquier prueba (lícita o ilícita) y la admisión de las pruebas ilícitas. En consecuencia, lo que no sería posible es formular protesta cuando se admita una prueba lícita.

⁷⁰³ Así, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 199; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., pp. 412 y 413; ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 126; DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 70; GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Los procesos civiles*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona 2010, t. II, p. 1659 y 1660. De acuerdo con BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., pp. 161 y 162; en el juicio verbal bastaría la mera protesta, pero el artículo 446 LEC tampoco impediría solicitar la reposición de la resolución.

⁷⁰⁴ SEOANE SPIEGELBERG, J.S., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000...*, cit., pp. 291 y 300, critica esta dualidad de regímenes para la impugnación de las decisiones judiciales sobre la admisibilidad de pruebas ilícitas. Concluye el autor que lo importante es que al formular la protesta o la reposición, ya queda abierta la vía para reproducir la ilicitud en segunda instancia: “Estimo que a los efectos de recurrir en apelación bastará con la expresión de la protesta para tener por cumplidas las exigencias del art. 459 LEC o la reposición si el juez la admite, lo que no sería viable, ante la contradicción legal y correlativas divergencias doctrinales, es no tener por cumplidas las exigencias de dicho precepto, regulador de la apelación por infracción de normas o garantías procesales, por la circunstancia de que la parte que formuló la protesta no recurrió en reposición, o quien lo hizo, con la aquiescencia judicial, no formuló protesta, pues la impugnación ya es exteriorización de la misma a los efectos de dar por cumplido el requisito legal de denuncia oportuna de la infracción cometida”.

significativa ni altera la estructura del juicio verbal, de forma que tras el recurso la vista puede continuar desarrollándose de forma regular.

No obstante, en la práctica ha prevalecido la aplicación del artículo 446 LEC, de manera que en los juicios verbales los órganos judiciales sólo se permiten formular protesta ante la decisión sobre la ilicitud de la prueba⁷⁰⁵. El problema que nosotros vislumbramos es que, tras las reformas que ha sufrido la LEC, existen ciertos procedimientos que no tienen acceso a la segunda instancia (como ya hemos referido, los juicios verbales por razón de cuantía cuando esta no supera los tres mil euros). Si en estos casos no se puede formular reposición, sino solamente protesta, y tampoco hay una segunda instancia, *la parte que se vea afectada por la resolución sobre la ilicitud probatoria no cuenta con ningún recurso ordinario para tutelar sus derechos e intereses*. Entonces, si una prueba ilícita es indebidamente excluida o admitida, bien sea por error judicial o porque el litigante fue sorprendido por la cuestión de ilicitud y no pudo preparar pruebas al respecto, la decisión judicial no podrá modificarse. Esta situación puede afectar el derecho a la prueba, el derecho de defensa y el derecho al proceso con todas las garantías de la parte que, viéndose desfavorecida por la resolución de la ilicitud, no tenga forma de impugnarla⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Así lo ha enfatizado la Audiencia Provincial de Madrid en distintas ocasiones. De acuerdo con este tribunal, “frente a la decisión que recaiga acerca de la ilicitud planteada sólo cabrá recurso de reposición (art. 287.2 LEC), norma ésta que únicamente es de aplicación en el seno de los procedimientos ordinarios, no de los verbales. En estos últimos, no obstante la remisión genérica en materia de prueba a las disposiciones comunes (art. 445 LEC), se establece un régimen particular en virtud del cual ‘... las partes podrán formular protesta...’ (art. 446 LEC). En el primer caso, frente a la resolución que recaiga en el recurso de reposición no cabe interponer ningún recurso. Únicamente cabe reproducir la cuestión en el recurso de apelación que eventualmente se pueda interponer frente a la sentencia definitiva” (SAP de Madrid, sección 10ª, 229/2008 de 11 de marzo [JUR\2008\164636]; SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo [JUR 2008\233709]; SAP de Madrid, sección 14ª, 23/2013 de 21 de diciembre de 2012 [JUR 2013\67990]).

⁷⁰⁶ No obstante, en estos casos cuando ya no cabe ningún recurso, es posible que la parte perjudicada interponga un *incidente excepcional de nulidad de actuaciones* (regulado en los artículos 241 LOPJ y 228 LEC), el cual permite impugnar una resolución firme siempre y cuando se haya vulnerado un derecho fundamental y dicha infracción no se haya podido denunciar a lo largo del proceso. La vulneración que motiva este incidente puede referirse tanto a derechos sustantivos como a los derechos procesales consignados en el artículo 24 CE. De acuerdo con el TS, “en el incidente de nulidad solo procede analizar la trascendencia constitucional de las infracciones alegadas y que pueden suponer la vulneración del art. 24 de la Constitución, al encontrarnos en un incidente cuyo único objeto es la infracción de derechos fundamentales susceptibles de amparo procesales y sustantivos” (AATS, Sala Primera, de 6 de noviembre

g) *El efecto psicológico de la prueba ilícita en el órgano judicial*

Cuando una prueba que ya ha sido incorporada al proceso se excluye posteriormente porque se descubre que fue obtenida de forma ilícita, se corre el riesgo de que ya haya causado algún efecto psicológico en el órgano judicial⁷⁰⁷. En otras palabras, como el juzgador ha conocido la prueba ilícita (ya sea su existencia o su contenido), es probable que ésta haya influenciado, aún de manera subconsciente, en su percepción sobre los hechos y las demás pruebas; entonces, aunque se excluya la prueba ilícita, no se garantiza su ineficacia total. Así, el juez podría otorgar mayor o menor valor a otras pruebas que, de no haberse practicado la prueba ilícita, habría valorado de

de 2013, recurso 1979/2011 [JUR 2013\373988]; y de 1 de abril de 2014, rec. 403/2013 [JUR 2014\124360]). Sobre este punto véase también FERNÁNDEZ CABALLERO, G., “El incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teoría e incidencia práctica en el proceso civil tras su modificación por la ley orgánica 6/2007”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 2, 2012, disponible en <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21201.pdf>.

En este sentido, la parte recurrente podría suscitar el incidente excepcional de nulidad de actuaciones cuando la ilicitud de la prueba se haya descubierto estando ya firme la sentencia del proceso o bien en algún momento tardío del mismo, de forma que no la hubiera podido denunciar previamente. Además, la parte perjudicada por la sentencia también puede acudir a esta vía alegando la vulneración del derecho a la prueba, del derecho a la tutela judicial efectiva o la producción de indefensión (todo ello provocado por el manejo inadecuado de la exclusión de la prueba ilícita).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que se trata de una figura “excepcional” y que son limitados los supuestos que pueden impugnarse de esta manera. Así, el TS ha expresado que “el art. 241.1 LOPJ, en la vigente redacción dada por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, prevé con carácter excepcional el incidente de nulidad de actuaciones fundado en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, estableciéndose expresamente la inadmisión a trámite del incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones, sin que la resolución denegatoria de la admisión a trámite sea susceptible de recurso alguno, disponiéndose también que la desestimación de la solicitud de nulidad llevara consigo la condena en costas al solicitante. La mencionada excepcionalidad con que se configura el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial pese a la ampliación de los motivos para fundar su solicitud, conlleva un riguroso examen de los presupuestos a los que el referido precepto condiciona su admisibilidad e impone la perfecta delimitación de su ámbito, en evitación de que se articule una vía de impugnación alternativa al margen de los recursos ordinarios que procedan, o que se habilite un nuevo cauce impugnatorio, cuando, como es el caso, no está legalmente previsto ninguno” (AATS, Sala Primera, de 3 de noviembre de 2009, rec. 2275/2004 [JUR 2009\467324]; de 13 de abril de 2010, rec. 1553/2008 [JUR 2010\143003]; y de 25 de mayo de 2010, rec. 2022/2008 [JUR 2010\192190]).

⁷⁰⁷ Sobre el efecto psicológico de la prueba ilícita en el proceso civil véase PICÓ I JUNOY, J., “El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita”, en *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, no. 171, 2012, pp. 35-37; LORENZÓN BRONDINO, C., “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”, ponencia presentada en el *IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, Buenos Aires 2007.

diferente forma. ¿Cómo garantizar entonces que realmente se aplica la sanción de ineficacia procesal a las pruebas ilícitas cuando éstas se excluyen del proceso una vez que ya han sido conocidas por el órgano judicial?

Para un sector de la doctrina, la opción preferible es la recusación del juez. Estos autores consideran que, una vez que se ha conocido la prueba ilícita, el juez no puede abstraerse de su contenido y la influencia psicológica que ésta causa es prácticamente inevitable. Entonces, para asegurar la ineficacia de la prueba ilícita (art. 11.1 LOPJ) y la imparcialidad del juzgador, será necesario recusar al juez que ha conocido el caso y nombrar a uno nuevo⁷⁰⁸.

Con relación a esta propuesta opinamos que, por el principio de inmediación, habría que repetir toda la práctica de la prueba (el juicio o la vista) para que el nuevo juzgador pueda dictar sentencia sobre ese caso. En este sentido, la existencia de la prueba ilícita y la recusación del juez que la conoció vendrían prácticamente a anular las demás actuaciones realizadas, dado que se tendrían que repetir. Con esta opción se corre el riesgo de que las partes recurran al uso torticero de la recusación, con el solo propósito de retrasar el proceso, ya que bastaría con que se descubra la existencia de una prueba ilícita para que se recuse al juez y se tengan que repetir los actos probatorios. Nos parece que esa duplicación del juicio es un coste procesal excesivo e innecesario, tanto para las partes como para el sistema judicial⁷⁰⁹.

La segunda postura, que nos parece más acertada, propone que el efecto psicológico que pudo haber causado la prueba ilícita en el juzgador se controle a través

⁷⁰⁸ BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 161; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...”, cit., vol. I, p. 1026; ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 86; LORENZÓN BRONDINO, C., “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”, cit., pp. 13-20; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pp. 365 y 366; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 109-113; SENTÍS MELENDO, S., “La prueba en el proceso”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, no. 2-3, 1977, p. 438; LÓPEZ DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 131; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Las reglas del juego...”, cit., pp. 160 y 161.

⁷⁰⁹ En este sentido, coincidimos con las opiniones de MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 200; PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 86 y 87; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 103 y 104; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 224 y 225.

de la motivación de la sentencia⁷¹⁰. Así, la existencia de una prueba ilícita que ha sido excluida en una etapa posterior del proceso debe llevar al órgano judicial a realizar una cuidadosa motivación de los hechos probados y los fundamentos jurídicos de la sentencia, en la cual se pueda constatar que la prueba ilícita no se ha tenido en cuenta al momento de dictar sentencia y que los hechos probados se fundamentan en otros medios lícitos.

En efecto, esta solución es la que se ha adoptado en la práctica ya que, cuando se recurre en segunda instancia por motivo de ilicitud probatoria, el tribunal *ad quem* verifica la motivación de la sentencia de instancia para determinar si se ha dado el tratamiento correcto a la cuestión de ilicitud, en este caso que la prueba ilícita excluida no se haya valorado al dictar la sentencia⁷¹¹.

h) El destino de la prueba ilícita

Finalmente, nos encontramos con el asunto de qué se debe hacer con la prueba ilícita una vez que ésta ha sido excluida del proceso, dado que su ineficacia procesal no comporta su inexistencia física. Al igual que en las cuestiones anteriores, existen diversas opiniones sobre cómo afrontar la problemática.

Por un lado se ha sugerido destruir físicamente la prueba ilícita para garantizar que no tenga efecto alguno⁷¹². Por otro lado, se ha propuesto la devolución de la prueba

⁷¹⁰ Apoyan esta postura autores como PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 87-89; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., pp. 223-225; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 103 y 104; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 1993, p. 127.

⁷¹¹ Así, por ejemplo, la SAP de Burgos, sección 2ª, 446/2004 de 25 de octubre (TOL537.713); SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo (JUR 2008\233709); SAP de Barcelona, sección 18ª, 192/2009 de 31 de marzo (JUR\2009\395293); SAP de Madrid, sección 14ª, 23/2013 de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013\67990).

⁷¹² Posición que en algún momento sostuvo el Tribunal Supremo, como se constata en el ATS, Sala de lo Penal, 610/1990 de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\6102). En ese caso se había declarado la ilicitud de unas escuchas telefónicas, obtenidas con vulneración del artículo 18.3 CE. El Tribunal señaló que “otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia”.

a la parte que la propuso⁷¹³. Sin embargo, estas opciones han sido criticadas porque dicha prueba podría necesitarse posteriormente, ya sea para la sustanciación de algún recurso o por requerirse su valoración en un proceso diferente (por ejemplo, si se exige la responsabilidad de quien vulneró el derecho fundamental)⁷¹⁴.

Por consiguiente, si la prueba ilícita no se puede destruir ni devolver, deberá conservarse de alguna manera, pero ¿cómo, dónde y por quién? De acuerdo con la doctrina, este tipo de prueba deberá removerse de las actuaciones para evitar que contamine al órgano judicial⁷¹⁵, pero se conservará bajo la custodia del secretario judicial (459.1 LOPJ)⁷¹⁶. La prueba ilícita, si bien es ineficaz en el proceso del cual se excluyó, puede ser de posterior utilidad para otros efectos. Como hemos anticipado, si se interpone algún recurso ordinario o extraordinario contra la sentencia definitiva es posible que deba corroborarse algún extremo sobre la prueba excluida. Por otro lado, podría ser necesario remitir la prueba excluida a otra autoridad que investigue la responsabilidad de quien cometió la vulneración del derecho fundamental, por ejemplo a un juez penal si se estima que en la obtención de la prueba se cometió un delito.

⁷¹³ Por ejemplo, SEOANE SPIEGELBERG, J.S., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000...*, cit., p. 311. Señala el autor que la devolución de la prueba excluida procederá únicamente cuando la resolución sobre la ilicitud no haya sido impugnada. Así, “si la parte se aquietara con la decisión judicial de ilicitud no existiría problema alguno para que la misma sea devuelta a quien la aportó, o se entregue al titular de tal fuente de prueba, o se desglose de los autos, en tanto en cuanto no cabrá reproducir una petición de validez en una eventual apelación, pues para ello se exige la denuncia oportuna de la infracción (arts. 459 y 460.1 LEC), sin perjuicio además que incluso se acuerde su remisión al Juzgado de Instrucción como elemento de convicción de una presunta responsabilidad criminal”.

⁷¹⁴ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 200 y 201; MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 26.

⁷¹⁵ No obstante, MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de la prueba judicial civil...*, cit., p. 248; señala el inconveniente de que “el desglose, devolución o destrucción de una prueba ya practicada en el acto de juicio obligaría a sesgar el expediente judicial (...). Solamente respecto a los documentos acompañados, que serán generalmente los presentados junto a los escritos de demanda y contestación, su desglose por causa de una declaración de ilicitud no alteraría para nada, o muy poco, el perfil histórico-gráfico del proceso, puesto que como mínimo quedaría de ellos una referencia en el texto de los escritos alegatorios que los adjuntaban”.

⁷¹⁶ PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial...”, cit., pp. 81 y 82; XIOL RÍOS, J. A. (coord.), *Enjuiciamiento civil...*, cit., vol. II, p. 1975; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II, pp. 1342 y 1343.

En consecuencia, aunque la prueba ilícita sea excluida de un proceso, deberá conservarse físicamente por si fuera necesaria su posterior evaluación. A estos efectos, será retirada de los autos y se guardará bajo custodia del secretario judicial. Una vez que exista sentencia firme, la prueba podrá ser devuelta a su dueño o a la parte que la propuso.

i) Nuestra posición con relación a la exclusión de la prueba ilícita

Según resulta de los apartados anteriores, existen distintos aspectos técnicos controvertidos con relación al tratamiento procesal civil de la prueba ilícita. Si bien el legislador incluyó en la LEC del año 2000 un incidente específico que permite excluir este tipo de pruebas, dicha regulación no es del todo clara e incluso presenta alguna contradicción. Entre la doctrina hay diversidad de posiciones y hasta las Audiencias Provinciales han tenido discrepancias a la hora de interpretar e integrar la Ley. Tampoco existen pronunciamientos expresos del Tribunal Supremo que resuelvan directamente estas controversias.

Retomando la diversidad de opiniones expresadas por la jurisprudencia y los distintos autores, exponemos nuestra postura con relación a los temas antes tratados, proponiendo una serie de criterios que faciliten la interpretación de la LEC a la hora de enfrentarse con alguno de estos temas controvertidos.

Primero debemos enfatizar el criterio de la inmediatez de la denuncia de la ilicitud. En este sentido y conforme al artículo 287.1 LEC, cuando una parte sepa que una de las pruebas fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, deberá alegarlo de inmediato. Esto se debe a que la prueba ilícita debe ser excluida del proceso lo antes posible para evitar que contamine las demás actuaciones o la opinión del juzgador. Como veremos más adelante, cuando un litigante por negligencia o mala fe deja de impugnar la prueba ilícita en el momento procesal adecuado, no le será permitido suscitar en apelación la cuestión de ilicitud. Pese al mandato de ineficacia del artículo 11.1 LOPJ, los órganos judiciales han establecido que la ilicitud debe denunciarse en instancia tan pronto sea conocida.

Así, con relación al momento en que debe denunciarse la ilicitud, puede impugnarse la prueba en la contestación de la demanda, en la audiencia previa (antes o

después de la admisión de la prueba) o al principio del juicio o vista, antes de practicar las pruebas. No obstante, cuando la vulneración del derecho fundamental se manifieste una vez iniciada la práctica probatoria, aún será posible suscitar la cuestión de ilicitud, siendo necesario demostrar que se trata de un hecho de nuevo conocimiento y que, por tanto, no pudo haber sido alegado anteriormente. Consideramos que el comienzo de la práctica de la prueba no marca un término preclusivo para la impugnación de la prueba ilícita.

Cuando se ha suscitado la cuestión de ilicitud de acuerdo al requisito de inmediatez, resta determinar si ésta debe dirimirse al instante o si puede reservarse el debate para el comienzo del juicio. En otras palabras, si se impugna la prueba ilícita en la contestación de la demanda o durante la admisión de las pruebas ¿debe sustanciarse el debate y excluirse la prueba en ese momento, o deberá esperarse para hacerlo al principio del juicio? Los tribunales parecen ser flexibles en cuanto a este punto, de manera que algunos discuten la ilicitud en el acto y otros la sustancian posteriormente. En el peor de los casos y constituyendo una práctica viciosa, algunos jueces han determinado resolver sobre la ilicitud hasta el momento de la sentencia.

Nosotros opinamos que, una vez denunciada la ilicitud, la prueba puede ser excluida en ese mismo momento, preferiblemente de manera que se permita el debate contradictorio entre las partes. Si la ilicitud se alega en la audiencia previa y las partes se encuentran en condiciones de debatir la cuestión, el juez puede decidir entonces sobre la exclusión. De lo contrario, si la ilicitud se alega en la audiencia previa pero se estima conveniente debatir la cuestión posteriormente (para permitir que las partes preparen pruebas al respecto), podrá diferirse el debate al comienzo del juicio. Se entiende que en los juicios verbales se realizará todo en el mismo acto de la vista (denuncia, desarrollo del incidente y resolución de la ilicitud). Una vez sustanciado el debate sobre la ilicitud, el juez debe comunicar oralmente, en el mismo acto, la resolución de la cuestión.

Por otro lado, si la ilicitud fuera denunciada a través del artículo 283.3 LEC y decidida por vía del artículo 285 LEC en el momento de la admisión, estimamos que la cuestión de ilicitud podría volverse a suscitar al principio del juicio por medio del artículo 287.1 LEC, si la parte lo estima conveniente. En todo caso, se podrá reproducir

en apelación, sea que se haya resuelto por vía del artículo 285 LEC o por medio del 287 LEC.

Es importante tener en cuenta el espíritu de la Ley y la intención del legislador al regular el incidente de ilicitud. Lo que se busca es que la prueba ilícita sea excluida tras un debate que permita a las partes presentar alegaciones y, en su caso, pruebas sobre la vulneración del derecho fundamental. Si bien este debate contradictorio se ubica idealmente al comienzo del juicio, no vemos ningún inconveniente en permitir su realización en un momento anterior o posterior del proceso, dependiendo de cuándo se haya puesto de manifiesto la ilicitud.

La proposición de pruebas sobre la ilicitud, conforme al principio dispositivo y al principio de aportación de parte, es una facultad y no una obligación de las partes. Sería posible resolver la cuestión aún si no se presentan pruebas al respecto, basándose en las declaraciones de las partes y las demás personas involucradas (por ejemplo, peritos y testigos). En cuanto a la alegación sorpresiva de la ilicitud y la posibilidad de interrumpir el juicio para preparar pruebas sobre la cuestión, creemos que esta última debe permitirse pero con ciertas precauciones. De acuerdo con el artículo 287 LEC, el incidente debe sustanciarse en el acto, sin suspender el juicio o la vista. No obstante, si la prueba impugnada es relevante para el asunto y se corre riesgo de que alguna parte sufra indefensión por la exclusión o no exclusión de la prueba, las partes pueden solicitar y el juez puede determinar la interrupción de la vista.

Debemos tener en mente la importancia y el objeto que tiene la cuestión de la prueba ilícita. En el fondo, se está hablando de la vulneración de derechos fundamentales y de las garantías procesales de las partes. Lo que se persigue es la ineficacia de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (art.11.1 LOPJ) y por tanto, la importancia de estos temas exige cierta flexibilidad en la interpretación de la LEC. Dado que también se pone en juego el derecho a la prueba y el derecho de defensa, deberá procurarse una interpretación conforme a los principios *pro actione* y *favor libertates*.

Es importante que, frente a la resolución de instancia sobre la ilicitud, la parte afectada cuente con un recurso ante al órgano judicial que decidió la cuestión (ya sea

reposición o protesta) y posteriormente frente al tribunal *ad quem* (usualmente a través del recurso de apelación).

En cuanto a las herramientas que brinda la LEC para excluir las pruebas ilícitas, entendemos que la principal y preferible vía de actuación es el artículo 287 LEC. Sin embargo, existen otras normas que en situaciones particulares podrían auxiliar en la resolución de las cuestiones sobre ilicitud probatoria, particularmente la nulidad de actuaciones cuando el juez se percata de la ilicitud al momento de dictar sentencia.

Finalmente, con relación al asunto de la influencia psicológica que puede haber tenido una prueba ilícita, estimamos que lo más sensato y efectivo es controlar este aspecto a través de la motivación de la sentencia. Confiando en la sana crítica y el profesionalismo de los jueces, que deben fundamentar la sentencia con especial cuidado cuando en el proceso haya surgido una cuestión de ilicitud, será posible verificar la valoración o exclusión de una prueba a través de los criterios y fundamentos que se hagan constar en la sentencia. La recusación del juez nos parece una solución excesiva, especialmente cuando ya se ha realizado la práctica de la prueba, dado que debe respetarse el principio de inmediación. La repetición del juicio y la consecuente dilación del proceso implicarían un perjuicio para las partes que están buscando una pronta tutela judicial de sus intereses jurídicos.

En síntesis, para decidir estas cuestiones conflictivas sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita, apostamos por la aplicación del principio de contradicción, según lo consignó el legislador en el artículo 287 LEC, y la flexibilidad en la interpretación de la ley, conforme a la opción que mejor proteja las garantías de las partes, tomando en cuenta que la ilicitud probatoria es un tema de relevancia constitucional y que la LOPJ determina la ineficacia absoluta de este tipo de pruebas.

B. TUTELA JUDICIAL EN APELACIÓN

Como se ha establecido en los apartados anteriores, la resolución sobre la ilicitud de la prueba se puede recurrir en reposición y esto permitirá posteriormente reproducir la impugnación en la apelación contra la sentencia definitiva (arts. 287.2 y 446 LEC).

En el recurso habrá de alegarse la infracción de normas o garantías procesales en primera instancia, señalando de manera específica cuál es el precepto que se considera vulnerado y por qué motivo⁷¹⁷. Además, es muy importante que el recurrente acredite haber denunciado oportunamente la infracción en primera instancia, si hubo oportunidad procesal para ello (arts. 459 y 460.2.1º LEC)⁷¹⁸.

En este sentido, la parte perjudicada podrá recurrir en apelación tanto si se excluyó la prueba por considerarla ilícita el juez de instancia, como si se practicó y valoró la misma tras haberse desestimado la alegación de ilicitud⁷¹⁹. En otras palabras, es posible que el recurso se plantee en uno de dos sentidos:

⁷¹⁷ GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...,” cit., vol. I, p. 1028. En este sentido, explica la Audiencia Provincial de Málaga que “en el recurso de apelación puede invocarse la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, debiendo citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso la indefensión sufrida; asimismo deberá acreditar el apelante que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello” (SAP de Málaga, sección 5ª, 27/2009 de 29 de enero [JUR\2009\225933]).

⁷¹⁸ Sobre este particular véase la SAP de Málaga, sección 5ª, 27/2009 de 29 de enero (JUR\2009\225933); SAP de Málaga, sección 6ª, 470/2007 de 13 de septiembre (JUR 2008\35749); SAP de Barcelona, sección 18ª, 744/2004 de 28 de octubre (JUR\2004\306474); SAP de Madrid, Sección 20ª, 147/2013 de 15 de marzo (JUR 2013\173569); SAP de Madrid, sección 14ª, 23/2013 de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013\67990). Además, se pronuncian sobre este aspecto RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “La impugnación de la prueba ilícita...”, cit., p. 39; MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la Prueba Ilícita,” cit., p. 47; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 410; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1343.

⁷¹⁹ VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 411; BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 162; ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 126; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, cit., t. II., p. 1343; BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 106. Este último autor explica la situación de la siguiente forma: “En el recurso de apelación podrá alegarse sobre la licitud de la prueba tanto si por considerarse ilícita no llegó a practicarse, como si se practicó por considerarse lícita y ello, tanto si llegó a valorarse en la sentencia por considerarse lícita, como si no llegó a valorarse por lo contrario. Y en el caso de que no hubiera llegado a practicarse por considerarla ilícita, estimo que podría proponerse de nuevo su práctica (...). Mientras que en el caso en que la prueba hubiera llegado a practicarse, mas no fuera finalmente valorada por considerarla ilícita, podrá solicitarse en apelación la revisión del juicio sobre la ilicitud, así como la valoración del material probatorio obrante en los autos, incluido el relativo a la prueba cuya ilicitud se discute”. Sin embargo, otros autores –con quienes estamos en desacuerdo sobre este punto– opinan que cuando se excluye una prueba ilícita, la parte que la había propuesto no puede recurrir la decisión judicial. En este sentido, MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 203; GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287...,” cit., vol. I, pp. 1028 y 1029.

- a) Cuando el juez excluyó una prueba por considerarla ilícita, la parte proponente (ahora recurrente) solicitará que la prueba sea practicada y valorada en apelación (art. 460.2.1º y 2º LEC).
- b) Cuando se practicó la prueba, porque el juez la consideró lícita, la parte que la había impugnado en instancia reiterará la denuncia de ilicitud en apelación, pidiendo nuevamente la exclusión de dicha prueba.

No obstante, es posible que la cuestión de la ilicitud probatoria no se haya podido suscitar en instancia y se trate de una nueva alegación a formular en apelación. Así sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en que el juez habiendo apreciado la ilicitud al momento de dictar sentencia hubiera excluido la prueba por iniciativa propia, sin dar audiencia a las partes.

De acuerdo con el artículo 460.3 LEC, el recurso de apelación permite al demandado rebelde realizar la aportación de pruebas que no pudo formular en instancia cuando “por cualquier causa que no se sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba”. Esta nueva aportación de prueba podría generar alguna cuestión de ilicitud, ya sea porque el rebelde proponga una prueba ilícita (y ésta sea impugnada), o bien porque él solicite la exclusión de alguna otra prueba que se haya practicado en instancia. Con relación a este último caso, y por analogía con la facultad que se le concede para proponer pruebas en apelación, creemos que también se le debería permitir al rebelde impugnar las pruebas ilícitas que se hayan practicado en instancia, siempre y cuando le hubiera sido imposible denunciarlas anteriormente.

Por otra parte, cuando en apelación se practique una prueba que había sido inadmitida o excluida en instancia, o bien se decida practicar nuevas pruebas sobre la ilicitud, deberá hacerse conforme a lo estipulado en el artículo 460 LEC. Estas nuevas pruebas estarán sujetas a un juicio de admisibilidad, que será realizado por el tribunal *ad quem* (art. 464.1 LEC). Una vez admitidas, se practicarán en una vista que sigue la estructura del juicio verbal.

Aprovechamos para destacar la importancia que en esta segunda instancia tiene el criterio de la *relevancia* de la prueba. En este sentido, las Audiencias Provinciales

suelen analizar formalmente la sentencia impugnada para determinar si la prueba ilícita ha sido relevante para la decisión del tribunal *a quo*. Si se estima que la prueba ilícita tiene trascendencia para el fallo, el tribunal de apelación procede a analizar el fondo de la cuestión de ilicitud. Al contrario, las Audiencias Provinciales parecen evadir el análisis de la ilicitud cuando consideran que la prueba impugnada es irrelevante para el fallo de primera instancia, dado que la resolución se fundamenta en otras pruebas lícitas⁷²⁰.

En todo caso, al reproducir en apelación la impugnación de la prueba ilícita, se tiene como objetivo la revocación de la sentencia de instancia, dictándose por el tribunal *ad quem* una nueva resolución que sea favorable al recurrente. Para estos efectos el tribunal de apelación deberá examinar las actuaciones realizadas en primera instancia, la valoración de la prueba y los fundamentos de la sentencia impugnada, además tomando en consideración la exclusión o la práctica de la prueba que se haya podido producir en apelación.

Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia, el recurrente solicitará que el tribunal *ad quem* revoque la sentencia y resuelva sobre la cuestión que fue objeto del proceso (art. 465.3 LEC)⁷²¹. Pero si la infracción no se hubiera cometido en la sentencia, sino que en una etapa anterior del proceso, y fuera causa de nulidad de las actuaciones, el tribunal de apelación declarará dicha nulidad mediante providencia y repondrá las actuaciones al estado en que se hallaban cuando se cometió la infracción (art. 465.4 LEC)⁷²². Sin embargo, no será necesario anular las

⁷²⁰ Sobre el análisis de la relevancia de la prueba ilícita: SAP de Madrid, sección 14ª, 23/2013 de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013\67990); SAP de Barcelona, sección 18ª, 192/2009 de 31 de marzo (JUR\2009\395293); SAP de Madrid, sección 20ª, 459/2009 de 24 de julio (JUR\2009\361380); SAP de Madrid, sección 10ª, 357/2008 de 13 de mayo (JUR 2008\233709); SAP de Almería, sección 1ª, 100/2006 de 5 de mayo (JUR\2006\272031).

⁷²¹ Así sucede cuando hay un error en la valoración de la prueba. Por ejemplo, si al dictar sentencia el juez de instancia otorgó valor a ciertos documentos que habían sido declarados ilícitos durante la vista. Al contrario, podría suceder también que al dictar la sentencia el juez excluyera, por considerarla ilícita, una prueba que fue admitida y practicada en el juicio.

⁷²² Por ejemplo, si se constata en apelación que una prueba que se practicó en juicio era ilícita y a su vez esta condición se transmitió a otras pruebas derivadas. Piénsese en un informe para cuya elaboración el perito se introdujo en una finca sin autorización del propietario, vulnerando así el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Además de la exclusión de los documentos (informe escrito y fotografías), el

actuaciones cuando éstas puedan ser subsanadas en apelación. No se trata aquí de subsanar las diligencias mediante las cuales se vulneró el derecho sustantivo al obtener la prueba –ya que, como se ha dicho, la prueba ilícita será en sí insubsanable–, sino de subsanar las actuaciones procesales de instancia relativas a la impugnación de la prueba ilícita. Estas últimas sí se podrán subsanar en apelación a través de la formulación de alegaciones y práctica de pruebas sobre la cuestión de ilicitud, o bien mediante la exclusión de la prueba ilícita o la práctica y valoración de la prueba lícita⁷²³.

Finalmente, aprovechamos para recordar el problema que puede surgir tras la reforma del artículo 455 LEC, dado que ahora no tienen acceso a apelación aquellos juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los tres mil euros⁷²⁴. Si se produce algún error judicial en este tipo de procedimientos en cuanto al tratamiento de las pruebas denunciadas por ilicitud, la parte perjudicada únicamente cuenta con la posibilidad de protestar la resolución en instancia. Si la prueba fuera indebidamente excluida, la parte proponente podría sufrir indefensión y los únicos medios que le restarían serían el incidente excepcional de nulidad de actuaciones (si es que las circunstancias del caso permiten su interposición) y el recurso de amparo (que difícilmente prosperará, mucho menos tratándose de un juicio de poca cuantía). En igual situación se encontraría aquella parte en cuyo perjuicio se valore una prueba ilícita y no pueda recurrir esta situación más allá de la simple protesta. Si bien el derecho al recurso en el proceso civil es más restringido que en el proceso penal y está limitado a aquellos casos en los que el legislador prevea un recurso, nos parece que en estas circunstancias

recurrente solicita que se excluyan la ratificación y las aclaraciones realizadas por el perito durante el juicio (SAP de Málaga, sección 6ª, 470/2007 de 13 de septiembre [JUR 2008\35749]). De forma similar, en la SAP de Burgos, sección 2ª, 446/2004 de 25 de octubre (TOL537.713); el recurrente impugna una prueba pericial ilícita y solicita que se ordene retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la infracción.

⁷²³ Así sucede en este caso: “Si bien es cierto que la cuestión planteada por el demandado al calificar de ilícita la prueba biológica aportada de contrario, debía haber sido resuelta en el acto de la vista tal y como prevé el artículo 287 de la LEC, y no en sentencia, no procede declarar la nulidad de actuaciones, por considerar que la infracción procesal cometida, puede ser subsanada en esta alzada, en la que el apelante ha tenido oportunidad de hacer valer sus argumentos para atacar la calificación ilícita de la prueba. Por otro lado, resultaría contrario al principio de economía procesal decretar la nulidad, en un caso como el de autos, en el que el propio apelante ha cumplimentado la prueba calificada de ilícita, como se verá” (SAP de Barcelona, sección 18ª, 192/2009 de 31 de marzo [JUR\2009\395293]).

⁷²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, “Auge, decadencia y actualidad del recurso de apelación civil”, en *Diario La Ley*, no. 8275, 2014, disponible en diariolaley.es; así como otros autores referidos en el Capítulo I.

la falta de apelación podría implicar una vulneración a las garantías procesales de tutela judicial efectiva, derecho de defensa y debido proceso.

C. TUTELA JUDICIAL EXTRAORDINARIA

En este apartado analizaremos la posibilidad de utilizar estos recursos para impugnar cuestiones relacionadas a la ilicitud probatoria. De antemano observamos que aunque la LEC regula la casación y el recurso extraordinario por infracción procesal como dos recursos independientes, la Disposición Final 16^a (DF 16^a) ha venido a vincularlos en la práctica⁷²⁵. Por ello es conveniente que analicemos ahora ambos medios de impugnación.

Al igual que sucede con la apelación, cuando una parte interpone uno de estos recursos extraordinarios puede solicitar que se excluya una prueba que considera ilícita y que no fue excluida en las instancias anteriores, o bien que se valore una prueba que fue excluida por considerarse ilícita sin serlo realmente. En ambos casos debe tratarse de pruebas relevantes cuya exclusión o valoración sea determinante para la resolución del caso. También es menester recordar que estos recursos extraordinarios procederán contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales⁷²⁶.

Ahora bien, faltaría definir si, tras la sentencia de segunda instancia, la parte afectada debe recurrir en Casación o si, al contrario debe interponer el recurso por infracción procesal. El cuestionamiento surge porque la prueba ilícita implica tanto la vulneración de un derecho fundamental sustantivo en el momento de su obtención, lo cual apuntaría hacia el recurso de casación, como la vulneración de garantías procesales (derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a la prueba, derecho de defensa e igualdad procesal), lo que daría paso al recurso por infracción procesal⁷²⁷. En este

⁷²⁵ De acuerdo con la DF 16^a, numeral 1, “en tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477”.

⁷²⁶ El Recurso Extraordinario por Infracción Procesal procederá además contra autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia.

⁷²⁷ Analiza ambas opciones BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 106-113. De acuerdo con este autor es importante distinguir según las fuentes de prueba se hayan obtenido de

sentido, algunos autores estiman que lo procedente es recurrir en casación por el derecho sustantivo que se vulneró al obtener la prueba ilícita⁷²⁸. No obstante, otros autores se han decantado por el recurso extraordinario por infracción procesal, ya que la cuestión de ilicitud probatoria infringe garantías procesales⁷²⁹.

A continuación analizaremos varias sentencias y autos del TS, que nos permitirán corroborar cuál es el tratamiento que se ha dado a las cuestiones de ilicitud probatoria al nivel de los recursos extraordinarios.

1. Recurso de casación

Como se ha dicho en el Capítulo I, el recurso de casación sirve para corregir la infracción de las normas materiales aplicables a la resolución del objeto del proceso (art. 477 LEC). Podrá interponerse este recurso contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia:

1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 CE;

forma privada (por particulares o profesionales de la investigación privada) o de manera oficial (mediante resolución judicial que lo autorizase). En el primer caso, la vulneración del derecho fundamental producida al obtener la prueba sería extraprocesal y la valoración de la prueba ilícita constituiría una lesión al derecho al proceso con todas las garantías. En cambio, en el segundo caso se produciría la vulneración del derecho sustantivo, imputable al órgano judicial, además de la infracción del derecho al proceso con todas las garantías.

⁷²⁸ De acuerdo con ASECIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. IV, p. 126, “cabe, en su caso, recurso de casación si se dan los supuestos previstos en el artículo 477 y con base en el artículo 5º LOPJ, dado que la infracción de derechos fundamentales que ocasiona la ilicitud de la una prueba nunca lo es con vulneración del artículo 24 CE, sino de cada uno de los derechos afectados”. También apoyan la interposición del recurso de casación MEDINA CEPERO, J.R., “La ilicitud de la prueba...”, cit., p. 203; CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil”, cit., p. 15; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba...*, cit., p. 226.

⁷²⁹ Explica MORENO CATENA, V., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., v. III, pp. 2233, que “la prueba ilícita (...) repercute siempre en el derecho fundamental al proceso justo o debido, teniendo siempre presente que la vulneración denunciada en el recurso extraordinario por infracción procesal no es directamente la violación que origina la prueba ilícita sino la violación que supone la utilización por el órgano jurisdiccional de tal prueba, admitiéndola entre los medios aptos para construir el juicio fáctico de la sentencia”. En sentido similar, MARTINEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita...”, cit., p. 25; BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil...*, cit., p. 162; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 515; VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita...”, cit., p. 411; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, cit., t. II, p. 1344.

2. Siempre que la cuantía del proceso exceda los 600.000 euros;
3. Cuando la cuantía sea inferior a los 600.000 euros, o si el proceso se ha tramitado por razón de la materia, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional⁷³⁰.

Dado que el recurso de casación se refiere a la aplicación de la norma material, no de la procesal, el TS ha expresado que “como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante el recurso de casación”⁷³¹. Por consiguiente, no se podría pedir a través de este recurso la corrección de cuestiones relacionadas a la ilicitud de la prueba⁷³².

⁷³⁰ Se entiende que existe interés casacional: a) Cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del TS; b) Cuando resuelva puntos sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o; c) Cuando aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor y sobre las que no haya doctrina jurisprudencial del TS (art. 477.3 LEC). Sobre estos aspectos véase el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala I del TS, de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los Recursos de Casación y Extraordinario por Infracción Procesal.

⁷³¹ Acuerdo de la Sala Primera del TS, de 4 de abril de 2006, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 4 de abril de 2006, referido a las “Alegaciones como motivo de los recursos extraordinarios. Cuestiones relativas a la integración del *factum*”.

⁷³² Tomemos como ejemplo el ATS, Sala Primera, de 19 de enero de 2010, recurso 1569/2008 (JUR 2010\49474), que inadmite un recurso de casación en el cual se alegaba, entre otros motivos, la ilicitud probatoria de unos documentos que vulneraban el derecho a la intimidad del recurrente y de terceras personas. El recurrente accedía a la vía casacional por motivo de la cuantía del proceso y fundamentó la ilicitud probatoria tanto en preceptos sustantivos (art. 18 CE, arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) como procesales (art. 24 CE y art. 277 LEC). Ante esta tentativa, el TS respondió de la siguiente forma:

“El recurso incurre, en relación con los motivos segundo y cuarto del escrito de interposición, en la causa de inadmisión de plantear en fase de interposición cuestiones que exceden del ámbito del recurso de casación (art. 483.2. 2º, en relación con el art. 477.1), en cuanto suscitado en ambos motivos la incorrecta aplicación de las normas sobre carga probatoria por la resolución recurrida (motivo segundo), así como la indebida admisión de documentos (motivo cuarto), tales cuestiones tienen una naturaleza claramente adjetiva, excediendo del ámbito del recurso de casación y para cuya denuncia ha de acudir al recurso extraordinario por infracción procesal. A este respecto es preciso significar que el objeto del proceso al que alude el art. 477.1 LEC 2000 ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes (...), como expresa el preámbulo, estando el recurso de casación limitado a la ‘revisión de infracciones de Derecho sustantivo’, señalándose explícitamente en el apartado XIV de la Exposición de Motivos que ‘las infracciones de leyes procesales’ quedan fuera de la casación. El sistema de recursos de la nueva LEC 2000 no es, en absoluto, coincidente con la distinción entre ‘infracción de ley’ y ‘quebrantamiento de las formas esenciales del juicio’, establecida inicialmente en la LEC de 1881, no

Con relación al primer motivo (art. 477.2.1º LEC), el TS ha indicado que la sentencia recurrida debe haberse dictado en un juicio que tenga como objeto específico el ejercicio de una acción para la tutela judicial civil de derechos fundamentales (art. 249.1.2º LEC), quedando excluidas aquellas sentencias dictadas en procesos que tengan un objeto distinto, aun cuando en éstos se hubiera vulnerado un derecho fundamental sustantivo⁷³³. Encontramos un ejemplo de este supuesto en la STS, Sala Primera, 524/2011 de 13 de julio (RJ 2011\5975), que resuelve un caso en el cual una organización empresarial demandaba a un periodista por considerar que éste había vulnerado su derecho a la intimidad y al honor. En este recurso se alegó, entre otras

pudiendo limitarse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios ‘in procedendo’ y atribuir el control de los vicios ‘in iudicando’ al recurso de casación, pues el ámbito jurídico material al que se circunscribe este último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se limita a las que enumera el art. 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de modo que los aspectos atinentes a la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos, en cuanto resultante de la aplicación de esas reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de la actividad probatoria, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, sin que pueda eludirse el nuevo sistema de recursos y la regla 2ª del apartado uno de la Disposición Final decimosexta de la LEC 2000 por la vía de denunciar infracciones procesales a través del recurso de casación, tal y como se ha señalado de forma reiterada por esta Sala, entre otros, en Autos de fechas 27 de marzo de 2007, recurso 1431/2004, 3 de mayo de 2007, recurso 2037/2004 y 10 de julio de 2007, recurso 2264/2005”.

⁷³³ Véase BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 109; quien a la vez refiere los AATS, Sala Primera, de 5 de febrero de 2008; de 24 de enero de 2006; y de 28 de marzo de 2006.

Un caso de este tipo es resuelto en la STS, Sala Primera, 169/2006, de 23 de febrero (RJ 2006\835). El litigio inició como una separación conyugal en la cual el juez de primera instancia inadmitió como prueba unos diarios personales por considerar que se vulneraba el derecho a la intimidad. No obstante, en fase de ejecución el marido volvió a presentarlos como prueba contra la mujer, divulgando así el contenido de los diarios. Posteriormente, la mujer interpuso demanda para la tutela de su derecho al honor y la intimidad, que fue estimada en primera instancia. El marido recurrió en apelación y posteriormente en casación. Dicha casación se fundamentaba en el artículo 477.2.1º LEC y en la vulneración del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor. Como vemos, se trata de un proceso para la tutela civil de derechos fundamentales y el recurso de casación se fundamenta en una norma sustantiva. Ha de observarse que los diarios constituían prueba ilícita en el primer proceso (de separación conyugal), pero en el segundo litigio (para la tutela del derecho al honor y la intimidad) la vulneración que generó la prueba ilícita es más bien el objeto del proceso. En este sentido, la resolución de la casación tuvo repercusión en la indemnización que el marido debía pagar a la mujer, pero no sobre la eficacia de la prueba ilícita (los diarios) en el primer proceso.

cosas, la obtención ilícita de una prueba documental⁷³⁴. En cuanto a las facultades del tribunal de casación para revisar la valoración de los hechos y la prueba, la sentencia señala que:

“Este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión, pues (a) el objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad; (b) en el recurso de casación no pueden combatirse de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta Sala (SSTS 5 de abril de 1999, 15 de abril de 1999, 11 de mayo de 2005, 12 de mayo de 2005, 30 de junio de 2005, 30 de abril de 2008 RC n.º 349/2001, 1 de abril de 2009, RC n.º 1056/2004, 1 de abril de 2009, RC n.º 1056/2004, 4 de febrero de 2009, RC n.º 1188/2006); (c) el error en la valoración de la prueba únicamente puede plantearse ante el Tribunal Supremo con arreglo al régimen procesal vigente por los estrechos cauces que permite la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando la valoración efectuada por el tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable, pues esto comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE”.

Por otro lado, fundamentar la casación en el segundo o en el tercer motivo del artículo 477.2 LEC, tampoco permitiría impugnar una cuestión de ilicitud probatoria. El

⁷³⁴ El motivo tercero de casación se fundaba, en síntesis, en que: (a) la prueba practicada era ilícita, pues los datos de carácter asociativo sindical son ficheros de titularidad privada a los que no se puede tener acceso sin el consentimiento de las personas que contribuyeron a su contenido y, además, la intromisión afectaba también a la libertad sindical empresarial; (b) sería aplicable el artículo 7.2 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la protección de datos de carácter personal. Sobre estos puntos estableció el Tribunal que “en el supuesto que nos ocupa no está en juego el derecho a la intimidad de la organización empresarial, pues la información del artículo cuestionado sobre el pago de las cuotas de afiliación a la CEOE, podría afectar en principio a su reputación, pero no afectaría su intimidad de la que se despojó según la sentencia recurrida en la demanda al referirse a sus relaciones con la CEOE”. Por otro lado, “tampoco desde la perspectiva de la infracción del artículo 7.2 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la protección de datos de carácter personal, puede considerarse que se haya producido una intromisión en el derecho a la intimidad, pues la referencia en el artículo cuestionado a que no paga las cuotas de afiliación a la CEOE desde hace años, no debe considerarse un dato de carácter personal, en el sentido al que se refiere el artículo 7.2 de la LO 15/1999, citado como infringido en el motivo tercero de su recurso de casación que se refiere a aquellos datos que revelen la ideología, la afiliación sindical, la religión o las creencias: En definitiva, la alusión al pago de las cuotas no es un dato de carácter personal y por ello digno de especial protección”. El recurso de casación fue finalmente desestimado.

criterio de la sustantividad del objeto de la casación será igualmente aplicable en estos casos. En este sentido, la jurisprudencia del TS ha indicado que cuando el recurso se fundamente en la existencia de interés casacional, éste debe referirse a un aspecto de derecho sustantivo, no procesal. De acuerdo con el TS:

“[El recurso de casación] está circunscrito al control de la interpretación y aplicación del derecho material, y, por ello, el ‘interés casacional’ nunca puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a ‘cuestiones procesales’, razón por la que no cabe invocar preceptos procesales para fundar el interés casacional, ya que éste, en todo caso, debe venir referido a cuestiones sustantivas y no procesales” (STS, Sala Primera, 43/2013 de 6 de febrero [RJ\2013\2003]).

Estas razones nos conducen a la utilización del recurso extraordinario por infracción procesal, si lo que se desea recurrir es una actuación procesal referida a la prueba ilícita (admisión o inadmisión de la prueba, errónea sustanciación de su exclusión, práctica de una prueba que había sido excluida, errores de valoración de la prueba, exclusión sorpresiva de la prueba, vulneración de garantías procesales, etc.).

2. Recurso extraordinario por infracción procesal

Este es el medio que se ha venido utilizando para impugnar las sentencias de segunda instancia por motivos de ilicitud probatoria. A través del recurso por infracción procesal, se solicita la anulación de la resolución que le es desfavorable, reponiéndose las actuaciones al estado en que se hallaban antes de que ocurriera la infracción. De acuerdo con el artículo 469.1 LEC, la interposición del recurso podrá fundamentarse en las siguientes causas:

1. Infracción de las normas sobre la jurisdicción y competencia objetiva o funcional;
2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia;
3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión;
4. Vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE.

Así, cuando se recurra en relación a una ilicitud probatoria, el recurso podrá basarse en uno o varios de los últimos tres motivos enunciados, dependiendo de cuál se

ajuste mejor a los hechos o actos recurridos⁷³⁵. Analicemos entonces los distintos motivos que dan paso a este recurso.

El motivo enunciado en el artículo 469.1.2º LEC se refiere a las normas procesales reguladoras de la sentencia. En este sentido, la ilicitud probatoria podría relacionarse, por ejemplo, con las normas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC), o las que se refieren a la exhaustividad, congruencia y motivación de la sentencia (art. 218 LEC). En todo caso, el recurrente deberá justificar la relación que existe entre la prueba ilícita y la infracción cometida en la sentencia⁷³⁶. De acuerdo con el TS, la revisión de cuestiones relativas a la prueba, en cuanto a la integración de los hechos probados, solo se podrá hacer de forma excepcional⁷³⁷.

El motivo del numeral 3º, en cambio, se refiere a las infracciones ocurridas durante el proceso (antes de dictarse la sentencia), siempre y cuando éstas puedan producir la nulidad de las actuaciones o hayan generado indefensión al recurrente. Por tanto, sería necesario que el recurrente alegara y demostrara que la exclusión o la valoración de la prueba ilícita ha generado alguna de estas dos situaciones. Siguiendo la doctrina del TC, el TS también exige que la indefensión sea relevante e imputable al órgano judicial. Así por ejemplo, la STS, Sala Primera, 659/2010, de 28 de octubre (RJ 2010\7614), analiza el caso de un individuo que, tras haber tenido un accidente vehicular,

⁷³⁵ Excluimos de nuestro análisis el primer motivo, referido a las normas sobre jurisdicción y competencia, porque consideramos que no guarda relación con la ilicitud de la prueba.

⁷³⁶ Véase la STS, Sala Primera, 278/2011, de 28 de abril (RJ 2011\3722), en cuanto analiza la ilicitud de ciertas cartas privadas que sustrajo una de las partes. Indica la resolución que: “En el primer submotivo, la sentencia recurrida infringe las normas procesales de regulación de la sentencia, por vulnerar el art. 218.2 LEC, en relación con el Art. 11.1 LOPJ, en cuanto que impide valorar la prueba obtenida ilícitamente, ya que la demandante la obtuvo de forma que lesionaba los derechos fundamentales de los recurrentes; se trataba de una correspondencia privada (...). La utilización de esta correspondencia que a pesar de haber sido obtenida de forma ilícita, ha sido valorada por la juzgadora, contamina el fallo de la sentencia recurrida y por ello debe ser revocada”. No obstante, a pesar de que la prueba era ilícita y de que fue indebidamente valorada, este recurso se desestimó por no cumplir los requisitos del art. 469.2 LEC, según veremos más adelante.

⁷³⁷ “Como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante recurso de casación y sólo excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en una amplia interpretación del art. 469.1, en cuanto el ordinal 2º del referido precepto puede amparar la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, considerando norma reguladora de la sentencia el art. 217 LEC, dado su contenido y al estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe ‘de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos’” (Acuerdo de la Sala Primera del TS, de 4 de abril de 2006, anteriormente citado).

requirió cierto pago a su compañía aseguradora. La demandada aportó un informe de detectives (obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio) sobre las secuelas que sufría el demandante tras el accidente. El TS determinó que:

“Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (...) declara que sólo es constitucionalmente relevante la indefensión imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, quedando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (SSTC 5/2004, de 16 de enero y 160/2009, de 29 junio). El motivo previsto en el artículo 469.1.3º LEC, que es en el que tiene su encaje la infracción planteada por el recurrente, exige que la infracción denunciada determine la nulidad conforme a la Ley o produzca indefensión a la parte. La alegación de indefensión exige que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas STC 157/2000, de 12 de junio); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar la influencia de la irregularidad procesal alegada en la decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre)”.

El 4º motivo del recurso por infracción procesal constituye el cauce normal a través de cual se impugna la ilicitud de la prueba, ya que se refiere a la vulneración de las garantías procesales consignadas en el artículo 24 CE. Dado que la prueba ilícita puede vulnerar distintos derechos procesales, es importante que el recurrente fundamente el recurso adecuadamente e indique de forma concreta cuáles son las garantías del artículo 24 CE que se han infringido y por qué. Al respecto, la STS, Sala Primera, 175/2010, de 8 de abril (RJ 2010\3529), formula el siguiente análisis:

“En el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal [las empresas recurrentes] denuncian la infracción del artículo 24 de la Constitución Española. Consecuencia que derivan de haberse grabado las imágenes de sus empleados, mediante cámaras ocultas, con violación de derechos fundamentales. Aunque no lo expresen, hacen las recurrentes una llamada al artículo 11, apartado 1, de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que niega efecto a las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, y al artículo 283, apartado 3, en relación con el 287, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, respectivamente, impiden admitir como prueba cualquier actividad prohibida por la norma legal y contemplan la posibilidad de que, además de las partes, suscite cuestión sobre la ilicitud de la prueba el propio Tribunal, de oficio. La sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, puso de manifiesto que una decisión judicial

basada en material probatorio obtenido ilícitamente puede afectar al derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española. Pero, en todo caso, no deja de ser significativo que las recurrentes no identifiquen con claridad, salvo esa referencia al artículo 24, los derechos fundamentales que han podido resultar lesionados con la captación de la imagen de sus empleados, mediante cámara oculta y mientras se hallaban en los respectivos despachos. Así, al fundamentar con argumentos generales el motivo, se refirieron al honor, la inviolabilidad del domicilio y la intimidad y, al sintetizar tal argumentación, se limitaron a señalar que ‘la grabación fue efectuada en lugar privado y, consiguientemente, es ilícita’”.

Por otra parte, el TS ha indicado que la alegación de vulneraciones del artículo 24 CE no puede comportar la revisión general de los hechos que fundamentan la sentencia, es decir, que no se puede convertir al recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia. Así, el Tribunal podrá conocer las cuestiones relativas a los hechos solo cuando exista un error patente o notorio en la valoración de la prueba, o cuando se haya realizado una interpretación ilógica o irrazonable de los medios probatorios⁷³⁸. Como ejemplo podemos referir la STS, Sala Primera, 839/2009, de 29 de diciembre (RJ 2010\406). En este caso los actores eran dos arquitectos que demandaron a una empresa para el pago de sus honorarios. La empresa alegaba que el documento de justificación de los honorarios reclamados había sido obtenido e introducido al proceso violando sus derechos a la tutela judicial efectiva y la proscripción de indefensión. El motivo fue desestimado.

“La sentencia de 15 junio 2009 (Rec. 1623/2004), seguida por las de 2 julio 2009 (Rec. 767/2005) y 30 septiembre 2009 (Rec. 636/2005) proclama que la revisión de la valoración probatoria ‘no es admisible ante este Tribunal ni siquiera bajo el subterfugio de citar el artículo 120 de la Constitución Española relativo a la motivación de la sentencia. El artículo 469 de aquella ley [LEC] enumera como *numerus clausus* los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número

⁷³⁸ Según el Acuerdo de la Sala Primera del TS, de 4 de abril de 2006. Al respecto comenta BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., p. 112; que “la valoración de la prueba ilícita puede subsumirse con facilidad en el supuesto de valoración ilógica o irrazonable de los medios de prueba, pues si las normas legales (arts. 11 LOPJ y 287 LEC) y un derecho fundamental (derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE) prohíben la valoración de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, la eventual valoración de la misma no podría calificarse sino de ilógica e irrazonable”.

cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia'. No cabe a través del recurso extraordinario pretender una revisión general de lo resuelto mediante una nueva valoración del material probatorio, porque, caso de permitirse la denuncia de infracciones de esta índole, se convertiría el recurso de casación en una tercera instancia contrariando la función y naturaleza del mismo. Así lo viene reiterando la jurisprudencia de esta Sala de modo pacífico, pudiendo citarse al respecto las sentencias de 21 y 22 de septiembre y 27 de octubre de 2005; 16 y 21 de noviembre y 29 de diciembre de 2006, 23 de noviembre de 2007 y 10 de diciembre de 2008".

Por otro lado, es sumamente importante que la infracción recurrida se haya denunciado en instancia (y si ocurrió en primera instancia, que se haya reiterado la impugnación en apelación). Además, "si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas" (art. 469.2 LEC)⁷³⁹. El recurrente debe ser cauteloso con el cumplimiento de este requisito ya que, si no impugnó en primera y segunda instancia la prueba ilícita, no se le permitirá hacerlo en el recurso por infracción procesal, aun cuando el TS aprecie que la prueba realmente vulneraba un derecho fundamental⁷⁴⁰.

⁷³⁹ En palabras del Tribunal Supremo: "El artículo 469.2 LEC establece un presupuesto para la viabilidad del recurso que exige que la actuación de la parte haya sido diligente en las instancias, reaccionando frente a las infracciones procesales padecidas o frente a la vulneración del artículo 24 CE en que hayan podido incurrir los órganos de instancia. La observancia de este requisito requiere que la denuncia en las instancias sea la adecuada, por lo que debe ajustarse a las normas que sean de aplicación a la cuestión procesal concreta que se suscite. Es decir, ha de ser temporánea y ha de respetar el sistema de recursos establecido por la Ley" (STS, Sala Primera, 659/2010, de 28 de octubre [RJ 2010\7614]).

⁷⁴⁰ Así sucede, por ejemplo, en la STS, Sala Primera, 278/2011, de 28 de abril (RJ 2011\3722). "Según los recurrentes, estas pruebas se impugnaron de forma general al responder a la demanda, tanto en la contestación, como en el recurso de apelación de la demandante, en que se alegó el art. 11.1 LOPJ (...). La regla debe completarse con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil en relación a la ilicitud de la prueba. El art. 287 LEC establece un incidente procesal para que quien sostiene la ilicitud de las pruebas aportadas al proceso y admitidas, lo ponga de manifiesto a los efectos de evitar que tales pruebas figuren entre los documentos". Más adelante expresa la sentencia:

"1º Los recurrentes no reaccionaron correctamente en el momento adecuado, según la ley procesal, puesto que no utilizaron en ningún momento el incidente previsto en el art. 287 LEC. No es suficiente la oposición general formulada en la contestación a la demanda (...). Esa genérica oposición no siguió las reglas contenidas en el art. 287 LEC (STS 28 octubre 2010 RC nº 2268/2006), puesto que debía iniciar el

Ahora bien, de acuerdo con la DF 16ª LEC, se podrá formular el recurso por infracción procesal de manera autónoma frente a las resoluciones recurribles en casación a las que se refieren los números 1º y 2º del artículo 477.2 LEC (procesos que tengan por objeto la tutela de derechos fundamentales sustantivos y procesos cuya cuantía supere los 600.000 euros). En los demás casos –que serán la mayoría– podrá interponerse el recurso por los motivos previstos en el artículo 469 LEC, pero únicamente respecto de las resoluciones que sean susceptibles de casación conforme al artículo 477 LEC (procesos tramitados por razón de materia o por cuantía inferior a 600.000 euros, cuando presenten interés casacional). En este sentido, al tramitarse conjuntamente el recurso por infracción procesal y el recurso de casación, el TS examinará primero si la resolución recurrida es susceptible de casación. Si el recurso de casación fuera admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso por infracción procesal (DF 16ª LEC, numeral 1.5ª). Al contrario, si el TS determina que no cabe interponer casación, acordará también la inadmisión del otro recurso⁷⁴¹.

incidente cuando se admitieron las pruebas a las que ahora se refiere”.

“2º El art. 469.2 LEC establece que (...). De ahí debe entenderse que poniendo en relación los arts. 287 y 469.2 LEC, como la carga de acreditar la ilicitud de la prueba corresponde a quien la sostiene, a quien la ley obliga a ponerlo de manifiesto inmediatamente después de su admisión, y a recurrir en reposición contra la decisión que resuelva el incidente, el incumplimiento de este requisito ha de valorarse a los efectos del art. 469.2 LEC como un presupuesto de inviabilidad del recurso por infracción procesal. Por ello no puede fundarse el recurso en este caso en el art. 218.2 LEC”.

“5º Como se ha dicho y por los argumentos utilizados, no es posible aceptar la infracción alegada del art. 218.2 LEC, ni el art. 11.1 LOPJ”.

⁷⁴¹ Para ilustrar esta situación acudimos al ATS, Sala Primera, de 3 de noviembre de 2009, rec. 552/2009, (JUR 2009\467324) en el cual se inadmite el recurso de casación y consecuentemente el recurso por infracción procesal, ambos interpuestos frente a una situación de ilicitud probatoria. Al tratarse el caso de un proceso de divorcio (determinado por razón de materia), se accedía a la casación por vía del artículo 477.2.3º, debiendo justificarse el interés casacional de la resolución. La fundamentación sustantiva del recurso de casación se refería a la vulneración de los artículos 14 y 18 CE, así como de varias sentencias sobre la prueba ilícita. El recurso procesal, en cambio, se basaba en la infracción de los artículos 283 y 287 LEC. La casación fue inadmitida porque el recurrente no fundamentó adecuadamente la existencia del interés casacional y, por tanto, el otro recurso también fue inadmitido. El auto se pronuncia en los siguientes términos:

“Finalmente, tampoco puede admitirse el recurso de casación (...), porque no queda debidamente acreditada la contradicción *jurisprudencial* de las diversas doctrinas que se alegan, en tanto que ello exige un criterio jurídico plasmado en dos Sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma

En los casos que el recurso por infracción procesal se interponga conjuntamente con la casación, el recurrente deberá justificar la existencia de interés casacional de acuerdo al artículo 477 LEC, numerales 2.3º y 3. Para ello tendrá que identificar de forma concreta la doctrina jurídica contradictoria, ya sea que la oposición se dé entre diferentes secciones de una misma Audiencia Provincial, o entre distintas Audiencias Provinciales. Será necesario citar al menos dos sentencias para cada una de las posturas antagónicas, indicando la parte específica de la resolución que interesa a efectos de la casación. Así mismo, cuando se trate de sentencias que se opongan a la jurisprudencia del TS, el recurrente deberá señalar concretamente las resoluciones de las Audiencias Provinciales y las TS, analizando la doctrina que expone cada una de ellas y explicando en qué puntos se contradicen.

Entonces, resulta que en la mayoría de los casos cuando una parte acuda al recurso por infracción procesal por motivos de ilicitud probatoria deberá formular también el recurso de casación. Este punto nos parece particularmente problemático dado que los motivos que justifican el recurso son puramente procesales, mientras que el interés casacional se basa en cuestiones sustantivas. Así nos encontramos con supuestos en los que el recurrente hace todo lo posible para justificar ambas dimensiones –la procesal y la sustantiva– de sus recursos extraordinarios, pero el TS le responde que:

cuestión de derecho- recogido en otras dos Sentencias de diferente Audiencia o Sección (...). La parte recurrente no ha acreditado (...) el presupuesto que condiciona la presencia del ‘interés casacional’, que constituye un presupuesto de recurribilidad cuando se pretende el acceso a los recursos extraordinarios por el cauce del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000, y ello por cuanto, si bien se cita un gran número de sentencias de varias Audiencias Provinciales, no las opone a otras dos al menos de otra Audiencia o Sección que mantengan el criterio antagónico, sino que se mencionan todas seguidas y sin entresacar la doctrina jurisprudencial que se pretende reseñar. Por ello, en definitiva, no se llegan a identificar dos Sentencias de un mismo tribunal, contrapuestas a otras dos de distinto órgano de apelación. Entender otra cosa sería convertir en mero formulismo y formalismo el ‘interés casacional’, desnaturalizando su condición de requisito esencial, objetivizado en la ley y trascendente a las partes (...).”

“La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el *recurso extraordinario por infracción procesal* interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000. Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición Final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000”.

“Como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante recurso de casación y sólo excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal”⁷⁴².

Pero además y sobre todo, razona la Sala Primera del TS que:

“[El recurso de casación está limitado] a la ‘revisión de infracciones de Derecho sustantivo’, señalándose explícitamente en el apartado XIV de la Exposición de Motivos que ‘las infracciones de leyes procesales’ quedan fuera de la casación, cuestiones procesales que han de ser entendidas en un sentido amplio, que no se limita a las que enumera el art. 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarca también la infracción de normas relativas a cuestiones probatorias, dejando el recurso de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados. Estos criterios se han recogido ya en numerosos Autos de esta Sala de fechas 27 de marzo de 2007, recurso 1431/2004, 3 de mayo de 2007, recurso 2037/2004 y 10 de julio de 2007, recurso 2264/2005, entre otros y en aplicación de tales criterios el recurso de casación (...).”

“Además, se hace preciso señalar que la ley adjetiva es de naturaleza meramente instrumental, por ello se limita a establecer los cauces para la denuncia de la infracción de normas sustantivas, uno de ellos es precisamente el recurso de casación, cuyo ámbito, como antes se dijo, está circunscrito al control de la interpretación y aplicación del derecho material, y, por ello, *el ‘interés casacional’ nunca puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a ‘cuestiones procesales’*, razón por la que no cabe invocar preceptos procesales para fundar el interés casacional, ya que éste, en todo caso, debe venir referido a cuestiones sustantivas y no procesales” (ATS, Sala Primera, de 3 de noviembre de 2009, rec. 552/2009 [JUR 2009\467324])⁷⁴³.

En este sentido, el recurrente que quiera impugnar una cuestión de ilicitud probatoria a través del recurso por infracción procesal, tendrá que articular una base sustantiva para su recurso para justificar el interés casacional. Esto es más sencillo cuando la impugnación se realiza por varios motivos, procesales y sustantivos, pero ¿qué sucederá cuando el único motivo de recurrir sea la prueba ilícita? ¿Se perderá el recurso porque la ilicitud es una cuestión meramente procesal o es posible articular un trasfondo sustancial que fundamente la casación? A estas interrogantes no podemos dar una respuesta unívoca o concluyente, sino que solo podemos responder que “depende

⁷⁴² Acuerdo de la Sala Primera del TS, de 4 de abril de 2006, anteriormente citado.

⁷⁴³ La cursiva es nuestra.

del caso”. Si bien es cierto que la mayoría de las pruebas ilícitas nacen porque en su obtención se vulneró un derecho sustantivo, es posible que su impugnación se haya realizado en las distintas instancias a través de cauces procesales, es decir, mediante los artículos 283 y 287 LEC, invocando la vulneración de las garantías del artículo 24 CE (derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho al proceso con todas las garantías o principio de igualdad procesal). Si fuera así, la parte habría denunciado estos aspectos en instancia y en apelación, actuando diligentemente de acuerdo con los cauces legalmente establecidos; pero al momento de interponer el recurso por infracción procesal y la casación conjunta, carecería de motivos para justificar la casación si no ha venido impugnando también la vulneración del derecho fundamental sustantivo o si, habiéndolo hecho, esta situación no presenta interés casacional conforme al artículo 477.3 LEC.

El problema es grave ya que en estos casos la vinculación de los dos recursos provoca que el recurrente quede privado del recurso por infracción procesal (al cual, en principio, tiene derecho según la LEC) porque no puede justificar la existencia de un interés casacional sustantivo. La Disposición Final 16^a, que el legislador había previsto como algo temporal, realmente se ha venido a convertir en la norma aplicable durante más de una década de vigencia. Aun cuando se han realizado varias reformas a la LEC y a la LOPJ, el régimen de los recursos extraordinarios no se ha cambiado en cuanto a la vinculación que existe entre estos recursos. Por otra parte, los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera del TS y su jurisprudencia continúan restringiendo aún más el ámbito del recurso por infracción procesal.

Con todo esto, la impugnación de la infracción procesal se ha convertido en un recurso extra-extraordinario, lo cual consideramos que merma las garantías procesales de las partes que legalmente y por el derecho a la tutela judicial efectiva deberían tener acceso a este recurso. Habría que plantearse la urgencia de una reforma legal que no esté orientada a descongestionar la carga del TS, sino más bien a proteger las garantías de los ciudadanos, respetando la autonomía del recurso extraordinario por infracción procesal y de la casación⁷⁴⁴. O bien quizás, vista la situación actual, sería más eficaz, a

⁷⁴⁴ Citamos a BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control...”, cit., pp. 115 y 116, que también critica este punto diciendo que “la regulación legal resulta sumamente criticable en lo que refiere a la posibilidad de control de la prueba ilícita mediante los recursos extraordinarios, especialmente como

efectos de ilicitud probatoria, tener una regulación de la casación conforme a los motivos que se exponían en la LEC de 1881, bajo la cual este recurso podía fundamentarse en cuestiones sustantivas y/o procesales⁷⁴⁵.

3. El incidente excepcional de nulidad de actuaciones

Regulado en los artículos 228 LEC y 241 LOPJ, permite solicitar la nulidad de una resolución firme cuando se haya vulnerado algún derecho fundamental, siempre y cuando el motivo no se hubiera podido alegar antes de que se dictara la sentencia que puso fin al proceso. En este sentido, son requisitos para la interposición de este incidente:

1. Haber sido parte del proceso, o haber debido serlo;
2. Que exista una resolución que ponga fin al proceso y que contra ella no quepa recurso alguno;
3. Que se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que podría ser tanto sustantivo como procesal;
4. Que la denuncia no se pudiera haber hecho antes de que se dictara la sentencia;
5. Que se interponga el escrito ante el órgano judicial que dictó la sentencia que adquirió firmeza;
6. Y que se solicite dentro del plazo establecido en la ley.

consecuencia de las restricciones a la autonomía del recurso extraordinario por infracción procesal establecidas en la disposición final decimosexta de la LEC, por la que se introduce el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios y que cercena notablemente la aptitud de este recurso extraordinario para controlar la vulneración de derechos fundamentales procesales previstos en el artículo 24 CE, entre ellos el derecho a un proceso con todas las garantías como efecto de la valoración de prueba ilícita, en contra de lo que en la redacción original se prevé en el artículo 469.1.4º LEC. Esta situación legal requiere una necesaria reforma, pues pugna frontalmente tanto con la prevalencia de los derechos fundamentales proclamada por la jurisprudencia constitucional, como con la voluntad del legislador procesal civil de establecer un régimen de recursos extraordinarios coherente con la misma, según se deduce tanto de la Exposición de Motivos como del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal establecido en el artículo 469.1.4º LEC”.

⁷⁴⁵ Así, por ejemplo, en la STS, Sala Primera, 286/2007 de 29 de marzo, se resuelve un recurso de casación en el cual el TS excluye una prueba ilícita que fue utilizada en un proceso civil, aplicando la LEC de 1881 y haciendo referencia los artículos 283 y 287 de la actual LEC; un caso particularmente interesante.

Con relación a este incidente deseamos hacer dos apreciaciones. En primer lugar, destaca su naturaleza subsidiaria y excepcional⁷⁴⁶. La misma Ley señala que “no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones” (arts. 228.1 LEC y 241.1 LOPJ), ya que la práctica usual es que, ante el acto viciado de nulidad, se promueva el recurso correspondiente (por ejemplo, la reposición de un auto y posteriormente la apelación de la sentencia de instancia). En este sentido, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones fue incorporado a la Ley para evitar la proliferación innecesaria de recursos de amparo por indefensión o, tras la reforma de 2007, por la vulneración de derechos fundamentales sustantivos y procesales⁷⁴⁷.

En segundo lugar, llama la atención se contemple este mecanismo como un “incidente”, no solamente en su nombre sino que también en su tramitación; sobre todo, porque su naturaleza y finalidad se asemejan más a las de los recursos mediante los cuales se impugna la cosa juzgada⁷⁴⁸. Han sostenido algunos autores que éste no se trata propiamente de un incidente porque no se desarrolla dentro de un proceso que está en trámite, pero al mismo tiempo indican que tampoco constituye un verdadero recurso,

⁷⁴⁶ Reforma llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Véase GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 68-83; así como LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada 2004, pp. 226-229. De acuerdo con la Sala Primera del TS, “la excepcionalidad con que se configura el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LOPJ, así como en la LEC 2000, conlleva un riguroso examen de los presupuestos a los que el referido precepto condiciona su admisibilidad e impune la perfecta delimitación de su ámbito, en evitación de que se articule una vía de impugnación alternativa al margen de los recursos ordinarios que procedan, o que se habilite un nuevo cauce impugnatorio...” (ATS, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2010).

⁷⁴⁷ De acuerdo con MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 508. Al respecto señalan SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil...*, cit., t. II, p. 736; que este incidente “respondía a la doctrina del Tribunal Constitucional (...) que había indicado que era necesario arbitrara algún medio o procedimiento en sede de jurisdicción ordinaria para hacer valer la nulidad de los actos procesales después de haber alcanzado la firmeza la resolución que puso fin al mismo, sin tener que acudir al recurso de amparo (...).”

⁷⁴⁸ Sobre este punto coincidimos con la opinión expresada por MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 509.

sino más bien una “acción autónoma de impugnación que da lugar a un nuevo proceso”⁷⁴⁹.

En cuanto a la impugnación de la ilicitud probatoria, estimamos que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede resultar especialmente valioso. En los recursos anteriores hemos referido vulneraciones que ocurren y se manifiestan durante el proceso, que son denunciadas por las partes pero que, no siendo tuteladas por el órgano *a quo*, continúan siendo reclamadas en segunda instancia y sucesivamente a través del recurso extraordinario por infracción procesal. En otras palabras, la parte perjudicada reclama constantemente la tutela de su derecho en una y otra instancia hasta conseguir un fallo que reconozca sus alegaciones y devuelva las actuaciones al estado previo a la vulneración, o modifique los términos en que se dictó la sentencia recurrida.

En cambio, con el incidente de nulidad debemos ubicarnos ante un supuesto distinto. Este medio protege más bien aquellas infracciones a derechos fundamentales cuando la actuación generadora de la nulidad no pudo haber sido denunciada antes de que la sentencia adquiriera firmeza. Claro está que, la parte que interponga el incidente deberá demostrar este extremo.

Por otro lado, es importante referir el cambio jurisprudencial que se dio a finales de 2013⁷⁵⁰. Hasta hace poco se exigía, por regla general, la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones como requisito para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo constitucional⁷⁵¹. Sin embargo, con la STC 216/2013, de 19 de

⁷⁴⁹ LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones...*, cit., p. 225 y 226. Apoya este punto de vista GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones...*, cit., pp. 54-64.

⁷⁵⁰ Véase GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 19 diciembre)”, en *Diario La Ley*, no. 8275, 2014.

⁷⁵¹ Este requisito lo determinó el mismo TC en su Auto 200/2010, de 21 de diciembre (RTC 2010\200 AUTO). Sobre este particular, indica el TC que el agotamiento de la vía judicial: “[Responde] a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (por todas, últimamente, SSTC 42/2010, de 26 de julio, 91/2010, de 15 de noviembre, y 12/2011, de 28 de febrero)” (STC 216/2013, de 19 de diciembre [RTC 2013\216]).

diciembre (RTC 2013\216) se revisó dicho aspecto. El TC hizo una distinción y estableció en qué casos era necesario interponer el incidente excepcional de nulidad previo al amparo, y en qué casos no.

Así, deberá solicitarse la nulidad previo al amparo “cuando la violación (...) del derecho fundamental cuya protección se impetra en amparo por la parte recurrente (...), tiene lugar en virtud de la última resolución que cierra la vía judicial y no antes”. Por el contrario, no será necesario interponer el incidente excepcional de nulidad cuando el objeto del proceso haya consistido en el estudio de la lesión directa del derecho, y el asunto se haya examinado y decidido ya en las instancias previas.

“[Dado que] el asunto pasó por tres instancias judiciales, en cada una de las cuales hubo ocasión de examinar las alegadas lesiones de derechos fundamentales y se decidió en consecuencia (...) no cabe sino concluir que el recurrente no estaba obligado a promover, además, el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ frente a la sentencia de casación impugnada (...) Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas (STC 182/2011, de 21 de noviembre, FJ 2.º)” (STC 216/2013, de 19 de diciembre [RTC 2013\216]).

En este sentido, cuando la ilicitud probatoria se haya venido discutiendo en las instancias previas, de manera que el o los órganos judiciales se han pronunciado ya al respecto, no habrá que pedir la nulidad excepcional antes de recurrir en amparo. Sin embargo, cuando la vulneración del derecho fundamental se produzca en la sentencia que adquiere firmeza, será necesario interponer el incidente excepcional de nulidad previo al amparo siempre y cuando se trate de una vulneración que no podría haberse denunciado durante el proceso. Este puede ser el caso cuando la exclusión o valoración de una prueba cuya licitud se haya cuestionado produzca en la sentencia la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, el derecho a la igualdad procesal, el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a la prueba.

D. TUTELA CONSTITUCIONAL

Como hemos referido en el Capítulo I, el amparo constitucional se encuentra regulado en los artículos 41 al 58 LOTC. De acuerdo con esta Ley, el recurso de

amparo es una protección frente a la vulneración de un derecho o libertad fundamental causada por un poder público (art. 41 LOTC).

En este sentido, cuando la ilicitud probatoria sea la causa que motiva el amparo, deberá recurrirse la resolución o las resoluciones judiciales que hayan vulnerado los derechos de la parte. Por lo general se tratará de la lesión de derechos fundamentales procesales, consignados en el artículo 24 CE. Así, el recurrente impugnará la decisión del órgano judicial que no resolvió correctamente la cuestión de ilicitud probatoria, alegando que con ello se violó su derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso con todas las garantías, a la igualdad procesal, a la prueba o a la defensa (según corresponda en el caso concreto)⁷⁵².

En sentido contrario, no podrá dirigirse el recurso de amparo directamente contra la persona que obtuvo la prueba ilícita vulnerando un derecho fundamental, cuando ésta sea un sujeto privado. Esto sucede, por ejemplo, cuando la prueba ha sido obtenida por la contraparte, por su abogado o por un detective privado al que ella contrató.

La demanda de amparo ha de exponer de forma clara y concisa los hechos que determinan la infracción alegada y también debe precisar cuáles son los preceptos constitucionales infringidos (art. 49.1 LOTC). Así mismo, el recurrente deberá justificar la especial trascendencia constitucional del recurso formulado⁷⁵³.

⁷⁵² Véase MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos...* (1ª ed.), cit., p. 1235; quienes indican que “para lograr que la violación de un derecho fundamental por un particular llegue al proceso de amparo constitucional el Tribunal de esta denominación ha tenido que desvirtuar el sentido del artículo 44 de su propia Ley Orgánica, y lo ha hecho para sostener que en estos casos la violación del derecho fundamental que se lleva al Tribunal Constitucional no es la producida por el particular, sino la producida por el tribunal ordinario en la sentencia en que no ampara al demandante de amparo judicial”.

⁷⁵³ De acuerdo con el TC, “hemos de recordar que la justificación [de la trascendencia constitucional] ‘se configura, no sólo como una carga procesal de la parte, sino también como un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo [RTC 2011, 69] , FJ 3). Su ausencia es insubsanable toda vez que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida

El artículo 44 LOTC enumera además otras exigencias específicas que deberán cumplir aquellos recursos de amparo que se formulen contra los actos u omisiones de los órganos judiciales⁷⁵⁴. Por un lado, el plazo para recurrir será de treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. Por otro lado, podrá interponerse el amparo siempre y cuando:

- a) *Se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.* Así, deberá haberse recurrido en reposición, apelación, recurso extraordinario por infracción procesal e incluso a través del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones (según los recursos que procedan en cada caso concreto, como explicamos *supra*). También será necesario que la parte recurrente haya interpuesto los recursos debidos en tiempo y forma, cumpliendo los requisitos procesales exigibles para cada uno de ellos⁷⁵⁵.

- b) *Que la violación del Derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión de órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC.* En este sentido, el TC no volverá a valorar la prueba ni conocerá los hechos que originaron el litigio, sino que se pronunciará solamente sobre la alegada infracción del derecho fundamental. De esta manera se protege la supletoriedad del recurso de

en el recurso de amparo' (STC 176/2012, de 15 de octubre [RTC 2012, 176], FJ 3). Asimismo, hemos de señalar que en la STC 155/2009, de 25 de junio (RTC 2009, 155), FJ 2 se identificaron, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos propiciadores de la apreciación de la especial trascendencia constitucional, sin perjuicio del perfil abierto de ese concepto, así como de los tres criterios que el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ofrece" (STC 212/2013, de 16 de diciembre [RTC\2013\212]).

⁷⁵⁴ MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, cit., pp. 37-47.

⁷⁵⁵ De acuerdo con CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIEDO, J. M., "Requisitos generales de admisión del recurso de amparo", en *Diario La Ley*, no. 7838, 2012, disponible en www.diariolaley.es; así como GONZÁLEZ RIVAS, J. J., "El recurso de amparo constitucional. Examen de los requisitos procesales en la aplicación de la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1-3, 2003, pp. 276 y 277.

amparo, que no puede convertirse en una tercera instancia⁷⁵⁶.

- c) *Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.* Según la jurisprudencia del TC, no se exige que se haya hecho en instancia una mención concreta y numérica del precepto constitucional vulnerado, sino que basta con que el hecho que originó la vulneración haya sido sometido al análisis de los órganos judiciales, “dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo”⁷⁵⁷.

Así por ejemplo, en la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994\7), se recurrió en amparo contra una sentencia del TS (Sala de lo Civil), que revocó otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se había declarado la paternidad del demandado. En esta sentencia, el TC se analiza la posibilidad de que un órgano judicial obligue a un sujeto a someterse a una prueba biológica de paternidad, sobre todo si con ello se puede lesionar los derechos a la intimidad y la integridad física de dicha persona⁷⁵⁸. Como se puede observar en este caso, el amparo no se interpuso contra las acciones u omisiones del demandado, sino contra las resoluciones de los órganos judiciales que habían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de la recurrente. Finalmente, el TC concedió el amparo y anuló la sentencia del TS, quedando así firme la sentencia de la Audiencia Provincial que declaraba la paternidad.

⁷⁵⁶ Entre otras, las SSTC 75/2006, de 13 de marzo (RTC 2006\75); 222/2001, de 5 de noviembre (RTC 2001\222); 120/1990, de 28 de junio (RTC 1990\120). Comentan al respecto GESTO ALONSO, B., “El derecho a los medios de prueba...”, cit., p. 3850-3853; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 146 y 147.

⁷⁵⁷ CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIEDO, J. M., “Requisitos generales de admisión...”, cit., p. 4. GONZÁLEZ RIVAS, J. J., “El recurso de amparo constitucional...”, cit., pp. 278 y 279. El TC ha expresado este criterio en la SSTC 16/2011, de 28 de febrero (RTC 2011\16); 167/2001, de 16 de julio (RTC 2001\167) y 205/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999\205), así como en los AATC 210/2009, de 6 de julio (RTC 2009\210 AUTO) y 276/2008, de 15 de septiembre (JUR 2008\350161).

⁷⁵⁸ Con relación a este particular, cabe aclarar que el problema sobre la prueba de paternidad en el proceso civil ya ha sido resuelto por el artículo 767.4 LEC. Sin embargo, al momento de dictarse esta sentencia estaba en vigencia la anterior LEC de 1881.

“Procede, pues, otorgar el amparo solicitado. Ahora bien, la necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones, tal como viene consagrado en el art. 24.2 CE aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental. Y es claro que este defecto se hace patente en la resolución del Tribunal Supremo impugnada. No así en la de la Audiencia Provincial de Madrid que, corrigiendo las infracciones constitucionales apreciadas en la Sentencia de instancia, utilizó medios válidos y antes empleados por el mismo Tribunal Supremo para salvaguardar los derechos del menor y de la madre. En concreto, considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante –que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto– contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho –la prueba de presunciones, ex art. 1.253 CC– la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado, dando, en el presente caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado” (STC 7/1994, de 17 de enero [RTC 1994\7]).

Este mecanismo que permite impugnar en amparo la ilicitud probatoria causada por particulares se aplicó más recientemente en la STC 212/2013, de 16 de diciembre (RTC\2013\212). Este caso, que proviene de la jurisdicción social, nos permite observar que el amparo se interpone contra la vulneración de derechos procesales causada por los órganos judiciales que conocieron el litigio, a pesar de que la ilicitud probatoria fuera generada originalmente por un sujeto privado. La sentencia trata un caso de despido improcedente en el que la demandante de amparo recurrió la sentencia del Juzgado de lo Social, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y el auto del TS que denegó la casación. En este caso se había utilizado como prueba un vídeo que, según la demandante, se había obtenido vulnerando su derecho a la intimidad y a la propia imagen.

“La parte demandante denuncia la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Dicha parte sostiene que la utilización como prueba de la grabación obtenida por la cámara de seguridad, a la sazón instalada en el habitáculo en que se hallaba el buzón que contenía la recaudación, vulneró el derecho a la intimidad de la declarante y el derecho a un proceso con todas las garantías, habida cuenta que dicha habitación era utilizada como vestuario por los trabajadores. Añade que la denegación, por parte de la juzgadora de instancia, de la reproducción de determinados pasajes del DVD incorporado a las actuaciones

vulneró el derecho de la demandante a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba para su defensa, puesto que, con tal denegación, se le impidió acreditar que la oficina donde estaba instalada la cámara de seguridad, era utilizada por los miembros del equipo gerencial para cambiarse de ropa. Por último, considera que inadmisión del interrogatorio de la demandante por parte de su Letrado, tras el interrogatorio efectuado por la parte demandada, conculcó su derecho de defensa”.

Observamos como la demandante recurre en amparo las sentencias en las que se valoró una prueba que ella consideraba ilícita y que, por tanto, vulneraban sus garantías procesales. El TC no llegó a analizar la vulneración del artículo 18 CE, porque el relato fáctico que los órganos judiciales consideraron probado difería sustancialmente de la versión que ofrecía la demandante. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 44.1 LOTC, el TC no puede entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso. La sentencia explica que:

“Ante ese panorama, este Tribunal no puede emitir un pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la intimidad, y la consiguiente nulidad de las grabaciones, que se denuncia en la demanda, toda vez que el art. 44.1 b) LOTC proscribe que el Tribunal Constitucional pueda entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso sustanciado ante el órgano judicial. Sobre ese particular, este Tribunal ha afirmado que ‘[e]l recurso de amparo no es una nueva instancia revisora de los hechos afirmados por los órganos judiciales, sino que salvo casos excepcionales en que éstos sean irrazonables, arbitrarios o carentes de todo apoyo en las actuaciones judiciales, la apreciación y valoración de los mismos, corresponde a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, de forma exclusiva y excluyente, les atribuye el artículo 117.3 de la CE (RCL 1978, 2836)’ (STC 7/1993, de 12 de febrero, FJ 5). De manera elocuente la STC 62/1982, de 17 de noviembre (RTC 1982, 62) , FJ 3 sostiene que ‘[d]e ahí que la competencia del Tribunal Constitucional sea en este caso de carácter limitado, ya que aparte de otros requisitos, el artículo 44.1 b) de la LOTC (RCL 1979, 2383) exige que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional. Es por tanto, obligado para nosotros el partir de los hechos que dieron lugar al proceso declarados probados por las sentencias impugnadas’. De conformidad con la doctrina trascrita y ante la falta de reconocimiento expreso por parte de los órganos jurisdiccionales, de los extremos en que la demandante funda la invocada vulneración del derecho a la intimidad y la consiguiente nulidad de las imágenes obtenidas por la empresa demandada, no cabe emitir pronunciamiento alguno sobre las referidas pretensiones, lo cual no obsta para que, a continuación, se aborde la temática suscitada en relación con la denegación del visionado de los pasajes del DVD interesados por la demandante en el juicio oral”.

El amparo se otorgó, no por la vulneración del derecho a la intimidad de la demandante, sino porque no se le permitió presentar pruebas adicionales conducentes a demostrar la ilicitud del vídeo impugnado. El TC reconoció que se había vulnerado el derecho de defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes, declarando la nulidad de las sentencias recurridas.

II. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL HONDUREÑO

Al regular la prueba ilícita en el CPCH se tomó como modelo el tratamiento propuesto por la LEC española. No obstante, el legislador hondureño tuvo la ventaja de poder analizar la experiencia española en cuanto a la aplicación del incidente de ilicitud, de manera que el CPCH plantea una versión mejorada del mismo. Así, entre otras cosas, se establece expresamente que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no pueden ser admitidas, de forma que se zanja el debate sobre la posibilidad de excluir las pruebas ilícitas en fase de admisión. También se regula de forma homogénea los recursos a interponer en la etapa de admisión de las pruebas y en el incidente de ilicitud, y se establece con mayor claridad la manera en que ha de recurrirse la prueba ilícita en los procesos abreviados.

Por la semejanza de ambas normas, española y hondureña, estimamos que no es necesario repetir las reflexiones que ya hemos realizado con respecto a la LEC. Nos centramos ahora en las principales características y peculiaridades del tratamiento que el CPCH otorga a las pruebas ilícitas, apuntando las diferencias más relevantes con relación a la normativa española⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Por otra parte, al investigar este tema nos hemos enfrentado a la dificultad de encontrar doctrina hondureña que analice el incidente de ilicitud probatoria. Si bien es cierto que durante los últimos años los juristas hondureños se han interesado en el estudio del nuevo CPCH, lo cierto es que las obras a las que hemos tenido acceso son demasiado parcas en cuanto al tema ahora analizado. Tampoco hemos contado con jurisprudencia relativa a procesos civiles, únicamente penales, por lo cual nos ha sido imposible analizar la puesta en práctica del artículo 237 CPCH. En este sentido, únicamente podemos analizar las disposiciones legales que regula la exclusión de la prueba ilícita en la primera instancia del proceso civil.

A. TUTELA JUDICIAL EN PRIMERA INSTANCIA

1. El incidente contradictorio del artículo 237 CPCH

a) Contextualización del incidente

El régimen sobre el tratamiento procesal civil de las pruebas ilícitas está enmarcado por los artículos 236.1 y 237 CPCH. En primer lugar, se establece que “no son admisibles las pruebas que se hayan obtenido vulnerando derechos fundamentales o en contra de las prohibiciones establecidas por las disposiciones legales aplicables” (art. 236.1 CPCH). No obstante, si la prueba fuera admitida por haberse desconocido en ese momento la vulneración del derecho fundamental, será posible excluirla posteriormente a través del incidente regulado en el artículo 237 CPCH.

Artículo 237. Prueba prohibida.

1. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República, en los convenios internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Honduras, y en este Código. Carecerán también de eficacia probatoria cuando sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información.
2. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado las garantías procesales fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato, con entrega de copia, en su caso, a las demás partes.
3. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el juez tribunal, se resolverá en la audiencia probatoria del juicio ordinario, y si se tratase de procesos abreviados, al comienzo de la práctica de la prueba en la audiencia, mediante auto. A tal efecto se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la ilicitud.
4. Contra el auto a que se refiere el numeral anterior sólo cabrá pedir de inmediato al tribunal oralmente su reposición y, si ello fuera denegado, se podrá interponer recurso de apelación junto con el que se plantee contra la sentencia definitiva, previa protesta en el acto.

En este artículo se establece qué debe entenderse por prueba ilícita y cuáles son sus consecuencias procesales (según comentamos en el Capítulo II) y se indica también cómo ha de realizarse la exclusión de tales pruebas. El primer numeral del artículo concuerda con la demarcación de la ilicitud probatoria realizada en el artículo 200 de

CPPH⁷⁶⁰; en cambio los siguientes numerales, que regulan el incidente de ilicitud, se basan en la LEC española.

b) Iniciativa de parte y de oficio

Al igual que en España, pueden suscitar el incidente de ilicitud probatoria tanto las partes (art. 237.2 CPCH) como el mismo juez o tribunal que esté conociendo del proceso (art. 237.3 CPCH). Nada dice la Ley ni la doctrina sobre la posibilidad de que el incidente sea iniciado por un tercero cuyos derechos hayan sido vulnerados por una de las partes. En nuestra opinión, podría en estos casos mantenerse, como se hace en España, que el tercero puede solicitar la tutela civil o penal de los derechos que le fueron lesionados, pero no podría suscitar una cuestión incidental en un proceso civil del cual no es parte. Quedaría así limitada la iniciativa de promover la cuestión de ilicitud a las partes y al órgano judicial, según establece el artículo 237 CPCH.

c) Momento procesal para iniciar y desarrollar el incidente

La ilicitud de la prueba puede denunciarse tanto en la etapa de admisión de la prueba como en la audiencia del juicio, ya sea que se trate de un proceso ordinario o de un proceso abreviado.

De acuerdo con el artículo 236.1 CPCH, las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales “no son admisibles”. Esto significa que es posible impugnar las pruebas ilícitas una vez que hayan sido propuestas por la parte y antes de que el órgano judicial las haya admitido⁷⁶¹. Así, por ejemplo, podría suscitarse la cuestión en la contestación de la demanda, en la audiencia preliminar del proceso ordinario o en la

⁷⁶⁰ En el proceso penal hondureño se regulan las pruebas prohibidas o ilícitas de la siguiente forma: “Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información” (art. 200 CPPH).

⁷⁶¹ Destacan la ilicitud como causa de inadmisión en el CPCH GALLARDO CORREA, C., *El proceso ordinario en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., p. 152; DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 417; y CARRERAS MARAÑA J.M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., pp. 227 y 228.

audiencia del proceso abreviado, antes de que se emita el auto de admisión de las pruebas.

Si la prueba prohibida se impugna en fase de admisión, faltaría determinar si ha de aplicarse el mecanismo establecido en el artículo 240 CPCH para la admisión de las pruebas o si, al contrario, debe sustanciarse la cuestión conforme al incidente regulado en el artículo 237 CPCH. Ambos artículos proponen parámetros similares, pero no idénticos. Por un lado difieren en cuanto que el incidente de ilicitud permite practicar pruebas sobre dicho extremo, mientras que la fórmula del artículo 240 CPCH no hace ninguna alusión a este aspecto (entendemos que no permite practicar pruebas adicionales). Por otro lado, ambos artículos se asemejan porque permiten recurrir la resolución judicial sobre admisión o exclusión de la prueba ilícita a través de los mismos recursos: reposición, protesta y posterior apelación contra la sentencia definitiva. En este aspecto se diferencia el CPCH de la LEC ya que, como hemos expuesto, la LEC establece unos u otros recursos según se trate de resolver la admisibilidad de las pruebas o el incidente de ilicitud.

En nuestra opinión, si la ilicitud fuera denunciada en fase de admisión, el órgano judicial puede permitir que las partes presenten pruebas sobre este extremo antes de decidir sobre la admisión de la prueba impugnada. Practicadas estas pruebas, se dictaría el auto sobre la admisión de los medios de prueba propuestos, según indica el artículo 240.1 CPCH.

También será posible suscitar la cuestión de ilicitud una vez que las pruebas hayan sido admitidas, considerando que la vulneración del derecho fundamental se haya conocido con posterioridad a la fase de admisión. El CPCH establece que el incidente se resolverá en la audiencia probatoria del proceso ordinario o al comienzo de la práctica de la prueba en el proceso abreviado. Conforme a estos términos, pareciera que el período establecido fuese más amplio que el que establece la LEC. En este sentido, cuando el artículo 237.3 se refiere a “la audiencia probatoria”, no insinúa ningún término de preclusión, es decir, parece que el incidente se pudiera sustanciar en cualquier momento oportuno a lo largo de la audiencia probatoria. Esto permitiría una mayor flexibilidad, en el sentido que no se limita el incidente al inicio del juicio, ni se establece que deba hacerse antes de comenzar la práctica de la prueba. Por tanto, si la

ilicitud se manifestara tardíamente, podría excluirse aún si ya se ha comenzado a practicar la prueba, o denunciarse al momento de exponer las conclusiones.

A pesar de que es posible realizar esta interpretación amplia del período referido en el artículo 237.3 para desarrollar el incidente, insistimos que la prueba ilícita debe excluirse lo antes posible para evitar que se contamine el proceso y, sobre todo, el juzgador. En ese sentido sí sería recomendable sustanciar el incidente de ilicitud al inicio de la audiencia probatoria y antes de que se inicie la práctica de la prueba, para así no tener posteriormente que interrumpir ésta última.

En caso que se trate de un proceso abreviado, el artículo 237.3 CPCH indica que el incidente se resolverá “al comienzo de la práctica de la prueba en la audiencia”. Podría interpretarse que en los procesos ordinarios el incidente se puede resolver a lo largo de la audiencia probatoria, pero que en los abreviados debe hacerse necesariamente antes de iniciar la práctica de las pruebas. Al respecto reiteramos lo que hemos dicho ahora y en epígrafes anteriores, la prueba ilícita debe excluirse lo antes posible, preferiblemente antes de practicarla, pero esto no significa que deba establecerse un término de preclusión para su alegación.

Al igual que en la LEC, la parte que denuncia la ilicitud deberá hacerlo “de inmediato”, es decir, tan pronto tenga conocimiento de que ocurrió la vulneración del derecho fundamental. Sin embargo, si este hecho se llega a conocer una vez que ha iniciado la práctica de la prueba, la parte aún puede impugnar la prueba ilícita. En este último caso, es posible que el órgano judicial rechace el hecho de nuevo conocimiento si esta circunstancia no está debidamente justificada. También podrá el tribunal denegar la impugnación tardía de la ilicitud cuando se evidencie que pudo haberse alegado anteriormente en los momentos procesales ordinariamente previstos (art. 241.2 CPCH), es decir, en la fase de admisión y en el juicio antes de iniciar la práctica de la prueba. En este sentido, el CPCH es más flexible que la LEC en cuanto a la regulación de la admisión de hechos nuevos o de nueva noticia⁷⁶².

⁷⁶² No se establece, como en la LEC, que deba presentarse un escrito de ampliación de hechos ni practicarse pruebas al respecto. No obstante, el CPCH determina que debe acreditarse o justificarse que el hecho es nuevo o de nuevo conocimiento ya que, de no ser así, el órgano judicial puede rechazar su

d) Sustanciación del incidente: debate contradictorio

De acuerdo con lo anteriormente expresado, la ilicitud de la prueba deberá denunciarse inmediatamente, es decir, en cuanto la parte procesalmente perjudicada por dicha prueba tenga conocimiento de su condición ilícita, en el momento procesal más próximo (art. 237.2 CPCH). Este requisito de inmediatez puede llevar a que se suscite la cuestión de la ilicitud al contestar la demanda, en la fase de admisión, durante la audiencia preliminar, en el tiempo que media entre ésta y la audiencia probatoria, al inicio del juicio o durante el desarrollo del mismo. La falta de cumplimiento del requisito de inmediatez puede llevar a que el órgano judicial rechace la alegación tardía de la ilicitud. Además, para recurrir en apelación y casación la prueba ilícita es necesario que se haya solicitado su exclusión en las instancias anteriores y en el momento oportuno.

Cuando el incidente de ilicitud se suscite en una audiencia oral, no será indispensable alegarlo por escrito ni extender copia a las demás partes. En cambio, sí será necesario cuando se formule durante el tiempo que media entre la audiencia preliminar y la audiencia probatoria del proceso ordinario o, por ejemplo, si habiéndose interrumpido la audiencia (arts. 177, 180 y 472 CPCH) se alegara la ilicitud en el tiempo que media entre una y otra comparecencia.

También el órgano judicial podrá suscitar la cuestión de oficio si aprecia que alguna de las pruebas fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Si aplicamos la teoría española al caso hondureño (en ausencia de doctrina y jurisprudencia hondureña que se refiere expresamente a este asunto), podría también el juez apreciar la existencia de una prueba ilícita al momento de dictar sentencia. En estos casos la prueba deberá excluirse con contradicción de las partes. No obstante, si el tribunal dejara de valorar una prueba por considerarla ilícita, la parte perjudicada podrá impugnar la sentencia en apelación, dado que una prueba que fue admitida y practicada dejó de ser valorada en la resolución (art. 705.2 CPCH).

El incidente de ilicitud se sustanciará en la audiencia probatoria del proceso ordinario o al comienzo de la práctica de la prueba en la audiencia del proceso

aportación al proceso e incluso imponer una multa a la parte que realice esta actuación de mala fe o con ánimo dilatorio (art. 241.3 CPCH).

abreviado. El principal aspecto del incidente es que el órgano judicial oirá a las partes, de manera que éstas puedan formular las alegaciones oportunas con relación a la forma en que fue obtenida la prueba cuestionada. En su caso, señala la Ley, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el extremo de la ilicitud (art. 237.3 CPCH). En este sentido observamos que la proposición y práctica de pruebas en el incidente: a) versa concretamente sobre el tema de ilicitud, b) se realiza con relación a los medios que sean pertinentes y útiles, c) es opcional, d) se hace en el acto.

Así, las partes propondrán pruebas sobre la ilicitud cuando lo estimen necesario y cuando dispongan de ellas. En ocasiones bastará con debatir sobre las condiciones en que la prueba fue obtenida y, mediante las alegaciones de las partes y los hechos que ambas admitan, el órgano judicial podrá determinar si la prueba es o no ilícita (art. 235.1 CPCH). Sin embargo, cuando las partes no estén de acuerdo sobre la forma en que fue obtenida la prueba, será necesario determinar las condiciones de la obtención a través de la práctica de pruebas adicionales. Estas pruebas se propondrán en el acto y versarán directamente sobre el extremo de la ilicitud. Como todas las demás pruebas, pueden ser rechazadas por el tribunal si éste estima que son impertinentes, inútiles, inconducentes o ilícitas (arts. 236 y 237.3 CPCH).

Tal y como observamos con relación a la LEC, el CPCH también remarca que las pruebas se propondrán “en el acto” y que el incidente se resolverá en la misma audiencia. Esto nos lleva a concluir que el legislador no prevé la interrupción de la audiencia con motivo de sustanciar el incidente de ilicitud o con el propósito de que las partes obtengan pruebas sobre dicho aspecto. En este sentido, se procurará resolver la cuestión de ilicitud en el mismo acto, sin suspender el juicio⁷⁶³.

⁷⁶³ Además, recordemos que el artículo 17 CPCH recoge el principio de concentración, que en materia probatoria vuelve a enunciarse en el artículo 243.1 CPCH cuando establece que “todas las pruebas se practicarán bajo el respeto absoluto del principio de unidad de acto”. En este sentido, GALLARDO CORREA, C., *El proceso ordinario en el nuevo Código Procesal Civil*, cit., p. 166. No obstante, como excepción a la regla, estimamos que podría interrumpirse la audiencia si la prueba presuntamente ilícita fuera de especial relevancia para el debate y si su indebida exclusión provocaría indefensión a la parte que la propuso. De acuerdo con MARCO COS, J. M., *El proceso ordinario*, cit., pp. 124 y 125, “...la suspensión de la audiencia probatoria, una vez iniciada, para continuarla tras el transcurso de un lapso de tiempo, constituye una verdadera excepción a la observancia de los principios de concentración y continuidad, que garantizan con otros los derechos de las partes del proceso. (...) La observancia del

No obstante, y como hemos referido en el apartado referente a España, en algunos casos el juez puede estimar necesario interrumpir la audiencia si la prueba presuntamente ilícita es relevante, de manera que su exclusión apresurada dejaría a la parte proponente en situación de indefensión. En este sentido, el órgano judicial debe velar porque se respeten las garantías de las partes y porque se apliquen de forma coherente los distintos principios que inspiran el proceso⁷⁶⁴.

e) Resolución del incidente

El CPCH establece expresamente que la cuestión de ilicitud se resolverá mediante auto. Esta resolución se dictará de forma oral y motivada, indicando sucintamente por qué se estima que la prueba es o no ilícita y, en consecuencia, si debe excluirse o practicarse (arts. 193.2.b y 199 CPCH). Dado que se trata de un auto oral, el secretario judicial debe consignar en el acta una fundamentación mínima de la resolución y, además, verificará que conste en la grabación del juicio.

El incidente ha de resolverse en el mismo acto de la audiencia, es decir, que no se contempla la posibilidad de diferir su resolución a la sentencia definitiva. Por tanto, sería contraria a la Ley la práctica de diferir la resolución de la cuestión de ilicitud a un momento posterior a aquel en el que se sustancie el incidente.

En cuanto al destino físico de la prueba ilícita que ha sido excluida del proceso opinamos que, como en el caso español, debería conservarse bajo custodia del secretario judicial. De esta manera el juzgador no conocerá ni valorará la prueba ilícita, pero ésta se encontrará disponible si en el futuro se requiere su análisis o práctica en segunda instancia, en casación o en otro proceso judicial relacionado con la ilicitud. Devolver la prueba excluida del proceso a la parte que la aportó podría ser nocivo dado que la parte podría alterar u ocultar la prueba según su conveniencia, frustrando así posteriores actuaciones judiciales. En todo caso, si fuera indispensable, por motivos justificados,

principio de contradicción no debe llevarse al extremo de lesionar el derecho de defensa de cada parte...”.

⁷⁶⁴ Así, el artículo 8 CPCH señala que “el órgano jurisdiccional deberá dirigir el proceso de forma que conduzca a la reducción de tiempo, costo y esfuerzo de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones; sin embargo, la economía procesal en ningún caso puede suponer disminución de las garantías y derechos que la Constitución de la República y las leyes reconocen a las partes”.

devolver la prueba a la parte que la aportó (por ejemplo, si se trata de un historial médico necesario para el tratamiento de un paciente o de documentos contables que una empresa necesita para realizar sus operaciones), deberá dejarse una copia autenticada del documento o, si se trata de un objeto, constancia de su estado y condición.

f) Recursos contra la resolución de la ilicitud

De acuerdo con el artículo 237.4 CPCH, el auto que resuelve el incidente de ilicitud se podrá recurrir de forma inmediata en reposición oral. A diferencia de la LEC, el CPCH sí regula expresamente esta clase de reposición (art. 698 CPCH). En este sentido el Código indica que, cuando la resolución impugnada se haya dictado oralmente en una audiencia, el recurso de reposición también se interpondrá de forma verbal en el mismo acto. El juzgador debe oír a la parte contraria e inmediatamente después decidir el recurso. Resuelta la reposición, se retomará el desarrollo de la audiencia.

Si la reposición fuera denegada, la parte que esté en desacuerdo podrá protestarla en el acto. Por otro lado, podrá volver a recurrirse la ilicitud probatoria en la apelación que interponga contra la sentencia definitiva.

En comparación con las observaciones realizadas sobre el tratamiento de este tema en la LEC, debemos destacar dos aspectos. Primero, que en la ley hondureña los recursos que se interponen frente a la resolución del incidente de ilicitud (art. 237.4 CPCH) son iguales a los que se interponen contra la inadmisión de la prueba (art. 240.2 CPCH); es decir, reposición, protesta y posterior apelación. En segundo lugar, este mismo régimen aplicará tanto para los procesos ordinarios como para los abreviados (arts. 593 CPCH). En este sentido, consideramos que la uniformidad en cuanto a la regulación de estos recursos es un punto positivo de la ley hondureña dado que evita confusiones y soluciones dispares a la hora de interpretar la Ley y de resolver las cuestiones de ilicitud probatoria en uno u otro tipo de proceso y en una u otra fase del procedimiento.

B. TUTELA JUDICIAL EN APELACIÓN

El CPCH regula el recurso de apelación en los artículos 705 al 715. Este recurso ordinario es propicio para impugnar las decisiones sobre prueba ilícita que se hayan tomado en primera instancia (arts. 237.4 y 240.2 CPCH). Mediante la apelación el recurrente busca que se enmiende la interpretación y aplicación de las normas legales, ya sean procesales o materiales. Además, este medio de impugnación permite revisar la valoración de la prueba y los hechos que se han tenido por probados (art. 705 CPCH)⁷⁶⁵. En este sentido, se puede recurrir en apelación para solicitar la exclusión de una prueba ilícita que fue valorada en primera instancia o bien, al contrario, para pedir que se valore una prueba que fue indebidamente excluida por considerarse ilícita.

En el primer caso será necesario que, en la medida posible, la parte perjudicada haya denunciado la ilicitud de la prueba en primera instancia durante el trámite de admisión o mediante el incidente del artículo 237 CPCH⁷⁶⁶. Habiéndose suscitado la cuestión de ilicitud, si el juez de instancia deniega la exclusión de la prueba espuria, la parte afectada puede recurrir dicha decisión al apelar la sentencia definitiva. Por tanto, en segunda instancia volverá a solicitar que se excluya la prueba que fue obtenida vulnerando derechos fundamentales.

En cambio, en el segundo caso el recurrente pretende que una prueba que fue erróneamente excluida en instancia sea valorada en fase de apelación. Así sucederá cuando la prueba se hubiera considerado ilícita sin serlo realmente. De acuerdo con el artículo 712.2.b y c CPCH, podrán practicarse en apelación las pruebas que hubieran

⁷⁶⁵ Señala DE DIEGO DÍEZ, A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., p. 159; que “el control sobre la valoración de la probatoria debe ejercerse a través de las falencias en la motivación del juicio de hecho, comprobando si en ella se exterioriza una infracción de las reglas de la lógica, de los principios generales de la experiencia o de conocimientos científicos aceptados. *También es posible establecer si la prueba en la que se basa la convicción del tribunal de instancia ha sido legalmente producida y si ha podido ser objeto lícito de valoración*” (la cursiva es nuestra).

⁷⁶⁶ De acuerdo con el artículo 700 CPCH, el recurrente debe acreditar que denunció el defecto procesal en primera instancia y que hizo todo lo posible para lograr su subsanación. Véase DE DIEGO DÍEZ, A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., p. 156. Será necesario que se haya denunciado previamente la ilicitud probatoria, excepto cuando la vulneración del derecho fundamental sea un hecho de nuevo conocimiento (es decir, cuando la ilicitud de la prueba se pone de manifiesto una vez que ha concluido el juicio y se ha iniciado el plazo para dictar sentencia) o si la vulneración procesal se produjo en la sentencia (por ejemplo si se valoró una prueba ilícita).

sido denegadas indebidamente en primera instancia y también aquellas que, por causa no imputable al recurrente, se hubieran dejado de practicar después de haber sido admitidas. En estos supuestos pueden subsumirse aquellas pruebas que se hayan excluido por ilicitud⁷⁶⁷.

Será posible que las partes aporten pruebas adicionales sobre la vulneración del derecho fundamental que generó la ilicitud, siempre y cuando se trate de pruebas nuevas o de nuevo conocimiento (art. 712.2.a CPCH). Debe tomarse en cuenta que la práctica de pruebas en apelación es limitada, por lo cual el recurrente deberá demostrar que las pruebas que propone encuentran una justificación en el artículo 712 CPCH⁷⁶⁸. De ser así se celebrará una audiencia para practicar las pruebas admitidas por el tribunal *ad quem*. No obstante, aunque no hubiera pruebas que practicar, el tribunal de apelación podría revisar la valoración de las que se hayan aportado en primera instancia y así volver a decidir la cuestión de ilicitud.

Realizados estos trámites y si se estima el recurso, la sentencia de apelación puede resolverse de diferentes formas (art. 715 CPCH). Es posible que el tribunal *ad quem* anule la resolución de instancia y devuelva las actuaciones al estado que corresponda para que el órgano judicial *a quo* vuelva a decidir sobre el fondo. Este será el caso cuando se trate de una infracción que haya generado la nulidad (parcial o absoluta). También se resolverá de esta manera cuando el recurso verse sobre otro tipo de infracciones procesales que no generen nulidad de actuaciones y cuando se refiera a errores en la fijación de hechos y valoración de pruebas. En estos últimos supuestos, procederá la retroacción de actuaciones siempre y cuando no consten en autos los elementos de juicio suficientes para que el tribunal de apelación decida el recurso. En

⁷⁶⁷ Según expone DE DIEGO DÍEZ, A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 212 y 213; cuando la apelación se interponga porque una prueba fue indebidamente denegada, deberán cumplirse las siguientes condiciones: 1) Que en primera instancia la parte haya propuesto la prueba en tiempo y forma; 2) Que dicha prueba haya sido inadmitida por el juez *a quo*, pudiendo obedecer dicha inadmisión a criterios formales o materiales –pertinencia, utilidad, necesidad o licitud-; 3) Que la parte no haya consentido su denegación y haya utilizado los recursos disponibles en cada fase procesal; 4) Que el recurrente proponga en segunda instancia, también en tiempo y forma, el medio de prueba; 5) Que el tribunal de apelación estime pertinente la admisión y práctica de dicho medio.

⁷⁶⁸ DE DIEGO DÍEZ, A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 210-219; TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. II, pp. 626 y 627.

cambio, si constasen los elementos de juicio necesarios, el tribunal *ad quem* revocará la sentencia apelada y decidirá directamente el asunto⁷⁶⁹.

Finalmente, deseamos hacer una breve referencia a la apelación diferida regulada en el artículo 708 CPCH. De acuerdo con esta norma, “cuando se interponga recurso de apelación contra autos en los casos que expresamente señale este código, se diferirá la expresión de agravios y su trámite al momento en que se impugne la sentencia definitiva de primera instancia”. En este sentido hemos de analizar si el artículo 237.4 CPCH se refiere o no a esta modalidad diferida cuando indica que la decisión sobre la cuestión de ilicitud será recurrible en apelación.

A pesar de que algún autor ha considerado que el auto que resuelve la ilicitud debe apelarse de manera diferida, nosotros estimamos que se trata más bien de una apelación normal contra la sentencia⁷⁷⁰. En primer lugar, porque el artículo 237.4 CPCH señala que “se podrá interponer recurso de apelación junto con el que se plantee contra la sentencia definitiva”, por lo cual entendemos que en los casos de prueba ilícita el recurso de apelación se interpone al finalizar el proceso de primera instancia, es decir contra la sentencia definitiva. En segundo lugar, porque el artículo 708 CPCH indica

⁷⁶⁹ Sobre el alcance de las sentencias dictadas en apelación véase TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. II, pp. 630 y 631; CARRERAS MARAÑA, J. M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., pp. 126-130; DE DIEGO DÍEZ, A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 222-226. Señala este último autor que si la sentencia declara la nulidad y la retroacción de las actuaciones, deberá tomarse en cuenta el principio de conservación de los actos procesales establecido en el art. 217 CPCH: “La nulidad de un acto procesal no implicará la de los actos sucesivos que fueren independientes de aquél, ni tampoco la de los no alterarían su contenido aunque el acto se declarase nulo”.

⁷⁷⁰ Por ejemplo, TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. I, p. 198; estima que el artículo 237.4 CPCH apunta a la apelación diferida. Sin embargo, DE DIEGO DÍEZ, A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, cit., p. 138, con quien coincidimos, estima que las resoluciones que se recurren en apelación diferida “son autos interlocutorios, contra los que el Código expresamente haya dispuesto que sean susceptibles de apelación (art. 423.2 y 3 CPCH). Por su escasa trascendencia sobre el proceso principal, aun siendo posible su apelación no procede concederles el efecto suspensivo. De ahí que su tramitación y conocimiento se demoren hasta que se apele, en su caso, la resolución definitiva del pleito, logrando de este modo una mayor agilidad procesal. (...) Por el contrario, en determinadas ocasiones se dictan en los procesos resoluciones respecto de las que se exige una previa protesta del agravado en la instancia, a los efectos de hacerlo valer después en la alzada (*por ejemplo las relativas a la admisión de prueba*: art. 240.2 CPCH); no hay aquí apelación diferida, pues la ley no autoriza a recurrir en apelación esta resolución, sino únicamente a hacer valer sus efectos junto con el recurso principal” (la cursiva es nuestra).

que la Ley debe determinar expresamente cuándo se interpone la apelación de forma diferida, y el artículo 237.4 CPCH no se pronuncia sobre este extremo (como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 423.3 CPCH)⁷⁷¹.

C. TUTELA JUDICIAL EXTRAORDINARIA

Como hemos referido en el Capítulo I, el recurso de casación en Honduras es de naturaleza extraordinaria. Su finalidad consiste en proteger el ordenamiento jurídico a través de la promoción de la adecuada aplicación e interpretación del derecho objetivo y de la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 716.1 CPCH). Procede contra las sentencias y los autos que pongan fin al pleito, siempre que sean dictados en segunda instancia por las Cortes de Apelaciones en el proceso ordinario (art. 717 CPCH)⁷⁷².

El recurso de casación regulado en el CPCH difiere del de la LEC en que, de acuerdo con el Código hondureño, este recurso puede fundamentarse tanto en causas procesales como materiales. Así, el CPCH no contempla la existencia de un Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, sino que incluye ambas dimensiones, sustantiva y procesal, dentro de la casación. Consideramos que las cuestiones de ilicitud probatoria podrían tutelarse mediante este recurso a través de las causales enunciadas en el artículo 719.1 CPCH (literales b y c). De acuerdo con este precepto: “Se podrá impugnar la aplicación e interpretación de las normas procesales que regulan: a) (...); b) los actos y

⁷⁷¹ De acuerdo con el artículo 423.3 CPCH, que se refiere a la resolución de incidentes procesales, “cuando la cuestión incidental no suspenda el curso del proceso principal, se resolverá directamente pero la resolución solo podrá recurrirse mediante la apelación diferida”. En cuanto al incidente de ilicitud probatoria, la apelación no se interpone contra el auto que resuelve el incidente, sino que contra la sentencia definitiva (después de haber recurrido el auto en reposición y protesta). Dado que la cuestión de ilicitud es un incidente especial, que cuenta con una regulación específica, consideramos que ha de impugnarse según indica el artículo 237.4 CPCH, de forma que no le sería aplicable la apelación diferida prevista genéricamente para los autos interlocutorios.

⁷⁷² En este sentido, no accederán a casación las sentencias ni los autos dictados en segunda instancia de los procesos abreviados, ni siquiera por cuantía; MORENO CATENA, V./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ GUZMÁN FLUJA, V./ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Explicación instructiva del nuevo código procesal civil de Honduras*, cit., p. 72. Únicamente acceden a casación aquellos procesos abreviados que la Ley señala expresamente, como los de divorcio y nulidad matrimonial (art. 654 CPCH) y además los procedimientos de tutela sumaria cuando el motivo del recurso sea la contradicción con otras sentencias dictadas en supuestos semejantes. (art. 688.3 CPCH). Véase CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., p. 886; TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil Brevemente Comentado*, cit., t. II, p. 632.

garantías procesales cuando su infracción suponga la nulidad o produjera indefensión;
c) La forma y contenido de la sentencia”.

Al igual que suceden en Apelación, será indispensable que la infracción se haya denunciado en las instancias anteriores y que la parte haya hecho todo lo posible por oponerse a ella y procurar su subsanación (art. 700 CPCH). Cumplidos estos requisitos, estimamos que también será necesario que la cuestión de ilicitud sea relevante, es decir, que haya producido nulidad, indefensión o que pueda tener incidencia en el sentido del fallo. Esto se debe a que la casación es un recurso extraordinario que está destinado a la revisión de aspectos jurídicos y no tanto fácticos⁷⁷³; como se ha dicho anteriormente, no se trata de una tercera instancia.

Estimamos que la mayoría de casos relevantes de ilicitud probatoria podrán subsumirse en la causal del artículo 719.1.b CPCH (infracción de garantías procesales que produzca nulidad o indefensión), ya sea que el recurrente esté solicitando la exclusión de una prueba ilícita o la inclusión de una prueba lícita indebidamente excluida. Dependerá de la pericia técnica del letrado el fundamentar adecuadamente el recurso y justificar cuál ha sido la norma infringida y por qué dicha vulneración ha producido la nulidad de las actuaciones o la indefensión de su mandante⁷⁷⁴. La norma procesal afectada puede referirse tanto a la obtención de la prueba como a su admisión o inadmisión y a la tramitación del incidente de ilicitud. Además, la infracción podría ser tanto de una garantía legal como de una garantía constitucional⁷⁷⁵.

⁷⁷³ DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 296.

⁷⁷⁴ De acuerdo con el artículo 721.2 CPCH, en el escrito de interposición y formalización “se harán constar los motivos en que la casación se base, con expresión de las normas de derecho cuya infracción sustente cada motivo. Todo ello se deberá fundamentar con la suficiente separación y claridad, precisando y justificando la incidencia de la infracción en el sentido de la resolución impugnada”. En este sentido véase CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., pp. 893-895. Téngase en cuenta que el incumplimiento de estos requisitos conllevará la inadmisión del recurso (art. 723.2 CPCH).

⁷⁷⁵ Así, pueden haberse infringido, entre otros, los artículos 411 CPCH (diligencias preparatorias), 236 y 240 CPCH (admisión de la prueba), 237 CPCH (incidente de ilicitud), 647 CPCH (gestión de pruebas biológicas), 212 CPCH (casos de nulidad), art. 90 CRH (derecho a un proceso con todas las garantías), art. 100 CRH (pruebas obtenidas vulnerado el derecho a la intimidad).

En la causal anteriormente referida deberán incluirse las infracciones procesales ocurridas antes de que se dictara la sentencia. En cambio, cuando se trate de una vulneración generada en la sentencia, la casación se fundamentará en la causal del artículo 719.1.c CPCH (aplicación e interpretación de normas procesales sobre la forma y contenido de la sentencia). No obstante, este precepto debe ponerse en relación con el artículo 720 CPCH, el cual establece que:

Artículo 720. Exclusión de la revisión probatoria en casación.

1. Por medio del recurso de casación no se podrá instar la revisión de los hechos ni la interpretación y valoración de las pruebas contenidas en las sentencias dictadas en la instancia.
2. Sin embargo, y dentro del literal c) del numeral 1 del artículo anterior, se podrá solicitar en casación el control de la motivación fáctica de la sentencia para revisar su existencia, suficiencia, racionalidad y carácter lógico, siempre que éste fuera determinante de un sentido diferente del fallo.

Lo que vienen a decirnos estos artículos es que, de manera general, no se permitirá al recurrente de casación instar la revisión de los hechos probados ni de la valoración de las pruebas. Sin embargo, será posible la impugnación de estos aspectos en aquellos casos en que se revisen como parte de la motivación fáctica de la sentencia⁷⁷⁶. En particular, deberá instarse dicha la revisión para que la Sala Civil de la CSJH verifique si la motivación fáctica existe y si cumple con los requisitos de suficiencia, racionalidad y carácter lógico⁷⁷⁷. En este sentido, la valoración de una prueba ilícita puede considerarse irracional o ilógica dado que contraviene normas que prohíben expresamente la valoración de este tipo de pruebas (arts. 237.1 CPCH y 100 CRH). En síntesis podemos decir que, también cuando se trate de cuestiones de ilicitud

⁷⁷⁶ El artículo 207 CPCH destaca la el vínculo que existe entre la motivación fáctica, los hechos probados y la valoración de la prueba al establecer que, “las sentencias se motivaran expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, así como a la aplicación e interpretación del derecho”.

⁷⁷⁷ CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., p. 893; explica que “no se trata de una revisión probatoria (...) por errores de derecho en la apreciación de la prueba o error de hecho, cuando éste resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, sino de la revisión de los razonamientos que lo condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas para fundar su convencimiento (arts. 13, 245 y 479.1 CPCH), pues de lo que se trata es de excluir la arbitrariedad y la irracionalidad, asimismo, se puede impugnar por incumplirse las exigencias de claridad, precisión, exhaustividad y motivación conforme a los artículos 206 y 207 CPCH”.

probatoria, la revisión de los hechos y la valoración de la prueba se puede realizar en casación sólo de manera limitada y con relación a los aspectos particulares de la motivación fáctica enunciados en el artículo 720.2 CPCH⁷⁷⁸.

En cuanto a la resolución del recurso la casación, el Código indica que, si la CSJH aprecia la existencia de una infracción de las garantías del procedimiento, ordenará reponer las actuaciones al momento y estado inmediatamente anterior a aquel en que se hubiera producido la falta. En cambio, si la infracción hubiera sido ocasionada en la sentencia, la CSJH dictará una nueva sentencia –salvo que el defecto consista en la omisión o defectuosa motivación fáctica, o en la omisión de pronunciamiento, en cuyo caso reenviará el expediente a la Corte de Apelaciones para que dicte nueva sentencia– (art. 727.3 y 4 CPCH)⁷⁷⁹.

A manera de reflexión final y como análisis comparativo podemos destacar que la regulación hondureña de los medios de impugnación con relación al tema de la ilicitud probatoria es, por un lado, más sencilla y más clara y, por otro lado, más garantista, en la medida que proporciona a las partes un mayor acceso a los recursos. Así, a diferencia de España, el recurso de apelación puede interponerse tanto en los procesos ordinarios como en los abreviados, sin que la cuantía o la materia del proceso constituyan un límite a la facultad de recurrir. En ambos casos se garantiza el acceso a una segunda instancia. Asimismo, la tutela extraordinaria también se simplifica al existir un solo recurso, el de casación, que se puede interponer tanto por motivos sustantivos como por cuestiones procesales. Con esto se evita la problemática que ha surgido al implementar la LEC, no porque exista un recurso extraordinario por infracción procesal, sino por el régimen “transitorio” que lo vincula con el recurso de casación y dificulta su exitosa interposición. De acuerdo con el CPCH, basta con que el

⁷⁷⁸ Fuera de estos casos, la pretensión de que se revise la interpretación y valoración de pruebas será causa de la inadmisión del recurso de casación, de acuerdo con el artículo 723.2.a CPCH. Véase TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil Brevemente Comentado*, cit., t. II, p. 635.

⁷⁷⁹ CARRERAS MARAÑA, J. M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil...*, cit., pp. 180-182; así como CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, cit., pp. 902-905. También es posible que el recurso sea desestimado. Por otra parte, cuando la CSJH considere que el fallo es correcto pero aprecie un vicio en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas utilizadas para resolver el caso, podrá desestimar el recurso pero procederá a corregir la motivación jurídica en el sentido que corresponda (art. 728 CPCH).

recurrente haya impugnado la infracción procesal en las instancias previas y fundamente adecuadamente el recurso extraordinario. Además, en la casación hondureña no se fija un límite por cuantía, sino que se tiene acceso al recurso siempre y cuando la sentencia impugnada se haya dictado en un proceso ordinario.

D. TUTELA CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el artículo 183 CRH, la garantía de amparo puede ser exigida por toda persona cuando se persiga alguno de estos propósitos

- a) Para que se le mantenga o restituya en el goce y disfrute de los derechos o garantías establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales;
- b) Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución.

De acuerdo con el artículo 42 LJCH, la acción de amparo procederá contra las resoluciones, actos y hechos de los Poderes del Estado⁷⁸⁰. En este sentido y al igual que sucede en España, no se podrá recurrir directamente las vulneraciones de derechos constitucionales realizadas por los particulares al obtener la prueba, sino que tendrá que recurrirse contra las resoluciones del órgano judicial que conoció la cuestión de ilicitud.

En Honduras, la competencia para conocer y resolver el amparo dependerá de cuál haya sido el órgano judicial que causó la infracción recurrida. Así, serán competentes:

⁷⁸⁰ No obstante, algún autor ha indicado que se puede interponer el amparo también contra las acciones cometidas por particulares. Véase BREWER-CARIAS, A., *Ley sobre Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2012, p. 69. Por otro lado, la Ley señala que también se puede interponer el amparo contra los actos y hechos de las entidades descentralizadas, desconcentradas y sostenidas con fondos públicos; así como los que resulten de las entidades que actúan por delegación de algún órgano del Estado en virtud de concesión, contrato u otra resolución válida (art. 42 LJCH).

- a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando la vulneración haya sido provocada por una Corte de Apelaciones (art. 9.3.b LJCH);
- b) Las Cortes de Apelaciones, si la violación del derecho fue producida por un Juez de Letras departamental o seccional, por un juez de sentencia o de ejecución (en el ámbito penal) o por un Juez de Paz en los casos de jurisdicción preventiva (art. 10.2.a LJCH);
- c) Los juzgados de letras, si la infracción fue cometida por un órgano jerárquicamente inferior en su materia (art. 11.2.a LJCH).

Podrá interponer el recurso de amparo tanto la persona que se vea directamente agraviada –la parte procesal desfavorecida por la sentencia que se impugna– como otra civilmente capaz en nombre de ésta⁷⁸¹. La acción de amparo se interpondrá por escrito, respetando el contenido que se establece en el artículo 49 LJCH. En caso de ilicitud probatoria, deberá indicarse expresamente cuál es el derecho que fue vulnerado por el órgano judicial (derecho a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, derecho a la tutela judicial efectiva, etc.), así como la relación de los hechos que motivan la solicitud. Será preciso señalar cuál es la sentencia o acto que se impugna, el juicio en el que fue dictada y los recursos que se interpusieron previamente para solicitar la reparación de la infracción (reposición, nulidad, apelación y casación)⁷⁸².

Una vez que haya sido admitida la acción de amparo por el órgano competente, su sustanciación deberá realizarse de acuerdo con los principios de independencia, oralidad, informalidad, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, gratuidad, celeridad, economía procesal, eficacia y debido proceso. Podrán aportarse pruebas (art. 55 LJCH) y, después de evacuarlas, se dará vista al Ministerio Público para que emita

⁷⁸¹ Además de las partes, podrá interponer el recurso de amparo el fiscal que haya intervenido en el proceso (art. 56 LJCH). Indica la Ley que, si la acción de amparo no fue ejercida por el fiscal, se le dará vista al Ministerio Público antes de dictarse la sentencia, para que emita un dictamen sobre los antecedentes, informes y pruebas que obran en el recurso. En este sentido, GÓMEZ BUESO, F. D., “El derecho de amparo...”, cit., pp. 199; p. 78. En el próximo capítulo se hablará sobre la participación del Ministerio Público en los procesos civiles.

⁷⁸² Al igual que la LOTC, la LJCH también requiere que, previo a interponer el amparo, se hayan agotado todos los demás recursos disponibles.

su dictamen en un término de 48 horas (art. 56 LJCH). Además, se establece que las sentencias de amparo que no sean dictadas por la Sala Constitucional de la CSJH, deberán ir en trámite de consulta obligatoria ante el órgano jerárquico superior al que está conociendo el asunto. Así, la sentencia de amparo dictada por los Jueces de Letras irá en trámite de consulta ante la Corte de Apelaciones que corresponda, mientras que la sentencia dictada por una Corte de Apelaciones irá a consulta ante la Sala de lo Constitucional de la CSJH (art. 68 LJCH).

La sentencia que se dicté resolverá el amparo, denegándolo u otorgándolo. En este último caso, su finalidad será garantizar al agraviado el pleno goce de sus derechos fundamentales, volviendo las cosas al estado anterior a la violación.

TERCERA PARTE.
PRUEBA ILÍCITA
Y TUTELA DEL CRÉDITO

CAPÍTULO VI.

PRÁCTICAS PROBATORIAS ILÍCITAS

EN LOS PROCESOS CIVILES DE TUTELA DEL CRÉDITO

En esta tercera parte de nuestra investigación nos adentramos en la tutela procesal del crédito para analizar cómo la ilicitud probatoria puede influir en este tipo de procesos. Tanto la LEC como el CPCH regulan una variedad de instrumentos procesales que permiten a los acreedores acudir a la vía judicial para cobrar deudas dinerarias que resulten impagadas. Existen tanto procesos ordinarios como procesos especiales, constituyendo estos últimos la denominada tutela privilegiada del crédito. A través de ellos, el legislador ha buscado favorecer a los acreedores cuando la deuda cumpla ciertas características que facilitan su cobro (por ejemplo, el estar documentada o garantizada en determinada forma).

En este Capítulo vamos a analizar la importancia de la tutela judicial del crédito, identificando los diferentes instrumentos procesales que el legislador ha consignado en la LEC para este fin. Entre ellos, destacaremos el procedimiento monitorio que, por su sencillez y la gran variedad de deudas que engloba, se ha convertido ya en un proceso estrella. Es muestra de ello que el legislador, durante los últimos años, haya ido elevando la cuantía monitoria hasta eliminarla, permitiendo así que muchas más deudas pueden ser reclamadas por este medio. Además, las estadísticas judiciales corroboran la preferencia de las partes, ya que en 2014 se interpusieron en España, en los juzgados de primera instancia y de primera instancia e instrucción, un total de 657.057 procesos monitorios. El éxito de este proceso se debe a que con él se reducen los plazos y costos procesales y se aumenta la facilidad del cobro en aquellos casos en los que el deudor no presenta escrito de oposición. Así, en 2014 un 42,1% de las ejecuciones ingresadas provenían de procesos monitorios⁷⁸³.

Partiendo de lo que ya hemos estudiado en capítulos anteriores, analizaremos ahora cómo la prueba ilícita puede influir en la consecución de una efectiva tutela del crédito. Cuáles pruebas son las más utilizadas para acreditar la existencia o extinción de

⁷⁸³ CGPJ, *La justicia dato a dato. Año 2014. Estadística judicial*, p. 61, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato--ano-2014>.

la deuda, cómo pueden vulnerarse los derechos fundamentales en su obtención, cómo ha de realizarse la impugnación y la exclusión de estas pruebas dentro de los procesos de tutela del crédito, son algunas de las cuestiones que planteamos en esta última parte de nuestra investigación.

I. LA IMPORTANCIA DE UNA EFECTIVA TUTELA JUDICIAL DEL CRÉDITO

El crédito (palabra derivada del latín *credere*, que significa “creer” o “confiar”⁷⁸⁴) es un factor esencial para la economía de cada país. En una operación crediticia, el acreedor transfiere o cede temporalmente al deudor un derecho de propiedad sobre un bien, usualmente dinero, para que el deudor disponga de él por un tiempo determinado al término del cual deberá devolverlo al acreedor junto con los intereses que hayan pactado⁷⁸⁵. El crédito representa una promesa de cumplimiento y es solicitado tanto por personas naturales como por empresas. En este sentido, su otorgamiento dependerá en gran medida de la confianza que demuestre la entidad que lo solicita.

El crédito, como factor básico de la economía, se ve afectado cuando los pagos se incumplen. La morosidad pone en peligro la supervivencia de las pequeñas y medianas empresas porque al disminuir su liquidez les es más difícil adquirir los productos y servicios que necesitan para su adecuado funcionamiento. El problema radica en que la morosidad se provoca, en muchas ocasiones, porque el deudor no tiene la voluntad de pagar (es decir, porque decide pagar tarde o no pagar), y no necesariamente porque no pueda económicamente hacer frente a sus obligaciones.

Surge entonces la preocupación social ante la morosidad, que tiene tan graves repercusiones en el funcionamiento del tráfico jurídico-mercantil interno e internacional. El legislador busca alternativas que sean más eficaces que las ordinarias

⁷⁸⁴ De acuerdo con VILLA-REAL MOLINA, R./ DEL ARCO TORRES, M. A., *Diccionario de términos jurídicos*, Ed. Comares, Granada 1999.

⁷⁸⁵ Ídem. Para estos autores, el crédito es el “derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa, por lo común dinero”. Así mismo lo definen como aquella “operación jurídica diferida en el tiempo, consistente en la concesión de un bien o dinero cuya devolución se garantiza mediante promesa”.

para que los créditos puedan tener una pronta satisfacción⁷⁸⁶, y para ello se ha de poner en marcha la vía judicial. El cumplimiento de este objetivo requiere que los procesos sean sencillos, rápidos y seguros, porque el tráfico jurídico-mercantil exige que el acreedor impagado reponga su patrimonio cuanto antes⁷⁸⁷.

En este contexto las leyes modernas que regulan el proceso civil, tales como la LEC de 2000 y el CPCH de 2007, recogen ciertos procesos especiales cuyo propósito es facilitar el pago de una cantidad dineraria adeudada (así, el juicio monitorio, el juicio cambiario y la ejecución hipotecaria). La iniciación de estos procesos requiere que la deuda conste en un determinado tipo de documento y que reúna una serie de características particulares que expondremos a lo largo del presente capítulo. La finalidad común de dichos procesos especiales es la efectiva tutela del crédito —o bien, más que tutelar el crédito se tutela al acreedor, facilitándole el cobro de la deuda—.

No obstante, aun cuando la legislación contemple estos procesos especiales, es posible que la tutela del crédito fracase por diversas razones. La principal es que el deudor verdaderamente no cuente con medios para responder por la deuda contraída, en cuyo caso, aunque el acreedor “gane” el juicio, no podrá verse repuesto en su patrimonio. Además del aspecto puramente económico, existen también factores procesales que pueden poner en juego la consecución de una efectiva tutela judicial del crédito. Esta investigación se centra en uno de ellos: la nulidad de la sentencia por la existencia en el proceso de una prueba ilícita.

⁷⁸⁶ La economía mundial ha cambiado de forma vertiginosa durante las últimas décadas. La globalización de los mercados, las nuevas formas de comercialización y la transformación de la economía a través de la producción a gran escala, son factores que influyen poderosamente en el crecimiento económico nacional y transnacional⁷⁸⁶. Sin embargo, para que se produzca este crecimiento económico es preciso generar y mantener la inversión, lo cual requiere primordialmente que se garantice la necesaria estabilidad y seguridad jurídica. Así pues, en cada país debe modernizarse el ordenamiento jurídico para acoger y brindar garantías suficientes a los capitales y a las nuevas formas de comercio. En definitiva, un marco legal obsoleto ahuyenta a los inversores nacionales y extranjeros, provocando a la vez la fuga del capital material y humano. En este sentido, MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, Tesis Doctoral presentada en la Universitat Jaume I, dirigida por GÓMEZ COLOMER, J. L./ PÉREZ CEBADERA, M. A., Castellón 2013, p. 33.

⁷⁸⁷ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 808.

Cuando el acreedor y el deudor acuden ante el órgano judicial con el propósito de resolver la disputa que ha surgido en torno a una deuda será necesario que cada una de las partes demuestre la veracidad de los argumentos esgrimidos (ya sea para cobrar, para no pagar o para pagar menos de lo que se le exige) y para ello deberá aportar los correspondientes medios de prueba. El tipo de deuda y el tipo de proceso determinarán cuáles son las pruebas que las partes pueden y deben presentar, o incluso si realmente deben aportar un medio de prueba (en el proceso monitorio, por ejemplo, basta con un “principio de prueba”).

En la mayoría de los casos, las deudas se demostrarán a través de documentos. No obstante, cuando la disputa que surge por un crédito impagado es más compleja y se sustancia a través de un proceso ordinario, es posible que se tengan que aportar otros medios de prueba, por ejemplo periciales o testificales. Cuando esas pruebas –ya sean documentales o de otro tipo– han sido obtenidas vulnerando los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, la ley estipula que no podrán ser valoradas (art. 11.1 LOPJ). De producirse este supuesto, aunque la deuda o el pago de la misma puedan ser demostrados, las pruebas serán ineficaces y se excluirán del proceso. Entonces, el acreedor puede verse desprovisto de la tutela judicial que buscaba y que podría haber obtenido si tan solo ese medio de prueba hubiese cumplido con el requisito de licitud.

En los procesos destinados a la tutela judicial del crédito se han planteado ya distintas situaciones e interrogantes con relación a la ilicitud de la prueba, tema que en definitiva será determinante para el resultado final del juicio. Por ejemplo, consideremos que se alega la ilicitud de un documento porque una de las partes accedió sin autorización a la sede y a los archivos de la otra para sustraer cierta información contable. Podría disputarse también la obtención ilegítima de correos electrónicos cuando se ha vulnerado la inviolabilidad de las comunicaciones o el secreto profesional y el derecho a la intimidad. De igual manera, la forma en que se realizó una prueba de alcoholemia podría determinar que se pague o no cierta indemnización por parte de una compañía aseguradora.

Por tanto, habiendo analizado ya en capítulos anteriores las formas en que se produce la ilicitud probatoria en el proceso civil, sus efectos y tratamiento procesal, ahora tenemos que determinar concretamente cómo la exclusión de las pruebas

obtenidas vulnerando derechos fundamentales puede influir en la consecución de una efectiva tutela judicial del crédito.

II. LA TUTELA DEL CRÉDITO DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL

A. LAS DIFERENTES CLASES DE TUELA DEL CRÉDITO

Con la reforma procesal civil, que se produjo en España en el año 2000 y en Honduras en el 2007, las nuevas leyes de enjuiciamiento vinieron a minimizar la cantidad de procesos civiles especiales que existía hasta entonces. El legislador hizo un claro intento de simplificación y de reconducción a lo ordinario, de manera que se suprimió el mayor número posible de procesos especiales y se redujeron también las especialidades procedimentales. Tanto la LEC como el CPCH parten ahora de la existencia de dos únicos procesos declarativos ordinarios, el juicio ordinario y el juicio verbal (o juicio abreviado, según lo denomina el CPCH). A través de estos procesos ordinarios se sustancian toda clase de acciones y pretensiones susceptibles de ser enjuiciadas por los órganos jurisdiccionales civiles.

Así, un acreedor puede optar por la *tutela judicial ordinaria* de su crédito. Para ello acudirá ante un tribunal e interpondrá una demanda que dará paso al procedimiento declarativo que corresponda según la cuantía. En este sentido, se decidirán en juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 6.000 euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular (art. 249.2 LEC). En cambio, cuando la cuantía no exceda de 6.000 euros el asunto se decidirá en juicio verbal (art. 250.2 LEC). Estos dos son procesos declarativos plenarios, en donde no hay restricciones en cuanto a las alegaciones que pueden realizar las partes ni a las pruebas que pueden aportar. Tampoco se restringe el objeto del que conoce el órgano judicial.

De igual forma, el CPCH regula dos procesos declarativos, ordinarios y plenarios, a través de los cuales el acreedor puede solicitar la necesaria tutela judicial. Por un lado está el proceso ordinario, cuyo ámbito está definido en el artículo 399 CPCH. Por razón de cuantía, se decidirán en este proceso las demandas cuya cuantía

supere los 50.000 Lempiras⁷⁸⁸. En cambio, se resolverán mediante el proceso abreviado las demandas cuya cuantía no sea superior a 50.000 Lempiras (art. 400.2 CPCH).

Por otro lado continúan existiendo unos pocos procesos especiales que establecen reglas particulares para determinados tipos de pretensiones cuya naturaleza requiere que el proceso contemple ciertas singularidades para lograr una tutela judicial adecuada y efectiva. Se trata realmente de *tutelas judiciales privilegiadas*⁷⁸⁹, que pueden justificarse por distintos motivos, ya sea por el derecho material a aplicarse, porque se pretende la protección de ciertos derechos subjetivos o porque se tutela a grupos sociales específicos⁷⁹⁰.

La Exposición de Motivos de la LEC explica, en el numeral XIX, que la Ley establece los procesos especiales imprescindibles. Así, se contemplan como procesos especiales aquellos que se refieren a la capacidad de las personas, a asuntos de filiación y matrimonio, y a la división judicial de patrimonios. Adicionalmente, en el ámbito particular de la tutela del crédito, el legislador incluyó en la LEC los juicios monitorio y cambiario.

Estos procesos especiales suelen asemejarse más, en su estructura, al juicio verbal, porque se busca una resolución más rápida del conflicto, si bien tienen normas específicas que rigen su desarrollo dependiendo del objeto de cada tipo de juicio. La

⁷⁸⁸ Aproximadamente unos 2.028 Euros o 2.272 USD (actualizado a fecha 19 de septiembre de 2015).

⁷⁸⁹ Con relación a los procesos especiales comentan MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 237: “Las razones del privilegio pueden ser muy variadas; unas veces se trata de que el legislador entiende que parcelas del ordenamiento jurídico material requieren tratamiento procesal propio, otras de que la aplicación de los procesos ordinarios a la actuación de determinadas normas materiales conduciría a éstas a la ineficacia, otras de que determinadas personas requieren protección procesal diferenciada, etc. En ocasiones es manifiesto que determinados grupos sociales (propietarios, grandes acreedores) han obtenido un acceso privilegiado a la tutela judicial. En todos estos casos suele tenderse a lograr un procedimiento más sencillo y expedito que el de los procesos ordinarios, y de ahí que estemos hablando de privilegios, pues de lo que se trata es de que determinados asuntos o personas no se sometan al procedimiento que se estima ‘normal’ sino de que tengan procedimiento propio”. Véase también GÓMEZ COLOMER, J. L., “La tutela procesal privilegiada y sus clases en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Tribunales de Justicia*, no. 4, 2000, pp. 395-426; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Los procesos especiales”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, no. 8, mayo de 2000, disponible en www.madrid.org.

⁷⁹⁰ Véase MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 736 y 737.

Ley señala cuáles son los requisitos particulares para iniciar un proceso de estas características, limitando así el campo de conocimiento del juzgador y la clase de alegaciones o pruebas que han de presentar las partes. Sin embargo, esto puede variar de un proceso a otro, en función de lo que resulte más adecuado para el cumplimiento de la tutela propia del proceso (por ejemplo, no es lo mismo tutelar un crédito que un derecho fundamental).

De igual manera, al principio del CPCH se indica cuáles son los procesos especiales que ha regulado el legislador hondureño⁷⁹¹. El primer grupo de procesos especiales está conformado, al igual que sucede en España, por aquellos de carácter no dispositivo (que se refieren a la capacidad de las personas, la filiación, la paternidad y maternidad, y los procesos matrimoniales). Un segundo grupo de procesos especiales incluye la división judicial de patrimonios, el proceso monitorio y la tutela sumaria.

Vemos así que la tutela del crédito ha sido valorada, tanto por el legislador español como por el legislador hondureño, como un tema cuyo tratamiento procesal amerita una tutela judicial privilegiada. Nos llama la atención que el proceso monitorio ha sido incluido tanto en la LEC como en el CPCH, si bien con diferentes variaciones. Al contrario, el juicio cambiario aparece recogido únicamente en la LEC, pero no en el CPCH. Una tercera vía de tutela especial del crédito, la ejecución hipotecaria, ha sido incorporada en las leyes de ambos países.

A continuación vamos a estudiar estos procesos especiales de tutela del crédito, tanto en su configuración española como en la hondureña, centrándonos, como hemos anunciado, en los aspectos de interés probatorio y en los efectos que las pruebas ilícitas pueden tener en la consecución de una efectiva tutela del crédito.

⁷⁹¹ En este sentido, el comentario al Libro IV de los “Aspectos técnicos del proyecto dictaminado” señala que “el Código Procesal Civil prevé también procesos especiales. La intención ha sido establecer los imprescindibles. Pero quizás sean todavía demasiados también, y en realidad estamos igualmente, como en los numerosos casos recogidos anteriormente, ante tutelas procesales privilegiadas de carácter plenario, que el legislador no ha querido resolver estableciendo especialidades concretas, como ha hecho con las pretensiones dispositivas, sino articulando verdaderos procesos especiales. Pero no son especiales tanto por el procedimiento que prevén (normalmente el proceso abreviado), sino porque la pretensión que se tutela merece para la ley un tratamiento especial, de manera que únicamente puede conocerse de ella por el proceso que ha marcado la ley, quedando limitados dichos procesos especiales al objeto fijado legalmente”.

B. LOS PROCESOS ESPECIALES DE TUTELA DEL CRÉDITO

1. El proceso monitorio

Con este proceso se tutelan créditos dinerarios de cualquier importe, siempre y cuando la deuda sea líquida, determinada, vencida y exigible. Pero además, para poder iniciar un proceso monitorio la Ley exige que la deuda se acredite a través de cierto tipo de documentos (art. 812 LEC). En este sentido, el acreedor puede basar su petición en documentos en los que conste la firma –o cualquier impronta– del deudor, o bien en documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan ese tipo de créditos en la relación que existe entre el deudor y el acreedor. Podrán aportarse además los documentos comerciales que acrediten una relación duradera. Finalmente, podrá acudir al proceso monitorio cuando se trate de deudas acreditadas por certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

Se ha considerado, como veremos más adelante, que este listado de documentos tiene un carácter abierto, de manera que la interpretación de esta norma debe hacerse de manera flexible, procurando favorecer la tutela del crédito. Por consiguiente, lo indispensable para iniciar un proceso monitorio es que la deuda cumpla los requisitos enunciados en el artículo 812 LEC y que esté reflejada en un soporte documental.

En este sentido, cuando el acreedor presenta la petición inicial, el Secretario judicial verifica que se cumplan los requisitos del proceso monitorio y también la corrección formal de los documentos aportados. De acuerdo con el artículo 815.1 LEC, “si los documentos aportados con la petición (...) constituyeren un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquella, el Secretario judicial requerirá al deudor para que (...) pague al peticionario...”.

Como podemos observar, en el proceso monitorio la aportación de documentos es bastante permisiva, de manera que el crédito se puede sustentar en una gran variedad de estos: albaranes, contratos, certificaciones, telegramas, etc. Incluso, cuando conste en ellos la impronta del deudor, la Ley señala que pueden ser de cualquier forma, clase o soporte físico. Esto contrasta con las cualidades de otros procesos de tutela de crédito, el juicio cambiario y la ejecución hipotecaria, ya que en estos la Ley es mucho más estricta

en cuanto a la forma y contenido de los documentos que han de aportarse como justificación de la deuda⁷⁹².

Además, debemos observar que los documentos que permiten incoar el proceso monitorio son considerados como un *principio de prueba*. Si el deudor llega a oponerse al requerimiento de pago, el proceso se transformará y se celebrará el juicio ordinario que corresponda por motivo de la cuantía. Entonces, el documento monitorio se transformará en un *medio de prueba* y las partes podrán debatir sobre su ilicitud, a través del incidente regulado en el artículo 287 LEC. De esta manera, si el juez entiende que el documento fue obtenido a través de la vulneración de derechos fundamentales, no podrá valorarlo como prueba y tendrá que excluirlo del proceso. En efecto, hemos podido comprobar a través de varias sentencias de las Audiencias Provinciales, que analizaremos posteriormente, que en múltiples ocasiones el deudor cuestiona la licitud de la prueba en los procesos de tutela de crédito que iniciaron como un monitorio.

En Honduras el proceso monitorio ha sido regulado en los artículos 676 al 685 CPCH. La estructura, en general, es igual a la del monitorio español, pero existen a pesar de ello algunas diferencias entre ambos. En primer lugar, el monitorio hondureño está limitado a una cuantía de 200.000 Lempiras⁷⁹³. En segundo lugar, en Honduras este tipo de proceso es impulsado por el juez (como originalmente sucedía en España) y no por el Secretario judicial. Nos abstendremos por el momento de analizar el proceso monitorio hondureño, porque atenderemos este cometido en un acápite posterior de este mismo capítulo.

2. El juicio cambiario

El juicio cambiario se regula en los artículos 819 al 827 LEC⁷⁹⁴. Se trata de un proceso para la tutela privilegiada del crédito y, aunque su desarrollo está estructurado a

⁷⁹² Como veremos en seguida, en el caso del juicio cambiario, deberán ser necesariamente cheques, letras de cambio o pagarés, que cumplan los requisitos establecidos en la Ley Cambiaria y de Cheques. En cambio, cuando se trata de una ejecución hipotecaria, se presentará la escritura pública de constitución de la hipoteca.

⁷⁹³ Equivalentes a unos 8.117 Euros o 9.090 USD (actualizado a fecha 19 de septiembre de 2015).

⁷⁹⁴ Con relación al juicio cambiario podemos recomendar las obras de GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos*

través de la técnica monitoria⁷⁹⁵, tiene características particulares que lo distinguen de los demás procesos especiales.

La LEC establece que podrá acudir al juicio cambiario siempre que, al incoarlo, se presente una letra de cambio, cheque o pagaré, que reúna los requisitos previstos en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. Este proceso inicia con la interposición de una demanda sucinta ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado. Si el título presentado es formalmente correcto, el tribunal requerirá al deudor para que pague en el plazo de diez días y, al mismo tiempo, ordenará el embargo preventivo de los bienes del demandado por la cantidad que figure en el título ejecutivo.

El deudor podrá solicitar el alzamiento del embargo si se cumplen los requisitos del artículo 823 LEC. Ante el requerimiento de pago, podrá pagar o formular oposición. En éste último caso, deberá presentar demanda de oposición, alegando alguna de las causas previstas en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque⁷⁹⁶. Si el deudor no paga ni se oponga en el plazo legalmente establecido, el tribunal despachará ejecución por las cantidades reclamadas, según indica el artículo 825 LEC.

para el cobro de deudas: Monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía, 2ª ed., Ed. Civitas/ Thomson Reuters, Pamplona 2013; GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El juicio cambiario*, Ed. Juruá, Lisboa 2014; PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 2005; BONET NAVARRO, J., *Juicio cambiario y oposición del deudor: Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, Madrid 2004.

⁷⁹⁵ En este sentido, BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles en el Derecho español*, Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pp. 183-186.

⁷⁹⁶ De acuerdo con este artículo, “El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes: 1.ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma. 2.ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 3.ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado. Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo”. Sobre la oposición en el juicio cambiario véase también RODRÍGUEZ MORÁN, M. A., *Los motivos de oposición en el juicio cambiario*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián 2007; MARCO COS, J. M., “La oposición en el juicio cambiario”, en SOLAZ SOLAZ, E., (dir.), *Ejecución judicial de títulos extrajudiciales. Juicio cambiario y monitorio*, CGPJ, Madrid 2005, pp. 309-264.

Con relación al juicio cambiario y al objeto de nuestro estudio, la ilicitud probatoria, debemos apuntar que los títulos que justifican la procedencia de esta clase de juicios responden a una serie de características legales reguladas en la Ley Cambiaria y del Cheque. En este sentido, como su emisión y uso están estrictamente regulados, es difícil que en un juicio cambiario se alegue la ilicitud de una prueba⁷⁹⁷.

Por otro lado hemos de tener en cuenta que, aunque el juicio cambiario está regulado en la LEC, el Código Procesal hondureño no recoge este tipo de proceso. En Honduras, el cobro de las deudas consignadas en los títulos valores se hace directamente a través de la ejecución de títulos extrajudiciales. De acuerdo con el artículo 782.3 CPCH, “procede la ejecución forzosa cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible: (...) Títulos valores y demás documentos mercantiles a los que la ley les haya conferido fuerza ejecutiva”⁷⁹⁸.

De acuerdo con el CPCH, el proceso comienza con una demanda de ejecución, a la cual se acompaña el título, que se presenta ante el Juzgado de Letras que corresponda según las normas generales de atribución de la competencia. Reconocida la legitimación del actor y la fuerza ejecutiva del título, sin citación contraria, el juez da trámite a la demanda, expidiendo mandamiento ejecutivo. Se requiere de pago al deudor, quien deberá pagar en el acto, pero también se procede al inmediato embargo de los bienes que haya señalado el acreedor para estos fines.

⁷⁹⁷ Tras haber realizado una investigación exhaustiva, tenemos muy escasas referencias de sentencias de juicios cambiarios en donde se haya alegado la ilicitud probatoria. Podemos citar el caso de la SAP de Castellón, sección 3ª, no. 13/2006 de 20 de enero (JUR\2006\180805), en la que se resuelve un recurso de apelación interpuesto por un deudor cambiario después de que su demanda de oposición fuera desestimada en instancia. Entre otros motivos, el apelante alega la tenencia ilícita del pagaré, y pretende que se aplique la teoría de los frutos del árbol envenenado para excluir el título cambiario y otras pruebas. Sin embargo, el recurrente no justifica debidamente el motivo y la AP desestima el recurso. De acuerdo con la sentencia: “El artículo 67 en su párrafo primero establece que el demandado cambiario podrá oponer la excepción de la inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma, y en su párrafo segundo la falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, pero nada de esto argumenta o prueba la parte, quien no niega la autenticidad de las firmas, ni razona nada diferente a los hechos que expuso en la querrela presentada, remitiéndose a la teoría del árbol envenenado sin explicar siquiera en este supuesto en que sería aplicable, lo que lleva a desestimar el recurso de apelación y a confirmar en definitiva la resolución recurrida”.

⁷⁹⁸ Los títulos valores están regulados en el Código de Comercio hondureño, en los artículos 449 y ss.

El ejecutado puede pagar u oponerse a la ejecución en el plazo de 3 días, alegando las excepciones previstas en la Ley (art. 792 CPCH y 465 del Código de Comercio). La sentencia dictada en estos procesos ejecutivos no producirá efecto de cosa juzgada, de forma que queda a salvo el derecho de las partes para promover el proceso ordinario que corresponda sobre la misma cuestión (art. 798 CPCH).

3. La ejecución hipotecaria

Este es el procedimiento adecuado para exigir el pago de deudas garantizadas mediante hipoteca, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas por la Ley para este proceso especial de ejecución (arts. 681)⁷⁹⁹. De acuerdo con el artículo 682 LEC se requiere que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta, que conste un domicilio fijado por el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones, y que el registrador haga constar en la inscripción de la hipoteca estas circunstancias.

La Ley determina ciertas normas especiales para fijar la competencia, dependiendo si se trata de bienes hipotecadas inmuebles, muebles o buques (art. 684 LEC). El acreedor deberá presentar demanda ejecutiva, acompañando los documentos pertinentes y dirigiéndose, según corresponda, contra el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado la adquisición del bien. En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará a requerir de pago a las personas demandadas. El tribunal reclamará del Registro una certificación para corroborar la subsistencia de la hipoteca o, en su caso, la cancelación o modificaciones que pueda haber sufrido (art. 688 LEC). A la vez, el registrador hará constar la expedición de dicha certificación con motivo del procedimiento judicial. Asimismo ha de notificarse el procedimiento a los acreedores posteriores, al tercero poseedor y a los arrendatarios u ocupantes del inmueble, si los hubiera. Pasados treinta

⁷⁹⁹ Con relación a la ejecución sobre bienes hipotecados véase MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca Inmobiliaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012; CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2014; SOSPEDRA NAVAS, F. J. (dir.), *La ejecución hipotecaria: Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2009; GUTIÉRREZ ALONSO, D./ OBÓN DÍAZ, A., *La ejecución judicial directa sobre inmuebles hipotecados*, Ed. Bosch, Barcelona 2011.

días desde el requerimiento de pago o la realización de las notificaciones antedichas, se procederá a la subasta del bien o finca hipotecada. La subasta y el pago del crédito se realizarán conforme a los artículos 691 y 692 LEC⁸⁰⁰.

En los procesos especiales de ejecución hipotecaria solo se admitirá la oposición por causas materiales cuando ésta se funde en los motivos enunciados en el artículo 695.1 LEC⁸⁰¹. Adicionalmente, el ejecutado podrá oponerse por defectos procesales (art. 559 LEC) o porque se hayan realizado infracciones legales en el curso de la ejecución (art. 562 LEC).

Al igual que observamos con relación al juicio cambiario, también sucede en este tipo de procesos que los documentos que sustentan la deuda y dan pie a la ejecución se adecúan a una estricta normativa legal –se trata incluso de escrituras públicas, de información y circunstancias que constan en registros públicos–. En este sentido, la alegación de ilicitud probatoria difícilmente tendrá cabida en un proceso de ejecución hipotecaria⁸⁰².

En todo caso si se produjera, por ejemplo, la vulneración de un derecho fundamental que constituyera a la vez un delito, se podría suspender la ejecución por prejudicialidad penal (art. 697 LEC), pero no se estaría discutiendo realmente la exclusión de una prueba conforme a los artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC. Si se trata de la nulidad del título, lo que procede más bien es ventilarla a través del juicio ordinario que

⁸⁰⁰ A partir del 15 de octubre de 2015 entrará en vigencia Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que viene a actualizar ciertas estructuras de la ejecución hipotecaria. Destacamos la introducción de la subasta electrónica, con la que se persigue el aumento de la concurrencia y, por tanto, de las posibilidades de venta y de que ésta se realice por mejor precio.

⁸⁰¹ Son motivos de oposición: la extinción de la garantía o de la obligación garantizada; la existencia de un error en la determinación de la cantidad exigible de forma que el ejecutante y el ejecutado presenten distintos saldos de cierre de una cuenta; la sujeción del bien a otra hipoteca anterior; la fundamentación de la ejecución en una cláusula contractual abusiva.

⁸⁰² La SAP de Granada, sección 5ª, no. 322/2007 de 13 de junio (JUR\2008\25487), refiere un proceso que resulta de un préstamo hipotecario. En este caso el banco ya había ejecutado la garantía hipotecaria, pero el precio obtenido en el remate no era suficiente para cubrir la totalidad del crédito. Por tanto, el banco entabló un nuevo proceso ordinario para intentar cobrar el remanente de la deuda. En este segundo proceso de tutela ordinaria se alegó la ilicitud de una prueba, pero la AP desestimó el recurso. De todas formas, vemos que el debate sobre la ilicitud de la prueba se genera en el proceso ordinario, pero no en el desarrollo de la ejecución de la hipoteca.

corresponda, sin que ello permita suspender ni entorpecer el proceso de ejecución (art. 698 LEC)⁸⁰³.

Por otra parte, en Honduras el CPCH también regula la ejecución hipotecaria en los artículos 887 al 911, cuya aplicación procede básicamente en los mismos supuestos que contempla la LEC⁸⁰⁴. Así, la solicitud de ejecución se dirige frente al deudor, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor de los bienes hipotecados, según el caso. El tribunal ha de dictar un mandamiento de ejecución, haciendo el requerimiento de pago y solicitando al Registro de la Propiedad que certifique el estado de la hipoteca. Se notificará igualmente al titular del bien inscrito en el Registro y a los acreedores posteriores. Transcurridos treinta días desde el requerimiento de pago y la práctica de las notificaciones oportunas, se convocará para realizar la subasta (arts. 907 al 911 CPCH).

Los motivos de oposición se regulan en el artículo 899 CPCH. Establece esta norma que el ejecutado sólo podrá oponerse si alega la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, error en la determinación de la cantidad exigible y, en el caso de que se ejecute una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, porque exista una garantía real o un embargo anteriores al gravamen que se ejecuta. El motivo de oposición ha de alegarse por escrito antes de que se realice la convocatoria de la subasta. El juez procederá a suspender la ejecución y celebrará una audiencia con las partes, en la cual se admitirá la presentación de pruebas documentales.

⁸⁰³ Sobre este particular, explican MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 861; que el incidente declarativo [de oposición] que se da en la ejecución es sumario, y por tanto muy limitado en cuanto a las alegaciones del ejecutado, los medios de prueba y la cognición judicial. En este sentido, la LEC remite al ejecutado al proceso ordinario común para debatir sobre la nulidad del título, el vencimiento, la certeza, la extinción y la cuantía de la deuda. No obstante, el proceso declarativo plenario no podrá utilizarse para debatir sobre la regularidad formal del proceso de ejecución (cuestión que debe quedar ya resuelta en la misma ejecución), sino que podrá versar solo sobre la relación jurídica material.

⁸⁰⁴ De acuerdo con el artículo 888 CPCH, “para que proceda la ejecución directa y exclusiva sobre bienes hipotecados será necesario que en la escritura pública de constitución de la hipoteca se determine el valor de tasación del bien hipotecado que habrá de servir como tipo en la subasta, y se establezca un domicilio fijado por el deudor, y en su caso por el hipotecante no deudor, a efectos de notificaciones y requerimientos. En la inscripción registral de la hipoteca deberán hacerse constar ambas circunstancias”.

Al igual que sucede en España, si el deudor quisiera alegar otros motivos de oposición, como la nulidad del título, tendrá que oponerse a la ejecución en juicio declarativo ordinario. Por otra parte, se permite también la suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal.

A pesar de que la ejecución hipotecaria ha sido un instrumento cuya aplicación práctica se ha puesto de relieve en Honduras⁸⁰⁵, no entraremos a estudiarlo en profundidad porque tampoco disponemos de sentencias o casos que revelen la incidencia de pruebas ilícitas en este tipo de procesos.

En consecuencia, hemos decidido centrar nuestro análisis en el proceso monitorio por dos motivos: Primero, porque la flexibilidad en la regulación de los documentos del proceso monitorio, y la posibilidad de que éste se transforme en un proceso ordinario o verbal tras la oposición del deudor, hace que en este tipo de procesos tenga mayor incidencia el tema de la ilicitud probatoria; segundo, porque este proceso se regula como tal, tanto en la LEC española como en el CPCH, permitiéndonos estudiar el tema de forma comparativa, teniendo en cuenta ambos países.

III. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EN LA LEC ESPAÑOLA Y CPC HONDUREÑO

A. EL PROCESO MONITORIO ESPAÑOL

1. Aspectos introductorios

El proceso monitorio encuentra su *origen histórico* en Italia, donde se creó en el S. XIV con el objetivo de lograr rápidamente un título ejecutivo, denominado *mandatum o praeceptum de solvendo cum clausula iustificativa*. Surge como una reacción frente al *solemnis ordo iudiciarius*, o proceso civil ordinario, que no respondía

⁸⁰⁵ Desde finales de 2010, cuando entró en vigencia el CPCH, la cantidad de ejecuciones hipotecarias ha ido en ascenso. De acuerdo con los datos estadísticos obtenidos con relación al Juzgado de Letras Civil del Departamento de Francisco Morazán, se realizaron 69 ejecuciones hipotecarias en 2011, 56 en 2012 y 615 en 2013 (datos del “Control de demandas ingresadas en el Juzgado de Letras de lo Civil de Francisco Morazán, en el período comprendido entre los años 2010 al 2014”, proporcionados por la Juez Coordinadora de dicho Juzgado, la Sra. Ingrid Ramos, en enero de 2015).

adecuadamente a las exigencias comerciales de obtener una tutela rápida y efectiva⁸⁰⁶. De allí se extendió a otros países europeos, principalmente Alemania, y eventualmente fue adoptado también en España.

Su *denominación* se deriva de la “monición”⁸⁰⁷ (advertencia o intimación) que se hace por la autoridad judicial al deudor requiriéndole que pague o dé razones para no hacerlo, e indicando que de lo contrario se procederá a la ejecución⁸⁰⁸. Así, el proceso monitorio “es un instrumento pensado para crear rápidamente un título ejecutivo sin necesidad de un proceso ordinario previo, con la sola base de que la parte interesada presente ante el tribunal un documento con el que fundadamente pueda acreditarse una deuda dineraria por cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible”⁸⁰⁹.

El *objeto* del proceso monitorio es la denominada pretensión monitoria, que consiste en pedir al órgano judicial que el documento que se aporta se transforme en un título que lleve aparejada la ejecución. En otras palabras, su finalidad es la de declarar el derecho del acreedor y proporcionarle un título ejecutivo que le permita exigir judicialmente el pago de la deuda. Constatamos así que se trata de un instrumento procesal para la protección específica privilegiada del crédito⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818 del Capítulo I del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: del proceso monitorio”, en *Ejecución de títulos extrajudiciales. Juicio cambiario y monitorio*, Colección Estudios de Derecho Judicial no. 69, CGPJ/ Generalitat Valenciana, Madrid 2005, p. 395; GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas...*, cit., pp. 27-33.

⁸⁰⁷ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, monición es un consejo o advertencia que se da a alguien. Definición disponible en línea en <http://lema.rae.es/drae/?val=monici%C3%B3n>.

⁸⁰⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818...”, cit., p. 391; BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., p. 21.

⁸⁰⁹ Definición de MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 809.

⁸¹⁰ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 813; afirma que la importancia práctica del proceso monitorio radica en que “poco a poco va convirtiéndose en el mejor medio para luchar contra la morosidad y, por tanto, es prácticamente el único instrumento jurídico eficaz para la protección procesal del crédito. Ello ha ocurrido en otros países también y el nuestro no tiene por qué ser una excepción. Sin

El proceso monitorio regulado en la LEC es de *carácter documental*, puesto que se basa en la existencia de ciertos documentos que, sin ser títulos ejecutivos, gozan de una mínima fehaciencia porque responden a créditos y débitos normales en el tráfico económico diario (facturas, albaranes, minutas de honorarios, etc.)⁸¹¹. Dichos documentos, aportados por el peticionario, serán la base del proceso monitorio y determinarán el contenido de la deuda y el alcance de la ejecución.

Por otro lado, es importante hacer referencia a la *técnica monitoria* que configura estos procesos. El peticionario solicita al órgano judicial que requiera al deudor para que cumpla su obligación de pago, dé razones para no hacerlo o formule oposición, advirtiéndole que de no hacerlo podrá abrirse la ejecución. En este sentido, la técnica monitoria se caracteriza por una ausencia de audiencia inmediata del deudor. Si el proceso logra su fin, se desarrollará sin que el deudor ejerza su derecho de contradicción; pero esto no significa que se suprima la garantía de contradicción, sino solo que su ejercicio se aplaza. El deudor podrá en todo caso expresar los motivos por los que no debe cierta cantidad y, al formularse la oposición, el debate será diferido al proceso ordinario que se desarrollará posteriormente. De esta forma el deudor podrá ejercer su derecho de defensa sin que haya limitación alguna.

Otro aspecto importante a considerar es la *naturaleza* del proceso monitorio⁸¹². Se trata de una naturaleza mixta, ya que en su primera fase es un proceso declarativo

funciona correctamente, acabará convirtiéndose en el único proceso documental para la protección del crédito, incluso desvalorizando el ejecutivo cambiario, con un porcentaje escasísimo de oposiciones. De hecho, hoy ya representa más del 60% de todos los procesos civiles incoados en nuestros juzgados y tribunales”.

⁸¹¹ BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., p. 40. Existe en otros países, como Alemania, el proceso monitorio “puro”, en el cual no se requiere presentar ningún documento, sino que el requerimiento de pago se basa en la manifestación realizada por el acreedor. Se prescinde de la necesidad de justificar la apariencia de buen derecho de la deuda y la oposición del deudor deja sin efecto el requerimiento. En este sentido, MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio. Comentarios y formularios*, 2ª ed., Ed. Lex Nova/ Thomson Reuters, Valladolid 2013, p. 37.

⁸¹² La doctrina ha venido discutiendo cuál es realmente la naturaleza del proceso monitorio. Por un lado hay quien se ha cuestionado si se trata de un *procedimiento de jurisdicción voluntaria* en el que no se declara un derecho, sino solo que se proteja por el órgano judicial ordenando un requerimiento de pago. En este sentido GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2008, p. 35. Se ha planteado además que el proceso monitorio pueda ser un *proceso declarativo especial*, como lo indica GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1972, p.

especial y en la segunda fase es un proceso ejecutivo especial⁸¹³. Así, como veremos a continuación, desde que se realiza la petición por parte del acreedor hasta que se crea el título se trata de un proceso declarativo especial, dado que hay una necesidad previa de declaración antes de satisfacer la pretensión interpuesta. En esta primera fase el órgano judicial realiza una función cognoscitiva, analiza el documento y vigila si concurren los requisitos legales antes de dar traslado al deudor. La segunda fase implica dos posibilidades distintas de transformación. Si la pretensión monitoria triunfa, se transforma el juicio en una ejecución especial. En cambio, si el deudor se niega a pagar la deuda, se abandonará el cauce monitorio, transformándose en un proceso ordinario.

2. Casos en que procede

De acuerdo con el artículo 812 LEC, podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de una deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, siempre y cuando ésta resulte acreditada documentalmente en la forma que establece dicho artículo. Así, el primer requisito es que se trate de una deuda dineraria, ya sea que se haya contraído en moneda española o extranjera⁸¹⁴. No puede solicitarse a través del proceso monitorio el cumplimiento de otro tipo de obligaciones (por ejemplo la entrega de una cosa, o la ejecución de una obra).

El importe de la deuda, tras varias reformas legales, es ilimitado, pero se exige que sea determinado o fácilmente determinable a través de una sencilla operación

36. Pero también hay quienes sostienen que el monitorio carece de fase declarativa y que es realmente un proceso ejecutivo especial. En este sentido L. Conc.A NAVARRETE, J. M., *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Ed. Dykinson, Madrid 2000, p. 45. Sobre las distintas posturas que analizan la naturaleza del proceso monitorio véase BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., pp. 27-33; PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito...*, cit., pp. 24-26; GONZÁLEZ LÓPEZ, R., "Sobre la debatida naturaleza jurídica del proceso monitorio", *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 15, no. 2, 2003, pp. 359-365.

⁸¹³ Así, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., pp. 810 y 811.

⁸¹⁴ Se admite que la deuda se haya pactado en moneda extranjera, siempre y cuando sea convertible a Euros conforme al cambio oficial. En este sentido BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., pp. 55 y 56; PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito...*, cit., p. 27.

aritmética⁸¹⁵. Debe tratarse de una deuda que ya sea líquida, por lo cual se excluyen otras cosas y especies fungibles o computables a metálico. Además, la deuda debe estar vencida cuando se presenta la solicitud inicial, de manera que se haya cumplido ya el tiempo para su cumplimiento y que no esté sometida a ninguna condición suspensiva. Otro requisito es la exigibilidad de la deuda, es decir que no puede estar sometida a condiciones de cumplimiento o contraprestaciones.

Además de las características de la deuda monitoria, es importante tener en cuenta la clase de documentos en que ésta ha de constar. En este sentido, el artículo 812 LEC contempla dos grupos diferentes. El primero se refiere a los documentos bilaterales en los que consta la participación del deudor a través de su firma, sello, impronta o cualquier tipo de marca o señal física o electrónica. Pueden ser documentos de cualquier forma y clase, independientemente de su soporte físico o electrónico.

Un segundo grupo de documentos está constituido por aquellos que se han emitido unilateralmente por parte del acreedor. Se trata de facturas, albaranes, certificaciones, telegramas, faxes u otros, siempre y cuando sean de los que habitualmente se utilizan para documentar los créditos y deudas en la clase de relación que exista entre el acreedor y el deudor. Junto con el documento que sustenta la deuda podrá presentarse también algún documento comercial que acredite que se trata de una relación anterior y duradera. Además, la LEC también permite que la deuda monitoria se acredite mediante certificaciones de impago emitidas por las Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos cuando se trate de gastos comunes adeudados.

Los documentos que se presentan con la solicitud del proceso monitorio pueden llegar a convertirse en medios de prueba si el deudor se opone al requerimiento de pago y se inicia un proceso posterior. Por este motivo, volveremos a tratar este tema cuando analicemos los supuestos de ilicitud probatoria surgidos a partir de procesos monitorios. De momento cabe señalar que el listado del artículo 812 LEC debe entenderse como una

⁸¹⁵ En su redacción original, la LEC limitaba el importe a cinco millones de pesetas (30.000 Euros), para garantizar que las deudas de mayor importe se tramitaran por el procedimiento ordinario y gozaran así de todas las garantías del mismo. Sin embargo, con el transcurso de los años se fue demostrando la eficacia del proceso monitorio y el legislador fue aumentando paulatinamente la cuantía, hasta que finalmente la eliminó mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

enumeración abierta, no sometida a formalismos excesivos. El papel del tribunal consistirá, pues, en ponderar la verosimilitud del documento para determinar si da una apariencia de buen derecho a la deuda que en él se consigna.

3. Órgano judicial competente

El órgano judicial competente para conocer del proceso monitorio es el Juzgado de Primera Instancia (JPI) del domicilio o residencia del deudor (art. 813.1 LEC)⁸¹⁶. No obstante, cuando se desconozca dónde reside el deudor, será competente el JPI del lugar en donde éste pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago. La competencia en los procesos monitorios se fija imperativamente por la Ley, de forma que no serán aplicables a éstos las normas referidas a la sumisión expresa ni las de la sumisión tácita. El órgano judicial deberá controlar de oficio este presupuesto procesal y, en todo caso si no lo hiciera, el deudor podría denunciarlo a través de la declinatoria⁸¹⁷. Por otra parte, en caso de que se diera una acumulación objetiva, se aplicarán las reglas generales establecidas en el artículo 53 LEC⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Sobre la competencia en los procesos monitorios véase BERMÚDEZ REQUENA, J. M., “Los fueros legales del proceso monitorio (art. 813 LEC): Problemas y soluciones en la práctica jurisprudencial”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, no. 758, 2008; BARRENENGOA GUTIÉRREZ, A., “El juez competente para conocer del procedimiento monitorio: cuestiones prácticas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, no. 87-88, 2010, pp. 493-519; QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio: Estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-Justicia*, Ed. La Ley, Madrid 2011, pp. 189-223.

⁸¹⁷ Véase BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., pp. 69-73. Otra posibilidad sería que el deudor alegue la falta de competencia como un motivo de oposición al requerimiento de pago.

⁸¹⁸ Existe cierto debate doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la atribución de competencia a los Juzgados Mercantiles para conocer procesos monitorios. Hay que considerar, por un lado, que el art. 813 se refiere expresa y únicamente a los JPI y que, pese a las distintas reformas que ha sufrido la LEC, no se ha establecido que también sean competentes los Juzgados Mercantiles. Por otro lado se argumenta que la LOPJ establece las materias que son competencia de los Juzgados Mercantiles (art. 86 bis y ter), independientemente del proceso a través del cual se ventilen (ordinario, verbal, monitorio, etc.). Con relación a este punto puede consultarse: PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, Ed. La Ley, Madrid 2015, pp. 83-86; QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., pp. 191-193; MUERZA ESPARZA, J., “El proceso monitorio y los juzgados de lo mercantil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, no. 801, 2010; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “De nuevo sobre las dudas del proceso monitorio en el Juzgado de lo Mercantil”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 3, 2010.

4. Petición inicial del procedimiento monitorio

El artículo 814 LEC establece cómo ha de realizarse la petición inicial del procedimiento monitorio. La primera observación a hacer es que el legislador huye formalmente del término “demanda”, posiblemente porque se trata de un escrito más sencillo e informal, para el cual puede utilizarse un formulario impreso, y que no requiere postulación procesal. Sin embargo, esta petición inicial cumple realmente la función de una demanda, ya que plantea una petición ante un tribunal y pone en marcha la actividad jurisdiccional⁸¹⁹.

La petición inicial, formulada siempre por el acreedor, deberá contener necesariamente los datos a los que se refiere el artículo 814 LEC. En este sentido expresará la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor (o lugar en donde residieran o pudieran ser hallados), el origen y la cuantía de la deuda⁸²⁰. Además, se debe acompañar los documentos que fundamentan la pretensión, en los que consta la deuda, según lo indicado en el artículo 812 LEC.

Como hemos señalado anteriormente, la naturaleza particular del proceso monitorio conlleva que se pueda prescindir de ciertas formalidades, con el fin de lograr una tutela más ágil. La Ley señala que la petición inicial podrá extenderse en impreso o

⁸¹⁹ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818...”, cit., p. 412; BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., pp. 95-99; GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas...*, cit., pp. 144 y 145. Discrepan PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito...*, cit., pp. 94 y 95; QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., p. 255. Considera éste último que no se trata verdaderamente de una demanda, ya que no contiene relación de hechos ni fundamentación jurídica. Nosotros estimamos que, si bien la petición inicial del proceso monitorio no presenta todo el contenido ni las formalidades de una demanda, operativamente sí funciona como tal. En todo caso, estos aspectos deberán tomarse en cuenta en el proceso que se pueda desarrollar tras la oposición de deudor, tema que analizaremos más adelante.

⁸²⁰ Señala MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., p. 257; que “no es exigible a la petición inicial un detalle extenso sobre el origen y la cuantía de la deuda, bastando una simple mención que permita al deudor conocer ‘qué’ y ‘por qué’ se le reclama”. No obstante, aclara el autor, es conveniente que se incluyan datos suficientes como para que el tribunal pueda formar un criterio cierto sobre su propia competencia objetiva.

formulario⁸²¹ y que para su presentación el acreedor no precisa valerse de procurador ni de abogado (art. 814.2 LEC)⁸²².

En el escrito de petición inicial podrán incluirse además, de forma expresa, aquellas peticiones que el acreedor realiza al Órgano Judicial. En este sentido, por ejemplo, podrá solicitar⁸²³:

- Que se admita el escrito y los documentos que lo acompañan, y se tenga por promovido el procedimiento monitorio;
- Que se requiera al deudor para que pague en el plazo de 20 días, y para el caso de que no comparezca ni formule oposición, se dicte decreto dando por terminado el proceso monitorio y se dé traslado del mismo al acreedor para que pueda instar el despacho de ejecución;
- Que si el deudor se opone por escrito, se convoque a las partes a la vista prevista para el juicio verbal o se conceda al acreedor el plazo de un mes para formular la demanda de juicio ordinario⁸²⁴.

⁸²¹ La administración de justicia pone a disposición del público distintos formularios, que también pueden obtenerse de forma gratuita online; así por ejemplo: www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/ATENCI%25C3%2593N%2520CIUDADANA/FICHERO/20120316%2520Proceso%2520monitorio.%2520Impreso%2520normalizado.pdf+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es.

⁸²² Por tanto, en esta etapa del procedimiento e independientemente de la cuantía el acreedor puede optar entre comparecer por sí mismo o, si lo desea, contar con la asistencia de procurador y abogado. Posteriormente, si hay oposición del deudor, será necesario complementar la capacidad de postulación mediante la concurrencia de estos profesionales (art. 818.1 LEC), siempre y cuando la cuantía supere los dos mil euros. En este sentido, MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 817; QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., p. 247.

⁸²³ QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., pp. 265 y 266.

⁸²⁴ La doctrina ha analizado la posibilidad de que el acreedor pida la adopción de medidas cautelares en la solicitud inicial del proceso monitorio. Para cierto sector, no es posible solicitar la adopción de medidas cautelares, tanto por motivos formales como de fondo: “Formalmente, porque si se cumplen los trámites previstos legalmente, el proceso monitorio es lo suficientemente rápido como para que el peligro por el retraso no sea presupuesto a considerar... Materialmente (...) la demanda monitoria persigue que la deuda motive un título ejecutivo, que de ser incumplido permita entrar directamente en ejecución, por tanto, en fase de embargo ejecutivo si solución de continuidad. Pensar en una tramitación previa de ese embargo como medida cautelar haría inútil este esfuerzo ante la inevitabilidad de la ejecución”. Así se expresa GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818...”, cit., pp. 412-413. No obstante, hay quienes defienden la posición contraria. QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso*

5. Requerimiento de pago

Una vez presentada la petición inicial del proceso monitorio, será el secretario judicial quien controle su corrección formal y la admita a trámite. Para ello deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales básicos y, sobre todo, la aportación del documento que justifica la deuda reclamada⁸²⁵. La inadmisión de la petición, en cambio, será siempre competencia exclusiva del juez. Así, cuando el secretario entienda que no concurren los requisitos para admitir la petición a trámite, dará cuenta al Juez para que éste la examine y determine si puede o no ser admitida. El juez deberá entonces controlar los requisitos procesales de la petición-demanda y también los requisitos específicos de los documentos aportados, conforme al artículo 812 LEC.

Es menester que tales documentos reflejen la existencia de la deuda y de la relación entre el acreedor y el deudor. En este sentido, el artículo 815.1 LEC determina que dicha documentación deberá constituir un *principio de prueba*, es decir que “no se trata de una prueba que produzca total convicción, sino de una apariencia, de unos elementos que hagan considerar inicialmente como ciertos los hechos relevantes” alegados por el peticionario⁸²⁶.

Si la petición y los documentos cumplen los requisitos exigidos por la Ley, el secretario procederá a requerir al deudor para que en el plazo de 20 días pague al peticionario o comparezca ante el Tribunal para presentar escrito de oposición, advirtiéndole que, de no hacerlo así, se despachará ejecución contra él. El deudor podrá

monitorio..., cit., p. 280; entiende que, así como el artículo 21.5 de la Ley de Propiedad Horizontal permite solicitar el embargo preventivo en el juicio monitorio, parece razonable que en los restantes casos pueda instarse en embargo preventivo o cualquier otra medida cautelar mediante otrosí.

⁸²⁵ El Secretario realizará la admisión se realizará a través de un decreto, de acuerdo con el artículo 206.2 LEC. En este sentido, GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas...*, cit., p. 163.

⁸²⁶ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 140. El TS define el principio de prueba como “todo elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de determinados hechos, induzca sin embargo a una creencia racional de su certeza” (STS de 29 de noviembre de 1975 [TOL4.251.199]).

optar entre pagar el crédito, acreditando la suma exigida ante el Tribunal, o alegar las razones por las que, a su entender, no debe en todo o en parte la cantidad reclamada.

La citación se realizará conforme al artículo 161 LEC. Se le entregará la notificación al deudor en la sede del Tribunal o en su domicilio, documentándose la entrega por medio de diligencia firmada por el funcionario, procurador o persona que la efectúe, y por la persona que la reciba. Si el deudor fuera hallado pero se negara a recibir el requerimiento, o a firmar la diligencia, el funcionario o procurador que la práctica le hará saber que la notificación queda a su disposición en la Oficina judicial, con lo cual se producirán los efectos de la comunicación. En caso que el deudor no fuera encontrado en las direcciones facilitadas por el acreedor, se procederá según determina el artículo 161 LEC en sus numerales 3, 4 y 5.

Con relación a este tema, el TC ha señalado que los actos de comunicación son una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la indefensión. Así, el “emplazamiento ha de ser realizado por el órgano judicial con todo cuidado, cumpliendo las normas procesales que regulan dicha actuación a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación”⁸²⁷.

El artículo 815.2 indica además cómo ha de procederse cuando se trata de reclamaciones de deudas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos (art. 812.2.2º LEC). En estos casos la notificación se efectuará en el domicilio designado por el deudor para las notificaciones y citaciones relacionadas con la comunidad de propietarios. Si el deudor no hubiera designado tal domicilio, se intentará la comunicación en el piso o local que ha generado la deuda y, si tampoco se pudiera realizar de este modo, se le notificará a través de comunicación edictal, según se regula en el artículo 164 LEC.

⁸²⁷ STC 117/2005, de 9 de mayo (RTC 2005\117), con relación a la STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9). También, MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., p. 279. Este autor destaca la necesidad de que el deudor conozca el contenido del requerimiento, por lo que ha de analizarse con visión crítica la posibilidad de aplicar en los requerimientos monitorios el numeral 3 del artículo 161. En sentido similar se expresa GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818...”, cit., p. 421; quien considera que “las graves consecuencias que supone la incomparecencia del deudor deberían llevar a exigir mayores garantías sobre que el mismo [tenga] conocimiento de la existencia del proceso”.

Por otro lado, establece el artículo 815.3 LEC que cuando de la documentación aportada se desprenda que la cantidad reclamada es incorrecta, el juez puede plantear al peticionario una propuesta de requerimiento de pago por un importe inferior al inicialmente solicitado. El peticionario, una vez informado de dicha propuesta, contará con un plazo de hasta diez días para responder a la misma; de lo contrario se le tendrá por desistido.

6. Respuesta del deudor y resolución del procedimiento

a) Pago del deudor y archivo de las actuaciones

Si el proceso monitorio cumple con su objetivo, el deudor al ser requerido procederá a efectuar el pago que se le ha exigido⁸²⁸. Como hemos dicho, comparecerá ante el órgano judicial para acreditar la suma adeudada. Para ello ha de tomarse en cuenta la regulación establecida en el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores. En este caso, el artículo 817 LEC señala que el secretario acordará el archivo de las actuaciones en cuanto el deudor realice el pago. Así mismo, deberá extenderle el respectivo comprobante del pago.

También es posible que, ante el requerimiento y siempre dentro del plazo de 20 días, el deudor acuda directamente ante el acreedor para efectuar el pago. La Ley no se pronuncia expresamente en este sentido pero, en todo caso, será conveniente que el acreedor extienda al deudor un comprobante de pago y que éste sea presentado ante el órgano judicial, para evitar que se despache ejecución⁸²⁹.

b) Incomparecencia del deudor y despacho de ejecución

En este segundo supuesto contemplamos aquellos casos en los que el deudor mantiene una actitud pasiva, es decir que no atiende el requerimiento de pago ni alega

⁸²⁸ En el año 2014, un 7,3% de los procesos monitorios finalizó mediante el pago del deudor, según indica el informe anual del CGPJ, *La justicia dato a dato. Año 2014...*, cit., p. 61.

⁸²⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., p. 288; considera que es eficaz tanto el pago procesal como el extraprocésal, de manera que cabe la consignación en la cuenta del Juzgado o el pago directo al acreedor.

las razones por las que considera que no ha de pagar. También en este supuesto se cumplirá el objetivo del proceso monitorio, ya que se producirá un título ejecutivo que permitirá a su vez despachar la ejecución y lograr la tutela del crédito⁸³⁰.

Ante la actitud pasiva del deudor y transcurrido el plazo de 20 días que se le dio para pagar o comparecer, el Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio en su etapa declarativa. Asimismo, dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución –que incluirá los intereses legales⁸³¹– bastando para ello con la mera solicitud (art. 816.1 LEC)⁸³².

De este modo, el proceso monitorio se transforma, convirtiéndose en un proceso especial de ejecución. El auto a través del cual se despacha la ejecución es el título ejecutivo⁸³³ y el procedimiento a seguir es el que corresponde a la ejecución de títulos judiciales. Se iniciará pues el proceso de ejecución forzosa (arts. 549 LEC y ss.), pudiendo el deudor formular oposición según lo dispuesto en el artículo 556 LEC⁸³⁴.

Es importante referir que la LEC establece que esta ejecución tendrá eficacia de cosa juzgada, ya que ni el deudor ni el acreedor podrán pretender en ulterior proceso

⁸³⁰ En el año 2014 un 37,4% de los procesos monitorios terminó en ejecución, como podemos observar, una cifra relevante, de acuerdo con el informe del CGPJ, *La justicia dato a dato. Año 2014...*, cit., p. 61.

⁸³¹ Se trata de los intereses de mora procesal a los que se refiere el artículo 576 LEC.

⁸³² No hace falta, por tanto, que el acreedor presente una demanda ejecutiva, sino que será suficiente que presente una solicitud. En este sentido, GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas...*, cit., p. 204.

⁸³³ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 819. No obstante, considera QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., pp. 325-327; que el título ejecutivo estará constituido por el decreto que dicte el secretario judicial que da por terminado el proceso monitorio ante la pasividad del deudor.

⁸³⁴ De acuerdo con el artículo 556.1 LEC, el deudor podrá oponerse a la ejecución alegando el pago de la deuda, siempre y cuando lo justifique documentalmente. También podrá alegar la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, pero para ello será necesario que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

ordinario la cantidad reclamada en el monitorio, ni la devolución de la cantidad que se obtuviera tras la ejecución forzosa⁸³⁵.

c) Oposición del deudor y transformación del proceso

Además de realizar el pago o guardar una actitud pasiva, otra de las posibles conductas que puede adoptar el deudor es la de oponerse al requerimiento (art. 818 LEC)⁸³⁶. Con ello estaría ejerciendo los derechos de defensa y contradicción, recogidos en el artículo 24 CE. El deudor comparecerá ante el órgano judicial en el plazo de 20 días y, a través de un escrito sucinto, alegará las razones por las que, a su entender, no debe en todo o en parte la cantidad reclamada.

En este sentido, es necesario que el deudor exponga algún fundamento, aunque breve, de los motivos por los que considera que no ha de pagar. La Ley no hace ninguna restricción en cuanto a los fundamentos de la oposición, de forma que el deudor puede alegar cualquier motivo, ya sea procesal o material⁸³⁷. Por el contrario, una oposición totalmente infundada vendría a equivaler más bien a comparecer y no oponerse, de manera que si el deudor no alega razón alguna, deberá procederse con la ejecución forzosa⁸³⁸.

⁸³⁵ Sobre la extensión de los efectos de cosa juzgada, véase GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818...”, cit., pp. 423 y 424; QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., pp. 327-330; MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., pp. 310-313.

⁸³⁶ De acuerdo con el CGPJ, un 8,4% de los procesos monitorios del año 2014 finalizaron por la oposición del deudor y la transformación a juicio ordinario (1,8%) o juicio verbal (6,6%). Nuevamente, CGPJ, *La justicia dato a dato. Año 2014...*, cit., p. 61.

⁸³⁷ La oposición que puede realizar el deudor tiene carácter plenario, es decir que la Ley no establece limitaciones para la misma. Se pueden esgrimir defensas de carácter procesal (por ejemplo de carácter personal, presupuestos procesales, requisitos de actos procesales, litispendencia y cosa juzgada, inadecuación del procedimiento, acumulación inadmisibles, etc.). Pero también se puede basar en motivos de carácter material o de fondo. En este sentido BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles...*, cit., pp. 140-143; MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., pp. 331 y 332.

⁸³⁸ MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 821.

En el numeral 1 del artículo 818 LEC se recoge un supuesto concreto de oposición. Se refiere a aquellos casos en los que el deudor alega la existencia de pluspetición como motivo para oponerse. En estos supuestos se ha de entender que existe un allanamiento parcial y por tanto se actuará respecto de la cantidad reconocida como debida (art. 21.2 LEC).

Con relación a la postulación, hemos de apuntar que el escrito de oposición deberá ir firmado por abogado y procurador siempre que su intervención fuere necesaria por razón de la cuantía (arts. 23 y 31 LEC).

Cuando el deudor formule oposición, el litigio se resolverá en el juicio que corresponda por razón de la cuantía, ya sea el ordinario o el verbal, y la sentencia que se dicte tendrá fuerza de cosa juzgada. Entonces, se abandonará la vía monitoria y el asunto se resolverá a través de un proceso declarativo ordinario, conforme a las reglas procedimentales generales.

De acuerdo con la cuantía reclamada, la transformación de la vía monitoria a la vía ordinaria se realizará de una u otra forma. Así, cuando la cuantía no exceda la del juicio verbal (6.000 Euros), el Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando que continúe la tramitación del pleito conforme a las reglas del juicio verbal. Convocará además a las partes para la celebración de la vista ante el mismo Tribunal.

En cambio, cuando la cuantía corresponda al juicio ordinario (por superar los 6.000 Euros), el acreedor deberá interponer demanda en el plazo de un mes, contado a partir del traslado del escrito de oposición. De no hacerlo así, el Secretario dictará decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas al acreedor. Pero si el acreedor presenta la demanda de juicio ordinario, el Secretario dictará un decreto poniendo fin al proceso monitorio y acordará dar traslado de la misma al deudor –salvo que no proceda su admisión, en cuyo caso será competencia del Juez resolver lo que corresponda–.

7. Estadísticas judiciales sobre el proceso monitorio español

El éxito del proceso monitorio puede corroborarse a través de los informes de estadística judicial que ha presentado el CGPJ durante los últimos años⁸³⁹. Para empezar, queremos destacar que se trata del procedimiento al que más acuden los litigantes españoles. En el año 2012, los juzgados de primera instancia y de primera instancia e instrucción conocieron 699.930 procesos monitorios, en comparación con los 139.838 procesos ordinarios, 213.995 procesos verbales, 34.008 procesos cambiarios y 91.662 ejecuciones hipotecarias. Durante el año 2013 también se mantuvo la primacía del monitorio, ya que dichos juzgados conocieron 563.176 procesos monitorios, frente a 128.265 procesos ordinarios, 200.341 procesos verbales, 20.940 procesos cambiarios y 82.680 ejecuciones hipotecarias. En síntesis podemos decir que cerca de un 50% de los asuntos contenciosos que ingresaron a los juzgados se debió a procesos monitorios.

Otro factor destacable en la estadística judicial es la duración media de los procesos monitorios, que se resuelven prácticamente en la mitad del tiempo que los procesos ordinarios. En este sentido, en 2011 la duración media de un monitorio fue de 8,6 meses, frente a los 14,5 meses que dura un ordinario. En 2012, la duración media de los procesos monitorios disminuyó a 7,8 meses, mientras que la de los ordinarios aumentó ligeramente a 14,7 meses. En el año 2013, la duración media del proceso monitorio disminuyó un poco más, hasta alcanzar los 7,4 meses, mientras que la de los procesos ordinarios fue de 14,3 meses.

Debemos destacar también la efectividad del proceso monitorio en España, ya que durante el año 2014, se logró obtener la tutela del crédito, ya sea a través del pago o de la ejecución, en un 44,5% de los casos. En este sentido, un 7,3% de los procesos monitorios terminaron ese año con el pago de la deuda, mientras que un 37,4%

⁸³⁹ Las estadísticas que referimos en este apartado proceden de los informes publicados por el CGPJ. Particularmente, hemos consultado CGPJ, *La justicia dato a dato. Año 2014. Estadística judicial*, p. 61, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato--ano-2014>; y también CGPJ, *Panorámicas de la justicia durante 2013*, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/Panoramicas>.

finalizaron en ejecución. Como referimos anteriormente, un 8,4% de los monitorios se transformaron en juicio verbal u ordinario, mientras que el restante 46,9% terminó de por otras causas, que incluyen supuestos de inadmisión de la petición inicial y falta de competencia del juzgado ante el que solicitó.

Además, es interesante observar que un alto porcentaje de las ejecuciones realizadas durante los últimos años son resultado de un proceso monitorio. En 2012 se realizaron 285.201 ejecuciones monitorias (un 43,0% del total de las ejecuciones); en 2013 el número descendió ligeramente a 274.532 ejecuciones (un 43,4% del total de ejecuciones) y en 2014 se efectuaron 252.574 ejecuciones como resultado del proceso monitorio (equivalentes a un 42,1% del total).

Todo ello nos permite constatar que el proceso monitorio ha tenido un gran éxito en España, ya que su tramitación es más rápida y su resultado es más efectivo en cuanto a obtener la tutela del crédito. En consecuencia, el monitorio es por diferencia el proceso más utilizado en los juzgados españoles de primera instancia.

B. EL PROCESO MONITORIO HONDUREÑO

Para comenzar, debemos indicar que la regulación del proceso monitorio en los artículos 676 al 685 del Código Procesal Civil de Honduras (CPCH) toma como modelo el proceso monitorio español, de allí que la mayoría de sus caracteres sean análogos, con las salvedades que vamos a señalar a continuación⁸⁴⁰. Para evitar reiteraciones innecesarias, procuraremos ser más breves con relación a aquellos aspectos que ya hemos referido anteriormente con relación a la LEC y que son iguales en el CPCH, por lo que nos centraremos más bien en las matizaciones y las características particulares que distinguen al proceso monitorio hondureño del español.

⁸⁴⁰ La influencia que ha tenido la legislación española en el proceso monitorio hondureño es innegable. Además de la estructura misma del procedimiento y los aspectos expresamente regulados en el CPCH, comparten también otras fuentes y caracteres; por ejemplo, los antecedentes históricos que nacen en la Europa continental, la naturaleza mixta (que hemos explicado *supra*) y el carácter documental. En este sentido compartimos la opinión que sobre estos aspectos expresan SALGADO MEJÍA, R. A./VELÁSQUEZ MONCADA, C. A., “Procedimiento monitorio hondureño desde el derecho procesal comparado europeo. Garantía constitucional del derecho a la defensa”, en *Revista Portal de la Ciencia*, no. 5, diciembre 2013, pp. 62-75; URTECHO LÓPEZ, E., “Título Quinto. El proceso monitorio”, en CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional, Tegucigalpa 2008, pp. 826-834.

1. Casos en que procede

Establece el CPCH que procede acudir al proceso monitorio cuando la pretensión consista en obtener el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cuantía determinada hasta un límite de 200.000 Lempiras (art. 676 CPCH). Según se desprende de esta norma, debe tratarse necesariamente de una deuda de dinero, no pudiendo interponerse demanda monitoria para el cumplimiento de otro tipo de obligaciones (de hacer o no hacer, por ejemplo)⁸⁴¹. Puede tratarse de deudas en Lempiras o bien en moneda extranjera, siempre y cuando ésta sea admisible legalmente en Honduras. Característica particular del proceso monitorio hondureño es que el legislador haya limitado la cuantía a los 200.000 Lempiras⁸⁴².

Al igual que en España, el proceso monitorio hondureño es de carácter documental. El artículo 677 CPCH indica cuáles son los documentos que podrán justificar la deuda monitoria. De acuerdo con este artículo podrán presentarse:

- Documentos que aparezcan firmados por el deudor (o con su sello, impronta marca o cualquier otra señal física o electrónica), ya sea que se trate de documentos físicos o electrónicos, independientemente de su soporte o forma.
- Documentos que, aun siendo unilateralmente emitidos, sean de los que habitualmente documentan los créditos en el tipo de relación que exista entre el

⁸⁴¹ URTECHO LÓPEZ, E., “Título Quinto. El proceso monitorio”, cit., p. 830; comenta que “únicamente cabe acudir al proceso monitorio para reclamar el cumplimiento de deudas *dinerarias*, por lo que la acción de condena tendrá entonces su fundamento en un derecho de crédito. No puede utilizarse el monitorio para reclamar la entrega de un inmueble o de un bien mueble determinado, con fundamento en un derecho real, pero tampoco cuando la obligación derive de un derecho de crédito. No puede pretenderse por este cauce procesal el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer.”

⁸⁴² La limitación de la cuantía del proceso monitorio por parte del legislador hondureño puede deberse a factores sociológicos, según indica TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. II, p. 603. Por otro lado, MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., p. 188; siguiendo el referente de España, se muestra contraria a la limitación de la cuantía en este tipo de procesos. Sobre el tema expresa la autora que “somos partidarios de no fijar límite alguno sobre este particular, pues, consideramos que la finalidad primordial a la que tiende este proceso no consiste tanto en servir de cauce procedimental oportuno para el cobro de pequeños créditos, sino en establecer un procedimiento rápido basado en la ausencia de contradictorio por la no oposición del deudor, para aquellas deudas dinerarias de carácter líquido, vencido, exigible y de cantidad determinada que resulten, aparentemente incontrovertidas”.

acreedor y deudor. Puede tratarse, por ejemplo, de facturas, recibos de entrega de mercancías, certificaciones, telegramas, telefax, etc.

- Documentos comerciales de otra índole, siempre y cuando acrediten una relación anterior duradera.

2. Órgano judicial competente

De acuerdo con el artículo 678.1 CPCH, “será competente para conocer de este procedimiento el juzgado que corresponda en razón de la cuantía de la reclamación”, del domicilio o residencia del deudor o, en su defecto, del lugar en donde el deudor pueda ser encontrado a efectos del requerimiento de pago. En primer lugar hay que notar que la competencia objetiva se asigna al juzgado que corresponda en razón de la cuantía, y no directamente el juez de letras. En este sentido, serán competentes los Juzgados de Paz para conocer los procesos monitorios cuando la cuantía no supere los 50.000 Lempiras (art. 29.2 CPCH)⁸⁴³. En caso que la cuantía exceda esta cantidad, entonces será competente el Juzgado de Letras.

Territorialmente la competencia se fija con relación al deudor. Así, será competente el juzgado del domicilio o residencia del deudor, y si no fueran conocidos, entonces el del lugar donde el deudor pueda ser requerido. Al igual que en la LEC, estos fueros se establecen de forma imperativa, de manera que no podrán aplicarse las normas generales de sumisión expresa o tácita.

3. La demanda monitoria

De acuerdo con el artículo 679 CPCH, el procedimiento monitorio se inicia por el acreedor a través de la presentación de una demanda⁸⁴⁴. Nótese que no se habla de petición, como sucede en la LEC española, sino que directamente se le denomina “demanda”⁸⁴⁵. En ella deberá determinarse la identidad del deudor, su domicilio,

⁸⁴³ Aproximadamente unos 2.080 Euros o 2.280 USD.

⁸⁴⁴ URTECHO LÓPEZ, E., “Título Quinto. El proceso monitorio”, cit., pp. 830 y 831.

⁸⁴⁵ MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 321-323; comenta que “el legislador hondureño no quiso introducir variaciones en cuanto a la denominación del primer escrito que presenta el acreedor en el proceso monitorio y lo denomina ‘demanda’. A nuestro criterio muy acertado, pues una variación podría haber generado confusión a la

residencia, o lugar donde puede ser hallado a efecto del requerimiento, el origen y la cuantía de la deuda y, además, los documentos que se aportan. Habrá de incluir también, como es natural en cualquier demanda, los datos que identifiquen a la parte actora.

Al igual que en España, este escrito puede extenderse en un formulario sistematizado. Dicho impreso debe ser elaborado y aprobado por la Corte Suprema de Justicia⁸⁴⁶. Además de los datos que hemos referido, la demanda monitoria contendrá también la designación del juzgado a quien va dirigida, una descripción breve de los hechos en los que se origina la deuda, la designación de los documentos que se aportan y el petitorio. En éste último encabezado cabe pedir al órgano judicial que admita la demanda y requiera de pago al deudor para que en el plazo de 20 días efectúe el pago correspondiente; advirtiéndole que si no paga ni presenta oposición se proseguirá conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV, Título II, Libro VI del CPCH, que trata del procedimiento para la ejecución forzosa.

Se permite al acreedor presentar la demanda sin la asistencia de un profesional del Derecho únicamente en aquellos casos en los que la cuantía sea inferior a los 5.000 Lempiras⁸⁴⁷. Al contrario, si la cuantía excede esta cantidad, será necesario suplir el requisito de la postulación procesal⁸⁴⁸.

hora de determinar su naturaleza jurídica y en consecuencia a la hora de resolver problemas prácticos...?”. Además indica la autora que la demanda monitoria no reúne los mismos requisitos y formalidades que la del proceso ordinario puesto que se trata de un escrito mucho más preciso y sencillo, en el cual el actor no tiene la carga de formular alegaciones de hechos ni fundamentos jurídicos, sino que puede incluso formular la demanda a través de un formulario.

⁸⁴⁶ El formulario normalizado del procedimiento monitorio hondureño está disponible online en el portal de la *Revista de Iure*, <https://revistadeiure.wordpress.com/2011/10/15/formularios-para-presentacion-de-demanda-civil-proceso-abreviado-y-monitorio-codigo-procesal-civil/>.

⁸⁴⁷ Esto viene siendo, aproximadamente, unos 202 Euros o 227 USD (actualizado a fecha 19 de septiembre de 2015).

⁸⁴⁸ Debemos relacionar esta norma con el artículo 79.4 CPCH, que establece: “No será preceptiva la intervención de profesional del derecho en la primera instancia de los procesos abreviados, de cuantía inferior a Cinco Mil Lempiras (L. 5.000) para el desarrollo del proceso abreviado mediante formulario. Pero si en estos procesos una de las partes está defendida y representada por profesional del derecho, la otra deberá estarlo igualmente”.

4. Requerimiento de pago

De acuerdo con el Código hondureño, será el juez quien analice el cumplimiento de los requisitos legales en la demanda, para formular a continuación el requerimiento de pago (recordemos que en España dicha tarea compete al Secretario Judicial). En este sentido, el juez analizará los documentos aportados con la demanda, verificando que cumplan los requisitos del artículo 677 CPCH, para así determinar si constituyen un principio de prueba. Al igual que sucede en la LEC, no se exige en el CPCH que los documentos aportados sean un medio de prueba, sino que basta con que den una apariencia de buen derecho a favor del acreedor que los ha aportado. Los documentos deben proveer una base, un indicio, de que existe una relación entre el acreedor y el deudor, y de que hay una deuda que cumple los requisitos del artículo 676 CPCH⁸⁴⁹.

Si todo es correcto a juicio del juez, se procederá a dictar providencia para requerir el pago al deudor. En esta se le indicará a la parte demandada que en el plazo de veinte días debe pagar al demandante, acreditando la cantidad ante el juzgado, o comparecer ante el juzgado alegando sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que considera que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

La notificación se realizará conforme a las reglas generales que establece el Código, advirtiéndole al deudor que si no paga ni comparece oponiéndose, se despachará ejecución contra él⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ “Punto clave de este proceso es que con la solicitud se aporten documentos de los que resulte una buena apariencia jurídica de la deuda. La Ley establece casos generales y otros concretos y típicos... Si se trata de los documentos que la ley misma considera base de aquella apariencia o si el tribunal así lo entiende, quien aparezca como deudor es inmediatamente colocado ante la opción de pagar o ‘dar razones’.” Vid. URTECHO LÓPEZ, E., “Título Quinto. El proceso monitorio”, cit., p. 827.

⁸⁵⁰ Con relación a los actos de comunicación véase los artículos 135 al 150 CPCH. Observa TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, cit., t. II, p. 606; que si no fuera posible notificar al deudor en los sitios designados por el acreedor, podría incluso hacerse el requerimiento por medio de edictos, colocando la providencia en el tablero de anuncios del mismo Juzgado. Sin embargo, sostiene la postura contraria MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 363-370; para quien resulta esencial respetar las garantías de defensa y contradicción del deudor, de modo que si fuera imposible encontrarlo en los lugares designados y si la averiguación de su paradero resultara infructífera, no estaría permitido notificarlo a través de los edictos. Por tanto, lo que procedería en este supuesto sería declarar terminado el procedimiento monitorio, sin

5. Respuesta del deudor y resolución del procedimiento

a) Pago del deudor y archivo de las actuaciones

Cuando el deudor atienda el requerimiento y proceda a realizar el pago, tan pronto como lo haga se le entregará el comprobante correspondiente y se archivarán las actuaciones (art. 683 CPCH)⁸⁵¹.

b) Incomparecencia del deudor y despacho de ejecución

Puede ocurrir también que el demandado adopte una actitud pasiva, es decir, que no comparezca ante el juzgado para pagar ni para oponerse al requerimiento⁸⁵². En este caso, pasado el plazo de veinte días, el juez dictará auto en el que mande iniciar la ejecución por la cantidad adeudada. No establece el CPCH que el demandante deba solicitar que se inicie la fase de ejecución, como sucede en la LEC. Será pues el juez quien de oficio despachará la ejecución.

Una vez que haya sido ordenada la ejecución, esta se tramitará conforme a lo dispuesto para la ejecución forzosa (arts. 757 al 762 CPCH). En todo caso, podrá formularse oposición por los motivos previstos en la Ley para estos casos. En este sentido, el artículo 763 CPCH establece que el ejecutado puede comparecer en los tres días siguientes a la notificación del mandamiento de ejecución, con el propósito de formular oposición por escrito. Establece también cuáles son los motivos de oposición, que pueden ser tanto de índole procesal como de tipo material⁸⁵³.

perjuicio de que el actor pueda iniciarlo nuevamente o promover un proceso declarativo plenario en el cual sí se pueda notificar a través de edictos.

⁸⁵¹ De acuerdo con MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 527-529; el archivo de las actuaciones tras el pago del deudor no produce efecto de cosa juzgada porque, si bien pone fin al proceso, deja imprejuizado el fondo. Por tanto, si el acreedor volviera a reclamar el crédito en otro proceso, no podría interponerse la excepción de cosa juzgada material, pero sí cabría alegar la excepción de pago, aportando los justificantes facilitados por el juzgado.

⁸⁵² En caso que el deudor comparezca ante el juez, pero no pague ni formule oposición fundada, habrá que tenerlo por no comparecido e igualmente se despachará ejecución en su contra. Sobre este particular, matiza las distintas actitudes del deudor MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 457-460.

Por otra parte, ha de tomarse en cuenta que una vez que se dicta el mandamiento de ejecución, la deuda principal devengará intereses por mora procesal, además de los que establezcan las leyes sustantivas para las obligaciones sometidas a plazo.

También indica el CPCH que, tramitada la ejecución, las partes no podrán pretender ulteriormente la cantidad reclamada a través del proceso monitorio, ni la devolución de la que se obtuviere con la ejecución⁸⁵⁴.

c) Oposición del deudor y transformación del proceso

Finalmente, la oposición es la tercera postura que puede adoptar el deudor que ha sido requerido para pagar una deuda monitoria. Para ello será necesario que presente escrito de oposición, mismo que ha de ir firmado por un profesional del derecho cuando su intervención sea necesaria según las reglas generales que ya hemos comentado⁸⁵⁵. El proceso pasará entonces a resolverse a través del juicio ordinario o abreviado que corresponda según la cuantía, y se sustanciará ante el mismo Juez que haya conocido el monitorio. En estos casos establece expresamente el CPCH que la sentencia que se produzca tendrá efecto de cosa juzgada.

⁸⁵³ Procesalmente, el deudor podrá oponerse por: 1. Falta de competencia del tribunal ante quien se insta la ejecución; 2. Falta del carácter, representación o legitimación del ejecutante o del ejecutado; 3. Falta de requisitos legales en el título. En cambio, los motivos de oposición material enumerados en el artículo 763 CPCH se refieren a: 4. Pago o cumplimiento de la obligación, justificado documentalmente; 5. Pluspetición; 6. Prescripción o caducidad de la pretensión de ejecución; 7. Transacción o acuerdo de las partes, siempre que consten en documento público.

⁸⁵⁴ Con relación al artículo 682.1 CPCH, comenta MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 525 y 526 que “el legislador evitó utilizar el término cosa juzgada porque en verdad no se ha juzgado nada sobre la existencia o no del derecho de crédito a favor del demandante (no ha existido contradicción procesal ante el Juez o Tribunal que le permita emitir una resolución sobre el fondo) y lo que se ha dado es una preclusión del derecho a discutir la deuda y por tanto se pretende con tal advertencia que la falta de oposición o pago del deudor tenga una virtualidad excluyente de un ulterior proceso en el que se reclamase posteriormente la cantidad que motivó el proceso monitorio... Aunque no sea propiamente [cosa juzgada], es una resolución que reviste idénticos efectos que la misma”.

⁸⁵⁵ Habrá que acudir nuevamente al artículo 79 CPCH que recoge las reglas generales de postulación. El escrito de oposición deberá ir firmado por el abogado cuando su intervención fuera necesaria por razón de la cuantía, es decir, cuando ésta supere los 5.000 Lempiras. Recordemos que, a diferencia de España, en Honduras la postulación se completa con la asistencia de un solo abogado, quien a la vez realiza las funciones de procurador.

Indica el CPCH que en el proceso monitorio no será admisible la reconvencción (art. 681.2 CPCH). El deudor, por tanto, no podrá reconvenir al acreedor en el escrito de oposición, sino que deberá alegar razones de cualquier otra índole (formales o materiales) para oponerse al requerimiento de pago. El CPCH no enumera los motivos de oposición en el proceso monitorio, sino que los deja abiertos a conveniencia del deudor⁸⁵⁶. Únicamente menciona el Código que, cuando la oposición se funde en la existencia de pluspetición, se considera que se produce un allanamiento parcial, en cuyo caso se actuará respecto de la cantidad reconocida como debida.

La transformación del procedimiento se realizará de acuerdo con la cuantía del mismo. Cuando la cuantía se corresponda con la del proceso abreviado (art. 400.2 CPCH)⁸⁵⁷, el juzgado procederá directamente a convocar a audiencia a las partes. En cambio, cuando por la cuantía proceda sustanciar el asunto a través del proceso ordinario (art. 399.2 CPCH)⁸⁵⁸, será necesario que el acreedor presente nueva demanda (también ordinaria) en el plazo de un mes desde la entrega de copia del escrito de oposición. De no hacerlo así, se sobreseerán y archivarán las actuaciones, condenándose en costas al acreedor. Si se presenta la demanda, en cambio, se entregará copia al demandado y se continuará de acuerdo con las normas generales del procedimiento ordinario.

⁸⁵⁶ En este sentido, MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., p. 414; entiende que “al no estar tasados en el Código Procesal Civil los motivos de oposición, debemos entender que dichos motivos son abiertos y cabe cualquiera que jurídicamente sea susceptible de desvanecer y eliminar la obligación de pago tanto de fondo como formales o procesales. Este carácter *apertus* de los motivos de oposición se configura como un medio para equilibrar procesalmente a las partes que intervienen en el monitorio, donde ya el acreedor ha sido beneficiado de la posibilidad de obtener un requerimiento de pago basado en un simple principio de prueba con posibilidad, en caso de no oposición, de despacharse ejecución contra la cual no cabe recurso, de ahí que no concederle al deudor ese carácter abierto de los motivos de oposición convertiría al monitorio en un proceso que vulneraría el principio de igualdad procesal”.

⁸⁵⁷ Indica este artículo que “se decidirán por los trámites del procedimiento abreviado las demandas cuya cuantía no sea superior a Cincuenta Mil Lempiras (L. 50.000,00)”.

⁸⁵⁸ El cual expresa que “se decidirán también en el proceso ordinario las demandas cuya cuantía supere los Cincuenta Mil Lempiras (L. 50.000,00)...”.

6. Estadísticas judiciales sobre el proceso monitorio hondureño

En Honduras se ha estado implementando el proceso monitorio de forma importante, si bien hay que tomar en cuenta que el volumen de casos no es tan alto como en España. Además, debemos observar que la reforma procesal civil es más reciente en Honduras y que, en ese sentido, todavía se están poniendo al día los recursos materiales y humanos para poder implementarla adecuadamente. Aun así, podemos destacar que alrededor de una cuarta o quinta parte de los procesos contenciosos civiles se tramitan a través del juicio monitorio⁸⁵⁹.

En el año 2011, un 25% de los juicios iniciados fueron procesos monitorios. Así, en los Juzgados de Letras Civil se ingresaron 551 monitorios, en comparación con 902 juicios ordinarios, 732 abreviados y 24 procesos de tutela sumaria. En 2012 aumentó la cantidad de monitorios, que ascendió a 625; sin embargo, bajó el porcentaje en proporción a los demás juicios, quedado en 20%. Durante ese año ingresaron 1.256 procesos ordinarios, 1.288 abreviados y 18 juicios por tutela sumaria.

Durante 2013 y 2014 los procesos monitorios constituyeron cerca de un 17% de los juicios ingresados. En este sentido, en 2013 se iniciaron 504 procesos monitorios, 1.314 ordinarios, 1.035 verbales y 24 por tutela sumaria. Finalmente, en 2014 se ingresaron 517 demandas monitorias, en comparación con las 1.581 demandas de juicio ordinario, 1.046 de proceso abreviado y 11 de tutela sumaria.

Observamos así que en Honduras el proceso monitorio no llega a aplicarse tanto como en España, donde constituye cerca del 50% de los casos ingresados. No obstante, aunque el porcentaje es menor en Honduras, durante los años que ha estado vigente el CPOCH un promedio del 20% de los litigios iniciados han sido procesos monitorios.

⁸⁵⁹ Los informes estadísticos elaborados por el Poder Judicial hondureño no recogen expresamente datos sobre la aplicación del proceso monitorio. Puede consultarse los *Informes de Gestión Judicial*, así como las *Memorias anuales del Poder Judicial* en <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Paginas/Publicaciones.aspx>. Los datos que referimos a continuación, relativos al proceso monitorio, fueron proporcionados por la Unidad de Estadísticas del Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial. La tabla sobre “Juicios iniciados según tipo de procesos”, que nos fue facilitada, recoge los datos de los Juzgados de Letras Civil a nivel nacional. No nos consta que esta información haya sido publicada en informes oficiales, sino que se nos proporcionó de forma individual al solicitarla al Centro de Documentación.

IV. INCIDENCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO MONITORIO Y EN EL JUICIO DERIVADO DE LA OPOSICIÓN

A. LA ILICITUD PROBATORIA EN EL PROCESO MONITORIO: PRINCIPIO DE PRUEBA, PRUEBA ILÍCITA, OPOSICIÓN Y SUBSIGUIENTE PROCESO

Como hemos referido recientemente, el proceso monitorio, tanto en España como en Honduras, es de carácter documental. La Ley requiere, como presupuesto para iniciar este tipo de procesos, que el peticionario presente un documento que refleje la existencia de una relación entre el acreedor y el deudor, específicamente que hay una deuda y que ésta cumple los requisitos establecidos (arts. 812 LEC y 677 CPCH).

La doctrina española ha considerado que la enumeración de documentos contenida en dicha norma es una lista abierta⁸⁶⁰. Se incluye aquí una serie de documentos heterogéneos, que abarca documentos bilaterales y unilaterales, físicos y electrónicos, y también documentos contenidos en soportes digitales (audio y vídeo). Además, la norma engloba distintos tipos de documentos, entre ellos facturas, albaranes, telegramas, contratos y certificaciones de comunidades de propietarios.

La amplitud de este espectro documental refleja la intención del legislador de proteger de manera privilegiada los créditos, facilitando al acreedor la posibilidad de poner en marcha la vía judicial. Se trata de lo que algunos autores han denominado el *principio pro monitorio*⁸⁶¹, que viene a sugerir que se aplique la norma con flexibilidad, sin caer en estrictos formalismos, con miras a favorecer la tutela del crédito. En este

⁸⁶⁰ Por citar algunos autores: BARCONES AGUSTÍN, N., “El juicio monitorio: Estudio de los documentos del artículo 812 LEC”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, no. 2052-2053, 2008, pp. 8 y 9; GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas...*, cit., p. 119; MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., pp. 184-192; PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito...*, cit., pp. 63-67.

⁸⁶¹ Por ejemplo, MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., p. 182; quien a la vez cita a CARRANZA CANTERA, F. J. et al, *Criterios judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. La Ley, Madrid 2003, p. 407. Este último autor explica que “denominamos principio pro monitorio [a aquel] según el cual el proceso monitorio debe encontrar, por vía de interpretación, las menores trabas posibles para su aplicación, no sólo por la bondad, rapidez y simplicidad de la técnica monitoria para resolver litigios, sino también porque funciona como válvula de escape del Sistema”.

sentido se acepta casi cualquier documento, ya sea que esté firmado o no por el deudor, permitiéndose su aportación en una gran variedad de soportes⁸⁶².

No obstante, es importante apuntar que, debido a la aplicación de la técnica monitoria, estos documentos que se aportan con la solicitud inicial no pueden recibir formalmente la consideración de prueba. Ni sus características, ni sus garantías, ni su finalidad se corresponden con las de los medios de prueba. En este sentido, a un documento monitorio no se le exigen las mismas formalidades legales que a un medio de prueba; no está rodeado en su aportación, en su práctica ni en su valoración por las mismas garantías procesales (contradicción, defensa, igualdad, etc.), y tampoco está llamado a demostrar hechos para convencer al juzgador. Lo que se exige en el proceso monitorio es solamente un principio de prueba (art. 815.1 LEC y en Honduras el art. 680.1 CPCH), lo cual viene a ser como una “semiprueba”⁸⁶³, en sentido similar al *fumus boni iuris* que se requiere para las medidas cautelares.

Dicho de otra forma, el grado de exigencia es mucho menor cuando se trata de alguno de los documentos que permiten el acceso al proceso monitorio (como hemos dicho, los contemplados en los arts. 812 LEC y 677 CPCH) y esto no se puede equiparar con los requisitos y garantías que rodean al medio de prueba documental. Así, del documento que acompaña la demanda monitoria solo se espera que dé una apariencia de buen derecho de la deuda que está reclamando el acreedor; se necesita que

⁸⁶² Todavía resulta controvertida la posibilidad de iniciar un proceso monitorio mediante la presentación de fotocopias. Analizan el tema PICÓ I JUNOY, J., “Juicio monitorio y solicitud principio de prueba”, en ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba electrónica*, Ed. Bosch, Barcelona 2011, pp. 441-454; MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., pp. 192-199. Más aún, existe discordia también entre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, ya que algunas se muestran favorables a la admisión de documentos fotocopados, mientras que otras están en contra. Así por ejemplo, estiman suficiente la presentación de fotocopias para iniciar el proceso monitorio: AAP de Barcelona, sección 11ª, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009\492994); AAP de Sevilla, de 22 de noviembre de 2005, no. 171/2005 (JUR 2006\176171); AAP de Castellón, de 15 de noviembre de 2005, no. 564/2005 (JUR 2006\97496); AAP de Bilbao, de 24 de febrero de 2005, no. 183/2005 (JUR 2005\98246); AAP de Girona, sección 2ª, de 19 de junio de 2003. Al contrario, en otros autos se requiere la presentación de documentos originales, rechazando la validez de las fotocopias: AAP de Madrid, de 9 de enero de 2007, no. 1/2007 (JUR 2007\160585); AAP de Madrid, sección 10ª, de 29 de noviembre de 2005, no. 737/2005 (JUR 2006\34769); AAP de Murcia, de 27 de febrero de 2004, no. 26/2004 (JUR 2004\106174); AAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 29 de abril de 2004, no. 281/2004 (JUR 2004\150270); AAP de Lleida, sección 2ª, de 27 de mayo de 2004, no. 41/2004 (JUR 2004\184886).

⁸⁶³ Término utilizado por QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio...*, cit., p. 127.

confirme la verosimilitud de los hechos expuestos en la petición inicial, pero no su certeza. El documento servirá entonces para que el secretario o el juez (según corresponda) verifique que se cumplen los requisitos de la deuda y de su soporte documental de acuerdo con lo que establece la Ley⁸⁶⁴.

Cuestión diferente es que ese documento que se adjunta con la petición inicial o demanda pueda llegar a convertirse en un medio de prueba, en el caso que haya oposición por parte del deudor y se desarrolle posteriormente un juicio, ya sea ordinario o abreviado. Ese mismo documento, al integrar el acervo probatorio del siguiente juicio, podrá ser considerado como un medio de prueba documental, porque estará rodeado de todas las garantías procesales y será valorado por el órgano judicial como tal al momento de dictar la sentencia que, al adquirir firmeza, tendrá fuerza de cosa juzgada.

Esta situación ocurre cuando se introduce una prueba ilícita en el proceso monitorio. Según hemos establecido en capítulos anteriores, se considera que una prueba es prohibida o ilícita cuando ésta ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Pensemos por ejemplo en la obtención de un correo electrónico accediendo sin autorización a la cuenta del remitente. O bien, la obtención de información contable que realiza una persona al introducirse furtivamente en la sede de una pequeña empresa. Podría tratarse también de la obtención de datos bancarios vulnerando la intimidad de la contra parte, o del intercambio de información entre abogados infringiendo el secreto profesional y así la intimidad del cliente.

Además de estos ejemplos, que estudiaremos en el siguiente apartado, son muchos los supuestos que pueden darse para que un documento se obtenga con vulneración de derechos fundamentales. En fin, supongamos que uno de estos documentos se presenta junto con la petición inicial del proceso monitorio. Si se

⁸⁶⁴ Señala GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818...”, cit., p.415; que los documentos son más bien presupuestos procesales en el proceso monitorio. En palabras del autor: “Debe tenerse presente que la existencia del documento a acompañar a la demanda es el presupuesto procesal que condiciona la misma existencia del juicio monitorio. Ese documento ha sido admitido por el legislador porque ofrece una apariencia de existencia de la relación jurídica material y de la deuda, pero desde el punto de vista del proceso estamos ante un presupuesto del mismo. No se trata, por tanto, de discutir sobre si el documento ‘prueba’ o no el derecho subjetivo material, sino sólo de controlar su regularidad formal”.

cumplen todos los requisitos del artículo 812 LEC (art. 677 CPCH en Honduras), la demanda será admitida y se le dará el trámite que corresponde, aunque el secretario o el juez desconozca la procedencia ilegítima del documento. En esta etapa, dicho documento constituye un principio de prueba o un presupuesto procesal, de forma que no se está cuestionando su origen ni la forma en que fue obtenido.

Dependerá del deudor, entonces, sacar a la luz el tema de la ilicitud. La obtención del documento vulnerando derechos fundamentales es una situación que podría alegarse como motivo de oposición al requerimiento de pago. Recordemos que en el proceso monitorio los motivos de oposición son abiertos y pueden referirse tanto a causas materiales como procesales. En este sentido, el deudor tendría que presentar el correspondiente escrito de oposición en el plazo legal y alegar que el o los documentos presentados por el acreedor fueron obtenidos de manera inconstitucional y por tanto son procesalmente inválidos. No estamos hablando todavía de “prueba” en sí, si no de la ilicitud del documento como motivo de oposición en el proceso monitorio.

Ahora bien, formulada la oposición el asunto deberá resolverse definitivamente en el juicio que corresponda por motivo de la cuantía. El proceso monitorio terminará con el decreto que dicte el Secretario judicial (en España) o con el auto del juez (en Honduras) y a continuación se desarrollará el subsiguiente proceso conforme a las normas generales.

Cuando proceda el juicio verbal, el secretario convocará a las partes directamente a la vista ante el Tribunal. En esa vista se podrá discutir la ilicitud probatoria (junto con otros motivos de oposición que se hubieran esgrimido) conforme con las reglas generales que ya hemos estudiado en el Capítulo V. Lo mismo aplicará en el monitorio hondureño, en donde el juez convocará de inmediato a las partes a la audiencia del proceso abreviado.

En caso que proceda el juicio ordinario, el acreedor deberá presentar nueva demanda en el plazo de 30 días (un mes, de acuerdo con el CPCH). Si en dicha demanda se aporta el documento ilícito como prueba (ahora sí estamos hablando de prueba en sentido formal), el deudor demandado puede impugnarlo oponiéndose a su

admisión, práctica o valoración, conforme con lo que ya hemos visto en capítulos anteriores (arts. 818.2 LEC y 685 CPCH).

En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto por la norma general para el incidente de ilicitud probatoria (arts. 287 LEC y 237 CPCH), ya sea que se trate de un juicio verbal u ordinario, de forma que cuando el deudor entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato. La ilicitud se discutirá mediante el incidente contradictorio de ilicitud, al principio de la vista o del juicio. Tanto el acreedor como el deudor podrán presentar pruebas adicionales para demostrar si el documento controvertido fue obtenido o no con vulneración de derechos fundamentales. Si se demuestra que el documento es ilícito, éste será excluido del proceso y no podrá ser valorado por el juez.

Dependiendo de la relevancia del documento y del papel que desempeñe en el acervo probatorio del juicio, su exclusión puede llegar a ser determinante para la consecución final de la tutela del crédito. Habría que ver si hay más pruebas, ya sea documentales o de otro tipo, que demuestren la existencia y características de la deuda. Aun así, si las pruebas adicionales se derivan directamente del documento ilícito, tendrán que ser excluidas también del proceso, de acuerdo con la Regla de Exclusión y la teoría del efecto reflejo, que ya hemos analizado en capítulos anteriores.

En síntesis, lo que queremos destacar es que la ilicitud en la obtención de los documentos monitorios puede incidir directamente en el resultado final del juicio monitorio y, en su caso, del juicio que se desarrolle tras la oposición del deudor. Dependiendo de la relevancia del documento ilícito, su exclusión del proceso puede causar la “absolución” del deudor y así resultar en el impago de la deuda. Por tanto, la lícita obtención de los documentos que se acompañan con la petición inicial del proceso monitorio es un factor importante en términos de asegurar la tutela del crédito y, en sentido contrario, la ilicitud de dichos documentos es un motivo de oposición válido para que el deudor se oponga al requerimiento de pago. Con la oposición y la terminación del monitorio, la tutela del crédito dejará de ser privilegiada y el litigio deberá sustanciarse a través de la vía judicial ordinaria que corresponda por motivo de la cuantía.

En este sentido, es necesario a tomar en cuenta la relación o vinculación que pueda existir entre el proceso monitorio y el proceso que se desarrollará tras la oposición del deudor. Concretamente, nos preguntamos si en el proceso subsiguiente al monitorio el acreedor estará vinculado a la petición inicial y si el deudor estará vinculado a las causas de oposición que alegó en el proceso monitorio. La respuesta a este interrogante es importante porque implica que en el proceso posterior puedan o no formularse nuevas alegaciones, presentarse pruebas adicionales, o incluso modificarse el objeto del proceso.

No es una cuestión sencilla de resolver. Con quince años de experiencia aplicando el proceso monitorio, las Audiencias Provinciales españolas aún se encuentran divididas en cuanto a este punto⁸⁶⁵. Por un lado, hay quienes estiman que el proceso subsiguiente a la oposición está vinculado al proceso monitorio. En este sentido, el acreedor estaría vinculado a su petición inicial y el deudor al escrito de oposición. Dicha postura se sustenta en el principio de buena fe y lealtad procesal, en el principio de preclusión y en la interdicción de la indefensión. Así, el planteamiento sorpresivo de nuevos argumentos por cualquiera de las dos partes podría causar indefensión a la otra e iría en contra de los principios antes referidos⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Analizan las distintas posturas jurisprudenciales sobre este asunto PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, cit., pp. 147-161; BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “El escrito de oposición del deudor en el proceso monitorio”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 456-459; GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas...*, cit., pp. 219-223; MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio*, cit., pp. 347-360; PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito...*, cit., p.117.

⁸⁶⁶ De acuerdo con la SAP de Albacete, sección 2ª, de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\279689): “Cuando una ley específica exige que la razones de oposición a la reclamación actora se expresen (no siendo suficiente ni válido alegar la mera oposición, sin indicar los motivos) dicha posibilidad de alegación precluye en dicho trámite, máxime cuando precisamente por ello ya se exige asistencia de abogado. En juicio verbal podrán desarrollarse las causas, completarlas o explicarlas o incluso concretarlas, pero no cabe alterarlas introduciendo nuevas razones de oposición o sustituyendo las ya alegadas. La exposición sucinta impone la identificación, aun escueta, de la razón de impago, y es algo impuesto por el sentido común, como lo impondría la buena fe y lealtad procesal (artículo 11 LOPJ y artículo 247 LEC) para entender y aplicar adecuadamente el principio de preclusión alegatoria y el evitar planteamientos sorpresivos en la contradicción no antes anunciada, causantes de indefensión (más aún en casos en que el principio de confianza determina al actor esperar los términos del debate que luego se alteran, mayor sorpresa e indefensión que en el juicio verbal genérico, en que es esperable cualquier motivo de

Por otro lado, el punto de vista contrario indica que el proceso monitorio termina con el decreto que dicta el Secretario tras la oposición. El subsiguiente proceso es por tanto autónomo y, al tener carácter ordinario y plenario, no se puede limitar las alegaciones ni los medios de prueba de los que pretendan valerse las partes. Entonces, aunque se parta del proceso monitorio, las partes podrán modificar sus pretensiones, variando y enriqueciendo sus argumentaciones y medios de prueba, porque se está celebrando un nuevo proceso plenario, que es independiente del anterior proceso monitorio⁸⁶⁷.

Si nos guiamos por la regulación del proceso monitorio contenida en la LEC, podemos apreciar que sí existe cierta conexión entre el proceso monitorio y el subsiguiente proceso ordinario o verbal. Por ejemplo, el artículo 818.1 LEC señala que “si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda”. El artículo se refiere al “asunto” planteado en el proceso monitorio, es decir la reclamación de la cantidad adeudada, por tanto hay un vínculo entre el objeto de uno y otro proceso. Existe también un nexo subjetivo, ya que en el proceso posterior también serán partes el acreedor y el deudor que participaron en el monitorio. Además, conforme al artículo 818 LEC, será competente para conocer el proceso aquel mismo tribunal que conoció el juicio monitorio. El legislador, al obviar las normas generales de atribución de la competencia objetiva, establece un nexo claro entre el proceso monitorio y el proceso que sigue tras la oposición.

oposición), situación inadmisibles como indica el artículo 247.1 y 1 LEC”. También se muestran partidarias de la vinculación entre el proceso monitorio y el proceso posterior: SAP de Asturias, sección 7ª, de 14 de octubre de 2010 (JUR 2010\412120); SAP de Mérida, sección 3ª, de 12 de julio de 2007; SAP de Valencia, sección 8ª, de 18 de octubre de 2005 (AC 2005\2164); SAP de Pontevedra, sección 3ª, de 12 de enero de 2009 (JUR 2009\240121).

⁸⁶⁷ Expresa la SAP de Madrid, sección 18ª, de 18 de diciembre de 2007 (JUR 2008\81611) que “la regulación del proceso monitorio en la LEC no exige en forma alguna que la oposición somera incluso que la parte demandada, pueda efectuar, complete y agote todos los motivos de oposición y defensa que dicha parte demandada pueda tener, frente a la reclamación monetaria que se le formule de contrario. Por ello es evidente, que cuando el proceso monitorio se transforma en Juicio Verbal, a tenor de la cuantía de lo reclamado, al citarse a las partes a Juicio Verbal, la parte demandada al contestar la demanda puede oponer a la misma todas aquellas cuestiones y excepciones que estime le asisten, sin que de ningún modo, las razones que en su momento adujo, en el proceso monitorio, limiten su defensa”. Defienden la autonomía del proceso posterior al monitorio la SAP de Las Palmas, de 14 de febrero de 2013 (AC 2013\912); SAP de Castellón, de 21 de diciembre de 2008; SAP de Madrid, de 10 de julio de 2009 (JUR 2009\363543).

Lo mismo sucede en la legislación hondureña, ya que el artículo 684.1 CPCH indica que “si el deudor presentare escrito de oposición (...) el asunto se resolverá definitivamente en el juicio ordinario o abreviado que corresponda por la cuantía, conservando la competencia el mismo Juez de Letras que la tuvo para el monitorio...”. Observamos que, al igual que en España, el juzgado que conoció el juicio monitorio seguirá siendo el competente en el subsiguiente proceso⁸⁶⁸.

A todo esto se le pueden añadir matices, que escapan ya a los límites de este acápite⁸⁶⁹. Nosotros estimamos que sí existe una cierta vinculación entre el proceso monitorio y el posterior proceso ordinario o verbal. No obstante, consideramos que la posibilidad que concede la Ley para presentar una nueva demanda o celebrar una vista, permitiría a las partes enriquecer sus alegaciones y medios de defensa, partiendo siempre de la pretensión esgrimida en el juicio monitorio.

Como sabemos, la técnica monitoria requiere que la petición inicial y el escrito de oposición sean muy sencillos, breves y concisos, de forma que las partes no lleguen a exponer todas las alegaciones, ni los fundamentos de hecho y de derecho aplicables a su caso; tampoco aportan junto con estos escritos todas las pruebas de las que podrían valerse. Si así lo hicieran, ya no estaríamos hablando de técnica monitoria ni de tutela privilegiada, sino que de un juicio ordinario. Entonces, nos parece lógico que si en el proceso monitorio no se esgrimen todos los medios de defensa posibles, debe permitirse a las partes que, al pasar a la vía judicial ordinaria plenaria, puedan realizar las alegaciones “completas” pertinentes al caso. Todo ello, partiendo como punto de referencia, del “asunto” que se planteó en el previo juicio monitorio.

⁸⁶⁸ Defiende la vinculación del juicio monitorio con el posterior proceso ordinario o abreviado MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, cit., pp. 422-428 y 563-564.

⁸⁶⁹ Por ejemplo, que si el grado de vinculación o autonomía difiere dependiendo de si el juicio subsiguiente es verbal u ordinario. Recordemos que cuando se trata de un juicio ordinario el acreedor interpone una nueva demanda, el deudor realiza la correspondiente contestación y luego se desarrolla la audiencia previa al juicio, de manera que hay menos riesgo de que las partes sufran indefensión por motivo de alegaciones sorpresivas. Esto les daría más oportunidad de poder realizar más alegaciones y proponer pruebas adicionales. En cambio cuando se trata de un juicio verbal no hay una nueva demanda, sino que el secretario convoca directamente a las partes a la vista del juicio. Se cree que por ello hay mayor riesgo de sufrir indefensión ante la alegación sorpresiva de nuevos hechos o la aportación de nuevas pruebas.

En la materia que nos ocupa, que es la ilicitud probatoria del documento monitorio, la vinculación entre el proceso monitorio y el subsiguiente proceso vendría a funcionar de la siguiente forma. En primer lugar y como hemos expresado, la vulneración de derechos fundamentales en la obtención del documento es un motivo válido para que el deudor se oponga al requerimiento de pago. En segundo lugar, es conveniente que la parte perjudicada por el documento ilícito lo alegue lo antes posible, es decir, en el escrito de oposición⁸⁷⁰. En tercer lugar, aunque la ilicitud se alegue como motivo de oposición por el deudor, será hasta en el posterior juicio cuando se desarrolle el incidente de ilicitud y las partes debatan sobre la constitucionalidad del documento impugnado, para decidir si se excluirá o no del proceso. Vemos entonces que la obtención inconstitucional del documento, como motivo de oposición vincula al proceso monitorio con el subsiguiente proceso, ya que será en la vía judicial ordinaria donde se resuelva el incidente de ilicitud, para lo cual las partes podrán realizar nuevas alegaciones y presentar nuevas pruebas que permitan al órgano judicial determinar si hubo o no vulneración de derechos fundamentales al momento de obtener la prueba presuntamente ilícita.

B. MEDIOS DE PRUEBA Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRÁCTICA

En esta sección estudiaremos distintas sentencias españolas en donde se trata el tema de la ilicitud probatoria en procesos que surgen como consecuencia de un juicio monitorio⁸⁷¹. Podremos apreciar cómo, en casos concretos, la obtención inconstitucional de la prueba puede afectar la consecución final de la tutela del crédito. Veremos cuáles son los medios de prueba con relación a los cuales es más frecuente que se alegue la obtención ilícita y, además, analizaremos cuáles son las cuestiones procesales que

⁸⁷⁰ En caso que la ilicitud no fuera manifiesta y que la parte llegara a conocerla hasta después de haber formulado oposición, consideramos que deberá impugnar la prueba en el juicio ordinario o verbal, también en la primera oportunidad procesal que tenga, de acuerdo con la exigencia de inmediatez que establece el artículo 287 LEC.

⁸⁷¹ Para analizar este punto hemos acudido a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, ya que en apelación se tratan casos relacionados con el tema que abordamos. No hemos encontrado sentencias de la Sala Primera del TS en donde se analice específicamente el tema de la ilicitud de los documentos presentados en los procesos monitorios.

surgen en torno a la alegación de ilicitud probatoria en los procesos de tutela del crédito⁸⁷².

1. Prueba documental

Comenzamos el análisis de casos con la SAP de Ciudad Real, sección 1ª, no. 84/2006 de 13 de marzo (JUR\2006\126968). Se trata de un procedimiento que inició como juicio monitorio, en el cual una entidad bancaria reclamaba el descubierto producido en la cuenta corriente concertada con un cliente. Tras la oposición de éste último, el proceso derivó en un juicio verbal, conforme al artículo 818 LEC.

Durante la vista el demandado se opuso nuevamente a la reclamación y solicitó el archivo del proceso, al entender que la aportación de sus datos personales, contenidos en el extracto de la cuenta corriente presentado por la parte actora, vulneraba sus derechos a la dignidad y a la intimidad. De acuerdo con el cliente la aportación de estos datos privados constituía una infracción a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y, por tanto, se trataba de una prueba documental ilícita.

La sentencia de instancia analizó dicho extremo y concluyó que la prueba cuestionada era lícita, condenando al demandado al pago de la cantidad reclamada⁸⁷³. Él recurrió la sentencia en apelación, argumentando nuevamente la ilicitud de la prueba y pidiendo también que se declarase la nulidad de actuaciones por no haber intervenido el Ministerio Fiscal en el caso, al haberse alegado la vulneración de derechos fundamentales.

La Audiencia Provincial se pronuncia en cuanto a la supuesta vulneración de derechos fundamentales. Considera, al igual que el juez de instancia, que en este caso

⁸⁷² No nos ha sido posible incluir en este apartado sentencias de tribunales hondureños. Como explicamos en el Capítulo V, el CPCH es todavía muy joven y, al menos en Tegucigalpa, todavía no han llegado casos de ilicitud probatoria a la Corte de Apelaciones. Tampoco hemos logrado obtener autos o sentencias de primera instancia en donde se analicen conjuntamente ambos temas, la ilicitud probatoria y el proceso monitorio. En este sentido, esperamos aprovechar la experiencia española y, gracias a la similitud entre la LEC y el CPCH, de alguna forma poder en un futuro proyectarla en la práctica de los tribunales hondureños.

⁸⁷³ Sentencia del JPI No. 3 de Ciudad Real, de 11 de abril de 2005, dictada en el juicio verbal nº 213/04.

no se ha violentado ningún derecho, ya que el uso de los datos personales se ha producido en un contexto autorizado por la Ley. En este sentido explica la sentencia que el banco utilizó los datos, que estaban bajo su custodia, respetando la finalidad para la cual habían sido recolectados, de manera que en su obtención y aportación no se vulneró la intimidad del cliente. El fundamento jurídico quinto expone que:

“...en modo alguno puede estimarse que la aportación del extracto de la cuenta corriente bancaria, en la que constan los distintos apuntes o movimientos que determinan el saldo que la entidad crediticia reclama frente al titular de la cuenta, vulnera derecho fundamental alguno de éste ni, en particular, suponga una infracción a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Es cierto que la toma de los datos precisos por la entidad bancaria para identificar el origen de cada apunte, con referencia al hecho causante de cada uno de ellos, entra en el ámbito de la citada Ley Orgánica, pues son datos de indudable carácter personal. Pero no es menos cierto que si tales datos se toman para la finalidad legítima para la que existen, no se produce infracción alguna ni vulneración de derecho alguno. Así, el artículo 4.2 de la citada Ley Orgánica expresamente proclama la licitud de esa conducta, al disponer que ‘los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos’, frase que, si se pone en positivo, implica que es legítimo el tratamiento y uso de esos datos cuando se realiza en el ámbito y en la órbita de la finalidad para la que se han recogido, criterio o principio que reitera en el artículo 4.5 (cancelación de los datos cuando dejen de servir a esa finalidad) y 6.2 (no requerimiento del consentimiento del afectado cuando los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento).

Y en el caso que nos ocupa, es evidente que los datos que se explicitan en el extracto de la cuenta tienen precisamente la finalidad de acreditar o probar la corrección del desarrollo de la relación contractual que se genera entre la entidad bancaria y el cliente cuentacorrentista, permitiendo a éste conocer con exactitud la forma en que se ha formado el saldo, con lo que se le posibilita el ejercicio de los derechos que dimanarían del contrato y, en último término, posibilitan que, si se formaliza la contienda judicial, el órgano competente pueda resolver la misma. Si se usan para esa finalidad, sin otra divulgación o revelación, ningún derecho fundamental se opone, en cuanto se ejercita por la entidad bancaria un derecho nacido de un contrato, en la forma en que la Ley Orgánica correspondiente le autoriza. Por ello, no hay intromisión ilegítima alguna en la esfera del demandado”.

En cuanto a la participación del Ministerio Fiscal en la sustanciación del incidente de ilicitud, la Audiencia Provincial considera que esta no es preceptiva ya que

la LEC nada dice al respecto. Además, en caso de haberse cometido una infracción procesal por este motivo, la parte perjudicada tendría que haberlo alegado en instancia, sin esperarse hasta la apelación para hacerlo.

“En relación a la falta de participación del Ministerio Fiscal, ninguna infracción se produce. En primer término, esta tacha o defecto no fue puesto de manifiesto por el demandado en el acto del juicio, de manera que se alega por primera vez en la apelación, lo que no es admisible. En segundo término, y con independencia de ello, el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la forma en que ha de tramitarse la cuestión suscitada por la ilicitud de un medio probatorio por vulneración posible de derechos fundamentales, y en esa regulación no se contiene previsión alguna de la participación del Ministerio Público”.

Este caso es un claro ejemplo del tipo de casos que ilustrábamos anteriormente, es decir, cuando un documento monitorio se convierte en prueba una vez que, tras la oposición, se celebra el juicio ordinario que corresponda por la cuantía. En el presente supuesto el documento es un extracto de la cuenta corriente del cliente demandado, quien estima que se obtuvo ilícitamente vulnerando su derecho a la intimidad. Tanto el tribunal *a quo* como el *ad quem* llegan a la misma conclusión: no hay vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, la prueba de la deuda es válida y el acreedor obtiene la tutela judicial de su crédito.

En la SAP de Córdoba, sección 3ª, no. 54/2011 de 4 de marzo (JUR\2011\380393), se analiza un caso en el cual una empresa informática pretende cobrar una deuda a otra empresa de igual ocupación. Comienza todo como un juicio monitorio y tras la oposición se celebra un juicio ordinario en el cual el juzgado de instancia condena a la demandada al pago de la cantidad reclamada más los intereses correspondientes⁸⁷⁴. La empresa demandada recurre el fallo en apelación, impugnando la admisión y valoración de un fax que su representante envió a la demandante y que considera ilícito. Alega la parte apelante que el fax debe excluirse, al igual que un interrogatorio de parte que sobre él se hizo, por ser éste último un medio de prueba derivado del originalmente ilícito. Considera el recurrente que debe aplicarse la teoría de los frutos del árbol envenenado, conforme al artículo 11.1 LOPJ. El fundamento jurídico primero de la sentencia de apelación explica el recurso de la siguiente forma:

⁸⁷⁴ Sentencia del JPI No. 4 de Córdoba, dictada en el Procedimiento Ordinario N° 2318/2009.

“Frente a la sentencia estimatoria de la demanda se interpone por la parte demandada el presente recurso de apelación. Recurso, en el que bajo la rúbrica de ‘infracción de normas procesales’, viene esencialmente a aducirse la vulneración del art. 270 de LEC, pues a juicio de la demandada en el acto de la audiencia previa no debió de admitirse a la parte actora la presentación del fax de fecha 11 de mayo de 2009 que le había remitido la propia demandada. En conclusión, considera la parte demandada - apelante, que a la hora de valorar el cumplimiento por la parte actora de la carga de la prueba que a esta incumbía, no puede ser tenido en cuenta el contenido de dicho documento, ni tampoco tomarse en consideración el interrogatorio que sobre la base del mismo documento se practicó al legal representante de la demandada, ‘porque de lo contrario podríamos encontrarnos con los frutos del árbol emponzoñado, ni debe considerarse según lo dispuesto en el art. 11 de LOPJ.’”

Con relación a la ilicitud probatoria, la Audiencia Provincial de Córdoba expone que:

“La existencia de una prueba ilícita presupone, tal y como deriva del art. 287 LEC, que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales; razón por la cual, y en orden a preservar la virtualidad general de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, procedería la denominada ‘Regla de Exclusión’ sancionada en el art. 11.1 LOPJ, a cuyo tenor: ‘En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.’”

Sin embargo, al analizar el caso en cuestión, la Audiencia estima que no hay ilicitud probatoria. Reprocha a la parte recurrente que “ni tan siquiera alude al derecho fundamental de hipotética vulneración.” El tribunal analiza la prueba documental impugnada, y determina que tampoco se trata de prueba irregular ni de prueba nula⁸⁷⁵,

⁸⁷⁵ De acuerdo con el fundamento jurídico segundo, “tampoco es el caso de la denominada prueba irregular, esto es la prueba obtenida ‘irregularmente’ por no haberse ajustado su admisión y práctica a las prevenciones y garantías procesales de la LEC. Situación, caso de efectivamente darse, en la que no sería de aplicación la regla de exclusión antes citada, sino (abstracción hecha de una infracción de norma esencial del procedimiento causante de indefensión, caso en el que procedería la declaración de nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento previo en que se cometió la falta; arts. 238.3 y 240 de LOPJ y 665.4 LEC) al estar ya en el desarrollo de un derecho legalmente configurado, serían de aplicación las propias previsiones que la ley ordinaria contenga al respecto. Previsiones en lo que aquí respecta, que se contienen en el art. 270.2 LEC, a cuyo tenor: ‘Cuando un documento, medio o instrumento sobre hechos relativos al fondo del asunto, se presentase una vez precluidos los actos a que se refiere el apartado anterior (demanda, contestación y, en su caso, audiencia previa), las demás partes podrán alegar en el juicio o en la vista la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en ninguno de los casos a que se refiere el apartado anterior. El Tribunal resolverá en el acto y, si apreciase ánimo dilatorio o mal fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al

sino que su proposición, práctica y valoración se han realizado conforme a la Ley.

En realidad, lo que el recurrente estaba reclamando es que el fax se incorporó al proceso de forma extemporánea, precluido ya el momento oportuno para presentar la prueba documental. A este argumento, el tribunal *ad quem* contesta que:

“la parte hoy apelante se limitó a impugnar el contenido del documento (de ahí la necesidad de practicar la prueba de interrogatorio de parte del legal representante de la demandada), y no adujo en el momento procesal oportuno (tal y como se desprende del acta de audiencia previa; (...) razón alguna por la que fuera improcedente tomarlo en consideración, por lo cual le precluyó cualquier alegación al respecto (arts. 136 y 459 LEC).”

Pero además, la Audiencia concluye que el fax fue presentado en el momento oportuno, ya que era una prueba cuya necesidad se puso de manifiesto tras la contestación de la demanda (art. 265.3 LEC). El recurso de apelación fue finalmente desestimado.

“En suma; como es el caso, que esa aportación documental que el fax de autos representa tuvo por finalidad no la de fundar la causa de pedir aducida en la demanda, sino la de presentar un documento que tenía por finalidad contrarrestar las afirmaciones o alegatos del demandado; como es el caso, que dicha aportación documental complementaria se realizó en momento procesal oportuno sin que conste el más leve atisbo de causación de indefensión; y como es el caso, que el juicio de valoración probatoria contenido en la sentencia apelada es tan racionalmente correcto como claro y contundente, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos”.

En este caso, el deudor apelante impugna un fax que se aportó por el acreedor en el juicio ordinario que se efectuó tras el proceso monitorio. La alegación de ilicitud probatoria no se hizo adecuadamente, ya que no estaba motivada en la vulneración de un derecho fundamental al momento de obtenerse la prueba documental. Tampoco se impugnó la supuesta ilicitud en instancia, sino que el deudor esperó para hacerlo en apelación. Por consiguiente, la alegación de ilicitud probatoria es rechazada tanto por motivos de fondo (no hay vulneración de derechos fundamentales) como por motivos de forma (no se impugnó en instancia). En este caso, el tribunal *ad quem* desestima el

responsable una multa...’.” La diferencia entre prueba ilícita, prueba irregular y prueba nula se analiza en el Capítulo II de esta obra.

recurso presentado por el deudor, con lo cual se ratifica la sentencia de instancia que le condenaba al pago de la deuda.

Otro supuesto en el que se alega la ilicitud probatoria en un proceso verbal que se realizó tras un juicio monitorio, lo encontramos en la SAP de Las Palmas, sección 5ª, no. 244/2012 de 25 de mayo (JUR\2012\299957). En este caso, un letrado de un bufete jurídico se dirige contra un cliente para cobrarle los honorarios que se le debían. La sentencia de instancia condenó al cliente al pago de dicha deuda⁸⁷⁶, pero este recurrió en apelación.

El deudor alegó múltiples motivos para recurrir, entre ellos la ilicitud de unos correos electrónicos aportados por el demandante. Se trataba de correos enviados entre los miembros del bufete y cuyo objeto era acreditar que distintas personas habían participado en el asesoramiento del cliente. De acuerdo con el recurrente, la presentación de dichos correos contravenía ciertos principios deontológicos y vulneraba el secreto profesional.

La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó que los medios de prueba eran pertinentes y adecuados para probar el tipo de relación laboral que se planteaba en este caso⁸⁷⁷. Además, desestimó la alegación de ilicitud, considerando que los destinatarios no se habían opuesto a la aportación de los correos y que éstos documentos tampoco vulneraban ningún derecho fundamental. De acuerdo con el fundamento jurídico segundo:

“Tampoco puede denunciarse válidamente la vulneración de normas deontológicas por la aportación de los correos electrónicos girados entre letrados pues ni consta la oposición de los destinatarios al uso de su contenido, ni la vulneración de una norma deontológica tiene trascendencia alguna en esta sede, y en cuanto que no siendo prueba ilícita obtenida con vulneración de derechos fundamentales puede ser plenamente valorada”.

De esta forma, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación,

⁸⁷⁶ Sentencia del JPI No. 6 de Telde, de 11 de abril de 2011.

⁸⁷⁷ Determinó que “estamos ante un contrato verbal de arrendamiento de servicios cuya existencia puede acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en derecho y es que el contrato de arrendamiento de servicios de abogado se caracteriza por la libertad de forma en la formalización del contrato, que puede ser verbal o por cualquier medio que acredite la relación”.

condenando además al recurrente al pago de las costas. La alegación de la ilicitud probatoria se rechaza por motivos materiales, ya que no hubo vulneración de derechos fundamentales. Aunque no se dice expresamente, se da a entender que el acreedor demandante obtuvo los correos electrónicos con aprobación de los destinatarios, que trabajaban en su mismo despacho profesional. Al desestimarse éste y los demás motivos de apelación, se confirma la sentencia de instancia y el deudor debe pagar la cantidad reclamada, más intereses y costas.

Un cuarto caso en el que se discute la prueba ilícita de la deuda es el de la SAP de Sevilla, sección 6ª, no. 184/2014 de 29 de julio (JUR\2014\265039). Los hechos de la sentencia refieren que una sociedad promotora (F. V.) realizó un contrato de obra para la construcción con otra sociedad cooperativa (C. F.), mismo que se estuvo ejecutando desde el año 2006 hasta el 2009. Al finalizar la relación, las sociedades no lograron llegar a un acuerdo sobre la liquidación de la obra. C. F. elaboró una factura, a la cual acompañó un informe pericial, y con ella reclamó a F. V., a través de un proceso monitorio, un pago de cerca de 98.000 Euros. Tras el monitorio se realizó un juicio ordinario que resultó en la estimación parcial la demanda, condenando a F. V. a pagar unos 90.000 Euros⁸⁷⁸.

Durante el proceso ordinario, F. V. denunció que C. F. había alterado un presupuesto que había sido presentado con la demanda, motivo por el cual interpuso una querrela y solicitó la suspensión del juicio por prejudicialidad penal. Se impugnó un informe pericial que acompañaba al presupuesto y además se alegó que tendrían que excluirse otras pruebas más que resultaban contaminadas. C. F. entonces procedió a retirar los documentos del proceso ordinario, conforme al artículo 40.5 LEC, de manera que el proceso no se suspendió⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción No. 2 de Estepa, de 3 de julio de 2013, recaída en los autos Juicio Ordinario número 240/2012.

⁸⁷⁹ En palabras de la AP: “La promotora se opuso a la demanda, denunciando que C. F. había introducido una alteración en el documento primero de su demanda (presupuesto) en el apartado de cubiertas con relación a la partida de tejas, motivo por el que interpuso querrela y solicitó la suspensión por prejudicialidad penal, petición que fue desestimada al retirar la actora dicho documento de las actuaciones”.

Al recurrir la sentencia de instancia, F. V. alegó distintas infracciones procesales, entre ellas la valoración de la prueba, y solicitó la nulidad de actuaciones por habersele causado indefensión:

“La sentencia es recurrida por la demandada que denuncia infracción procesal en base a la cual solicita la nulidad de las actuaciones, dado que a su juicio debió suspenderse el curso de los autos por prejudicialidad penal y al no haberlo hecho así, la Juez de Primera Instancia ha resuelto en base a la pericial de la actora y a su factura que se basan en los precios contenidos en el presupuesto objeto de la querella -documento 1 de la demanda- que, aunque fue retirado, "contamina" toda la prueba practicada. Por lo demás, denuncia que la sentencia no se haya pronunciado respecto de tal cuestión y que la actora retirara ciertas reclamaciones, no en la audiencia previa sino al iniciarse la vista, cosa que parece que dice que le causa indefensión. Por lo demás lo que se hace en el recurso es denunciar el error en la valoración de la prueba con relación a una serie de partidas en las que existen discrepancia...”.

La Audiencia Provincial de Sevilla observó que el presupuesto impugnado ya había sido retirado de los autos por la parte actora, de manera que no fue valorado en instancia, y la sentencia se dictó con base en las demás pruebas obrantes en el proceso.

“En el caso de autos de las alegaciones de las partes, del contenido de la sentencia y del examen de las actuaciones se desprende que la demandada ha presentado querrela contra la actora por falsedad en documento mercantil o subsidiariamente privado, estafa procesal y estafa, por haber manipulado el presupuesto de la obra de autos... (decimos que se deduce porque no se aporta copia de la querrela), pero tal documento ha sido retirado del procedimiento, por lo que la Juez de Primera Instancia resolvió correctamente al no suspender las actuaciones antes del juicio, conforme a lo previsto en el precepto transcrito, pudiendo resolverse, sin tomar en cuenta tal documento con las consecuencias probatorias que ello conlleva, en base a las restantes pruebas practicadas sobre la cantidad procedente por el concepto de teja árabe, sin que al respecto sea decisiva la resolución que adopte la Jurisdicción penal sobre la posible estafa procesal denunciada y sin que la supuesta manipulación afecte además al precio de otras partidas en las que existe sustancial coincidencia entre las partes”.

Al haberse retirado el documento impugnado, no procedía aplicar la teoría del efecto reflejo o de los frutos del árbol envenenado, ya que existían en el proceso otras pruebas independientes, suficientes para determinar los extremos que se acreditaban en el presupuesto excluido.

“Centrándonos ya en los errores que se denuncian en la valoración de la prueba, pasaremos a analizar las partidas concretas a que el recurso se contrae, dejando sentado que no procede

aplicar la teoría del árbol envenenado, porque existen medios de prueba suficientes para determinar los precios procedentes en cada partida, al margen del presupuesto retirado de los autos, precios en que los peritos son prácticamente contestes, salvo en partidas muy puntuales”.

El recurso de apelación fue parcialmente estimado, en respuesta a otros motivos ajenos a nuestro análisis. En cuanto a la ilicitud probatoria, la AP no entró a analizarla a fondo, dado que la parte actora que había propuesto el documento, lo retiró del proceso para evitar la suspensión por prejudicialidad penal, conforme al artículo 40.5 LEC. Se analiza únicamente su posible efecto procesal, es decir, la posible contaminación de otras pruebas conforme a la teoría del efecto reflejo. No obstante, la Audiencia consideró que aun excluyendo el documento cuestionado, había suficientes pruebas para fundamentar la sentencia. Podemos destacar en este caso la irrelevancia de la prueba ilícita (que en este caso particular no era determinante para el contenido de la sentencia), su retirada de forma voluntaria por la misma parte que la propuso (no fue necesario excluirla mediante el incidente del artículo 287 LEC), y la suficiencia de las demás pruebas independientes.

También podemos comentar que, conforme está planteado el análisis jurídico por la Audiencia Provincial, estimamos que en este supuesto no se ha aplicado la teoría de la fuente independiente como excepción al efecto reflejo. Esto se debe a que la prueba ilícita fue excluida tempranamente del proceso y las demás pruebas que se valoraron no guardaban relación con ella. La sentencia no analiza en ningún momento la posible conexión causal entre el presupuesto, retirado de autos, y las demás pruebas, ni tampoco lo alegó formalmente el recurrente. Consideramos que la resolución se basa en los límites naturales de la Regla de Exclusión y no en la aplicación de una excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado.

2. Prueba pericial

A efectos de nuestro objeto de estudio, resulta especialmente interesante la SAP de Málaga, sección 5ª, no. 547/2008 de 6 de octubre (JUR\2009\66141). En este caso, un establecimiento financiero de crédito celebró un contrato de financiación a comprador de bienes inmuebles, concediendo un préstamo a un cliente para que éste pudiera comprarse un coche. La financiera reclamó un pago de aproximadamente 4.800

Euros al cliente, a través de un proceso monitorio que luego se convirtió en un juicio ordinario.

El juez de instancia estimó la demanda, condenando al cliente al pago de la cantidad adeudada, más los correspondientes intereses legales⁸⁸⁰. El deudor recurrió la sentencia con base en diversos motivos. Por un lado, solicitó que se declarase la nulidad de actuaciones por la vulneración de normas procesales. Impugnó una prueba pericial argumentando que se vulneraron sus derechos fundamentales y varios preceptos legales como el artículo 287 LEC, referido al tratamiento de las pruebas ilícitas. En este sentido, el deudor alegó que el perito se había excedido en su labor, dado que informó sobre extremos que no habían sido solicitados por la parte acreedora, que fue quien propuso la prueba pericial. De acuerdo con la sentencia, el perito acudió al órgano judicial y solicitó que se obtuvieran ciertos datos personales del demandado, contenidos en las fichas auxiliares de su DNI. Además, en la apelación se impugna el uso probatorio de ciertos datos bancarios del recurrente, referidos a una cuenta que mantenía junto con su padre en otro banco.

“Disconforme con el pronunciamiento judicial que le condena a abonar a la mercantil actora la cantidad de 4.874,18 euros e intereses (...), comparece en esta alzada la representación procesal de Don Ignacio, alegando: 1) Nulidad del proceso por vulneración de las normas reguladoras del proceso, en concreto de los artículos 287, 282, 349, 350 y 351 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al haberse admitido en su integridad la prueba pericial de cotejo de letras propuesta por la actora, al excederse el perito en la práctica de la prueba en extremos no solicitados por la parte proponente de la prueba, ampliando el perito el informe pericial llegando a instar el auxilio judicial a efectos de obtener las fichas auxiliares del DNI de su representado, no siendo de recibo que los medios que utilice el perito no estén sometidos al principio normativo procedimental. 2) Error en la apreciación de la prueba, al concluir indebidamente la Juzgadora de Instancia que su representado suscribió el contrato de financiación, en base a dos extremos: a) Por la información y el expediente de matriculación remitido por la Jefatura Provincial de Tráfico (...). b) Por información del Banco de Sabadell, sobre el cargo en la cuenta de su representado y su padre (...).”

A estos argumentos la mercantil apelada se opuso diciendo que el recurrente no explicaba con precisión cuál era la indefensión sufrida, que no pidió que se citara al perito para que declarase en juicio, que en instancia no se tachó de falsos los

⁸⁸⁰ Sentencia del JPI No. 3 de Fuengirola, de 30 de Marzo de 2007, procedimiento ordinario no. 609/05.

documentos, que el demandado lo negó todo en el juicio pero no en la oposición al monitorio, y que tampoco especificó cómo supuestamente se había producido la vulneración de derechos fundamentales⁸⁸¹.

Al analizar ambas posturas, la Audiencia Provincial de Málaga comienza explicando cómo debe plantearse el recurso de apelación. Es imperante que el vicio procesal se denuncie antes en instancia, en tiempo y forma (siempre que la parte haya tenido oportunidad), para después poder reproducirlo en alzada. También se necesita que el recurrente explique cómo se produjo la vulneración de la norma procesal que está aduciendo. En este sentido, la ilicitud probatoria y cualquier vicisitud en su trámite debe alegarse en instancia, valiéndose la parte afectada de los remedios procesales que la ley pone a su alcance. La sentencia es importante porque explica cómo se ha de proceder para poder recurrir en apelación un asunto de ilicitud probatoria.

“En el recurso de apelación puede invocarse la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, debiendo citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso la indefensión sufrida; asimismo deberá acreditar el apelante que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello (artículo 459 LEC), bien entendido, que no se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia (artículo 465.3 párrafo segundo). Teniendo declarado la jurisprudencia constitucional que la violación de una norma procesal a la que colabora también la actuación negligente y desatenta de la parte afectada, no puede encontrar protección, cuando quién pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico, no usó de ellos en el momento oportuno (SSTC 41/88 de 16 de febrero; 138/88 de 8 de julio).”

La Audiencia Provincial observó que en el caso de autos no se habían cumplido estos requisitos. Si bien se celebró en instancia el incidente de ilicitud probatoria (art. 287 LEC), no se recurrió por la parte interesada la decisión del juez de diferir a la

⁸⁸¹ “[A la] Pretensión revocatoria (...) se opone la representación procesal de Santander Consumer E.F.C., S.A., al no explicar [el recurrente] la indefensión que le produce la actuación procesal y ni tan siquiera pidió que el perito fuese citado al juicio como determinan los artículos 346 y 347 de la Ley Procesal y máxime, cuando los documentos no son tachados de falso. Por otro lado el apelante negó todo en el juicio (no en la oposición al monitorio) pero no pudo explicar cómo conocía su mandante sus datos personales, su cuenta bancaria u otros datos del vehículo o pudo anotar la reserva de dominio o quien le pudo ‘falsificar’ su firma.”

sentencia el pronunciamiento sobre la ilicitud de la prueba. Además el deudor, aunque las conocía, no objetó en instancia las diligencias que el perito había solicitado al juez para la obtención de sus datos personales, y tampoco solicitó que el perito compareciera para declarar en el juicio.

Por otra parte, el recurrente tampoco planteó adecuadamente la apelación porque no explicó en la forma debida cuáles eran las infracciones procesales cometidas en su perjuicio, ni cómo se había vulnerado sus derechos fundamentales.

“Pues bien, en este orden de cosas, como pone de manifiesto la representación procesal de la parte apelada, interesada en la audiencia previa celebrada la ilicitud de la prueba, en referencia al artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se reproduce en esta alzada, la Juzgadora de Instancia difirió el pronunciamiento para sentencia, cuando a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del precitado artículo, deberá decidirse en el acto de juicio o vista, conformándose con éste pronunciamiento, al limitarse el recurso de reposición interpuesto a la inadmisión de la prueba documental aportada en el acto. Y de otro lado, es claro que la parte era conocedora de que el perito judicial había interesado, conforme explicita en su informe, las fichas auxiliares del DNI, no sólo porque constan oficios del Juzgado interesando la colaboración policial, sino también porque se dio traslado del informe ‘a los efectos legales’ (proveído de fecha 13/10/2006) y ninguna alegación se hizo; es más, tampoco se interesa la comparecencia del perito. Así las cosas, es de concluir, que la parte apelante no cumple los requisitos exigidos jurisprudencialmente para denunciar de nuevo la infracción, no explicando la supuesta vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, supuesto contemplado en el artículo 287 de la Ley Procesal (...), y que también pretende denunciar por vulneración las normas imperantes en la práctica de la prueba pericial, sin hacer objeción inicial, sólo ante el resultado negativo de la misma para su patrocinado, cuestión que es de rechazar, al ajustarse la prueba al objeto de la pericia (la veracidad o no de la firma estampada en el contrato de financiación de vehículo de 1 de enero de 1991), con independencia de que el Juzgado prestar al perito el auxilio necesario, debido al tiempo transcurrido, recabando la aportación de documentos, como contempla el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para la práctica de la pericial solicita por la parte.”

Siguiendo esta línea argumentativa, la Audiencia indicó que tampoco procedía el segundo motivo de apelación, que era la errónea valoración de los medios de prueba⁸⁸². Por tanto, el recurso se desestimó y se confirmó la sentencia de primera instancia.

⁸⁸² Así, “es sobradamente conocido que en la apreciación de las pruebas no puede prevalecer el particular interés de las partes sobre el criterio objetivo e imparcial del Juzgador a quo, salvo que sus resultados

A diferencia de los casos anteriores, en este caso es más evidente cómo pudo haberse producido la obtención ilícita de la prueba. Se trata del acceso a los datos personales del demandado (fichas auxiliares del DNI, información sobre la matrícula de su coche y datos de su cuenta bancaria), contraviniendo su derecho a la intimidad. Se accedió a estos datos privados a instancia del perito (no de la parte demandante) quien, excediéndose en sus funciones, solicitó al órgano judicial que recabara dicha información. Ahora bien, ¿la participación del juez en la obtención de la prueba sería suficiente para legitimar las diligencias a través de las cuales se obtuvieron los datos privados? Por un lado sabemos que los derechos fundamentales pueden limitarse siempre y cuando exista una autorización judicial que sea proporcional. Sin embargo, correspondería a la parte interesada –no al perito– solicitar al órgano judicial la obtención de dichas pruebas.

Habría sido un interesante análisis sobre la posibilidad de limitar derechos fundamentales en el proceso civil, no obstante la Audiencia Provincial no llegó a profundizar en ese extremo, sino que determinó que la alegación de ilicitud era improcedente en apelación, dado que en instancia el demandado no actuó con diligencia porque no se opuso en tiempo y forma a las actuaciones que le perjudicaban. En consecuencia, la prueba pericial y las demás pruebas que de ella se derivaban fueron valoradas por el juez, permitiendo a la financiera cobrar la deuda que resultaba del contrato de financiación.

Otra sentencia relativa a la impugnación de una prueba pericial es la SAP de Córdoba, sección 1ª, no. 49/2013 de 5 de marzo (JUR\2013\250653). En este supuesto, una mercantil suministraba mercancías a una empresa de catering que abastecía varios restaurantes y cafeterías. Debido al impago de varios suministros, se inició un proceso monitorio que posteriormente dio paso a un juicio ordinario.

sean ilógicos o absurdos, llegando a decirse, en la STS de 18-4-1992, 30-4-1988 , ‘en principio, es soberano (el Tribunal) en la apreciación de la prueba, salvo que aquella resulte ilógica o absurda’ o ‘contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica’, al regir en nuestro ordenamiento el principio de la libre valoración de la prueba por el Tribunal, cuyos resultados, obtenidos a través de la valoración conjunta de toda la prueba, han de prevalecer por estar inspirados en criterios objetivos y desinteresados...”.

El juez de instancia estimó en su totalidad la demanda y condenó a la empresa de catering al pago de unos 9.000 Euros más los intereses legales⁸⁸³. La sentencia fue recurrida por la demandada, quien impugnó, entre otras cosas, el valor de un informe pericial.

De acuerdo con la recurrente, el informe era parcial porque únicamente tomaba en cuenta la contabilidad de la parte actora. Se cuestionaba el valor probatorio de varios documentos fiscales elaborados unilateralmente, sobre todo porque no constaba que hubieran sido presentados ante la Agencia Tributaria. Además, consideraba que la parte demandante había actuado de mala fe porque no aportó el informe pericial en el momento correspondiente, sino que instó la suspensión de la Audiencia Previa, supuestamente para esperar a que estuviera listo el informe y así presentarlo posteriormente. La Audiencia señala que, en todo caso, la demandada también podría haber recurrido en instancia la actuación de mala fe de la actora, con base en el artículo 247 LEC.

En respuesta a estos argumentos, la Audiencia Provincial de Córdoba indica que la demandada no recurrió la admisión del medio de prueba y tampoco solicitó su exclusión a través del incidente de ilicitud del artículo 287 LEC.

“Si no se efectuó en la Audiencia Previa objeción a la licitud de la pericial admitida o, incluso, en un momento posterior, según le facultaba el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento para que, previo traslado de las partes, resolviera el Juez, no podía ya en segunda instancia suscitarse una resolución sobre dicha cuestión. Del mismo modo acontece con la prueba pedida en el ‘otrosí’ del recurso de reposición, ya que no constaba que se hubiera formulado protesta en la Audiencia Previa sobre su eventual denegación”.

La Audiencia no aprecia que exista una vulneración de derechos fundamentales en la elaboración del informe pericial, de manera que no se trata de una prueba ilícita. Al contrario, la demandada podría haber recurrido en instancia la actuación de la actora, basándose en que se infringía el principio de buena fe procesal, conforme al artículo 247 LEC.

⁸⁸³ Sentencia del JPI No. 4 de Córdoba, de 23 de diciembre de 2011, en procedimiento ordinario no. 409/11.

“En cualquier caso, no nos encontramos (...) ante una prueba obtenida violentando derechos o libertades fundamentales, que es la única vía (prevista en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por el cual, una vez admitido el informe pericial, hubiera podido excluirse del procedimiento”.

El recurso de apelación se desestima y se confirma la sentencia de instancia. En este caso, como podemos observar, se descarta la alegación de ilicitud tanto por el fondo (no hay actuaciones que vulneren los derechos fundamentales) como por la forma (no se instó la exclusión de la prueba ilícita). La confirmación de la sentencia de instancia obliga a la demandada a pagar la cantidad adeudada.

3. En síntesis, la prueba de la deuda por medios ilícitos

De la muestra seleccionada de sentencias, podemos apreciar que en la mayoría de los casos se impugna la ilicitud de una prueba documental. Ello se debe al tipo de procesos que estamos analizando, esto es procesos de tutela del crédito que comienzan a raíz de una petición de juicio monitorio. Para empezar, cuando se trata de monitorios siempre nos estaremos refiriendo a documentos. Una vez formulada la oposición por parte del deudor, el monitorio se termina y se desarrolla el proceso ordinario que corresponda según la cuantía. Lo más probable es que los documentos presentados en el proceso monitorio continúen utilizándose en el subsiguiente juicio, ahora como medios de prueba. Suele suceder también que las partes consoliden su estrategia de defensa a través de la aportación de nuevas pruebas, que estarán relacionadas con la prueba documental inicial.

Hemos encontrado casos en los que se impugna una prueba pericial, pero aún en estos la prueba pericial guarda algún vínculo con una anterior prueba documental. Por ejemplo, en la SAP de Málaga, sección 5ª, no. 547/2008 de 6 de octubre (JUR\2009\66141), se realiza un informe pericial relacionado con la firma de un documento, para lo cual el perito solicita al órgano judicial que recabe ciertos datos personales de deudor. En el caso de la SAP de Córdoba, sección 1ª, no. 49/2013 de 5 de marzo (JUR\2013\250653), el informe pericial impugnado se basa en los documentos contables de la parte demandante.

La prueba documental, entonces, es la prueba reina cuando se trata de reclamar la tutela de un crédito. Sin embargo, no es el único instrumento probatorio. En torno a ella se pueden practicar otra clase de pruebas, como consta en los supuestos estudiados, pruebas periciales, interrogatorio de partes e incluso la reproducción de medios audiovisuales⁸⁸⁴.

En cuanto a los derechos fundamentales cuya vulneración se alega con mayor frecuencia, creemos que en los casos de tutela del crédito el derecho estrella es la intimidad (personal o familiar), sobre todo cuando se trata de la obtención ilícita de datos personales. En los supuestos analizados podemos corroborar este extremo. No obstante, también puede producirse la ilicitud de la prueba por otros motivos, como

⁸⁸⁴ Con relación a esta última categoría, se analiza un supuesto muy interesante en la SAP de Barcelona, sección 19ª, no. 454/2011 de 20 de octubre (JUR\2015\2213). No explicaremos a fondo el caso porque no se origina con un proceso monitorio, pero nos parece pertinente referirlo porque sí se trata de la tutela del crédito y el análisis de la ilicitud probatoria es especialmente interesante. En esta sentencia se impugna un vídeo aportado por la parte demandante y que fue realizado por un detective privado. El vídeo se utilizó, junto con otros medios de prueba, para demostrar que el demandado convivía con su ex esposa tras haberse divorciado de ella. El acreedor argumentaba que el divorcio había sido meramente formal y que se trataba de un fraude. Se logró demostrar que a través del divorcio el deudor había adjudicado un inmueble a su mujer, con el motivo de extraerlo de su patrimonio y así defraudar las expectativas de cobro del acreedor. El vídeo, realizado en un club de tenis, mostraba que el demandado continuaba haciendo una vida familiar normal con su mujer y sus hijos. La sentencia de apelación estableció que no se había vulnerado la intimidad del demandado, porque el vídeo se había hecho en un lugar público y confirmó la sentencia de instancia que declaraba la rescisión de la adjudicación de la finca, efectuada en el convenio regulador del divorcio, por haberse realizado en fraude de acreedores.

“En efecto, el autor del video en ningún momento avisó a los interrogados del hecho de que estaban siendo grabados, por lo que éstos no pudieron prestar su consentimiento al tratamiento de los datos. Sin embargo, dicha omisión no supone la ilicitud de la prueba, por cuanto la propia legislación de protección de datos contempla numerosas excepciones a la exigencia de consentimiento, entre las que se incluye el que una norma con rango de ley autorice el tratamiento de los datos personales. En este sentido, el art. 382 LEC dispone que las partes pueden proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Por consiguiente, entendemos que el precepto citado autoriza a utilizar como medio de prueba en un proceso civil, fotografías, grabaciones o filmaciones sin necesidad de consentimiento del interesado, cuando las mismas sean pertinentes para acreditar los hechos que motivan la demanda y siempre que no supongan una vulneración de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, así sucede cuando la grabación se realiza en el domicilio o en cualquier otro lugar que no sea público (SAP de Córdoba [Secc. 3ª] de 25 de febrero de 2002; y SAP Cádiz [Secc. 1ª] de 26 de julio de 2005, entre otras). Pues bien, en este caso no se da ninguna de las circunstancias que podría convertir la prueba en ilícita, ya que las grabaciones se llevan a cabo en lugares públicos (y un club privado de tenis en el que se celebran actos públicos lo es) y se acredita, mediante la aparición de menores en las mismas, la convivencia entre los demandados”.

sucede cuando se violenta la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones (derechos también relacionados con la intimidad), cuando se accede sin autorización al local de una empresa, o al correo electrónico de la contra parte.

Como hemos sostenido, la vulneración de derechos fundamentales, cuando afecta una prueba relevante sobre algún aspecto esencial de la deuda, puede ser determinante para la tutela del crédito, en el caso que el órgano judicial considere que la prueba es ilícita y la excluya del proceso. Además, es pertinente recordar que la exclusión de una prueba (por ejemplo, documental), puede conllevar la exclusión de otras pruebas que de ella se deriven (por ejemplo, un informe pericial o el interrogatorio de parte), produciendo un efecto dominó e influyendo directamente en la oportunidad de defensa de la parte procesalmente afectada.

C. LA DENUNCIA DE LA ILICITUD

Tras haber analizado las sentencias dictadas por diferentes Audiencias Provinciales de España, podemos llegar a la conclusión de que, cuando se trata de la prueba ilícita de la deuda en los procesos de tutela del crédito que se han iniciado a través de un juicio monitorio, existen ciertos aspectos procesales recurrentes que son determinantes tanto para la exclusión de la prueba ilícita como para la consecución de una efectiva tutela judicial. Veamos cuáles son estos aspectos y cómo influye cada uno en el proceso.

1. La fundamentación de la ilicitud

Como vimos en el capítulo anterior, cuando una parte pretenda que se excluya una prueba ilícita a través del artículo 287 LEC, deberá argumentar, y en todo caso demostrar, que se ha producido la vulneración de un derecho de esta categoría. En varios de los casos estudiados, aunque la parte explicaba la infracción que se había cometido en su contra, la prueba no fue excluida porque vulneraba normas o derechos

de rango legal, no fundamental⁸⁸⁵. Así sucede, por ejemplo, cuando se impugna el momento en que se admitió una prueba o la manera en que fue practicada⁸⁸⁶.

Hemos observado que en ocasiones la parte apelante alega de forma general la infracción de “un derecho fundamental”⁸⁸⁷, pero esto no es suficiente: es necesario identificar expresamente cuál es el derecho que se ha lesionado, por quién y cómo. En este mismo sentido, si la parte alega que se le produjo indefensión, no basta con que lo diga de modo abstracto, sino que ha de explicar cuál fue la actuación de la contraparte o del tribunal que le provocó esa indefensión y por qué. En cuanto a este particular, el artículo 459 LEC expresa que “en el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida”.

Se trata de una especie de relato que explique la causa y la consecuencia. Ha de identificarse la actuación concreta, el derecho fundamental vulnerado y cómo esto fue determinante en la obtención de la prueba y en la producción de indefensión. Además, si hay una norma legal que proteja directamente el derecho afectado, ya sea la Constitución o, por ejemplo, la Ley de Protección de Datos Personales, es conveniente que la parte la cite también al impugnar la prueba ilícita.

2. Necesidad de suscitar la ilicitud en tiempo y forma

De acuerdo con la jurisprudencia analizada, es indispensable que la parte perjudicada por la prueba ilícita la haya impugnado en el momento procesal adecuado⁸⁸⁸. Cuando la parte recurrente se espera hasta la apelación para alegar la

⁸⁸⁵ Como sucede en las ya referidas SAP de Ciudad Real, sección 1ª, no. 84/2006 de 13 de marzo (JUR\2006\126968) y SAP de Las Palmas, sección 5ª, no. 244/2012 de 25 de mayo (JUR\2012\299957).

⁸⁸⁶ SAP de Burgos, sección 3ª, no. 681/2002 de 12 de diciembre (JUR\2003\43441); SAP de Valencia, sección 11ª, no. 546/2013, de 9 de diciembre (JUR\2014\107342).

⁸⁸⁷ Véase la SAP de Córdoba, sección 3ª, no. 54/2011 de 4 de marzo (JUR\2011\380393).

⁸⁸⁸ Sobre este particular recordemos los casos de la SAP de Córdoba, sección 3ª, no. 54/2011 de 4 de marzo (JUR\2011\380393) y la SAP de Málaga, sección 5ª, no. 547/2008 de 6 de octubre (JUR\2009\66141).

ilicitud probatoria, las Audiencias Provinciales desestiman el motivo si consideran que dicha alegación se podría haber realizado en instancia.

De acuerdo con el artículo 287 LEC, la parte perjudicada ha de manifestar “de inmediato” la existencia en el proceso de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Este requisito de inmediatez ha de interpretarse en el sentido que la parte ha de suscitar la cuestión de ilicitud en cuanto tenga conocimiento de ella. Así, por ejemplo, podría alegarlo en la oposición al requerimiento del monitorio, en la contestación de la demanda, en la audiencia previa, o en el juicio o la vista (antes de que se practique la prueba). En todo caso, si la alegación se hace de forma tardía la parte tendría que demostrar por qué no impugnó la ilicitud anteriormente. Así, por ejemplo, porque la vulneración del derecho fundamental se trata de un hecho de nuevo conocimiento.

Por otro lado, no basta con impugnar la prueba ilícita. La parte debe activar en la primera instancia todos los mecanismos procesales que la Ley le concede, para así poder posteriormente recurrir el asunto en apelación. El citado artículo 459 LEC señala que “el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad para ello”. En este sentido, debe haber suscitado el incidente de ilicitud del artículo 287 LEC, recurriendo en reposición si el auto no le fuera favorable (art. 287.2 LEC). Además, si la sentencia definitiva dejara de pronunciarse sobre la ilicitud, habiendo debido hacerlo, la parte puede pedir la subsanación y complemento de la sentencia defectuosa o incompleta (art. 215 LEC)⁸⁸⁹.

3. Fase en que debe alegarse la ilicitud (monitorio, ordinario o apelación)

Se plantea si la ilicitud ha de alegarse siempre en el escrito de oposición del proceso monitorio, o si sería posible en algún caso reservar su alegación hasta el subsiguiente juicio ordinario o verbal⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ No ahondamos ahora en estos aspectos, que se trataron ya en el Capítulo V.

⁸⁹⁰ En este sentido, véase las alegaciones de la parte apelada en la SAP de Málaga, sección 5ª, no. 547/2008 de 6 de octubre (JUR\2009\66141).

Por un lado encontramos la consideración que ya hemos referido antes, es decir, si el deudor está vinculado a los motivos alegados en la oposición monitoria o si puede esgrimir nuevos argumentos de defensa en el proceso posterior. Recordemos que, dependiendo de la cuantía de la deuda, el juicio que se realice después de la oposición puede ser verbal u ordinario, lo cual determinará las capacidades de defensa de las partes. Así, si se trata de un juicio verbal, se convocará directamente a la vista, pero si fuera un juicio ordinario, habrá más posibilidades de realizar argumentaciones y proponer prueba (en la demanda, en la contestación y en la audiencia previa).

Por ejemplo en el supuesto que el deudor, conociendo la vulneración del derecho fundamental, alegara ciertos motivos de oposición y se reservara la ilicitud de la prueba como un argumento para utilizar en la vista del juicio verbal. El problema de esta actitud radica en que la alegación sorpresiva de ilicitud probatoria podría causar indefensión al acreedor. En este caso, si el tribunal estima que el deudor ha actuado con mala fe, podría incluso llegar a sancionarlo con una multa, de acuerdo con el artículo 247 LEC.

Por otro lado podemos considerar que, si se tratara de un juicio ordinario, habría menos riesgo de sufrir indefensión ya que ha de interponerse una nueva demanda, la cual será contestada y además se celebrará la audiencia previa antes del juicio. En este caso, hay más oportunidades de contradicción y defensa frente a la cuestión de ilicitud probatoria.

Por todo ello debemos recomendar que se cumpla la indicación del artículo 287 LEC en el sentido que, si una de las partes considera que una prueba fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, ha de alegarlo de inmediato, en cuanto lo conozca y le sea procesalmente posible, para así evitar que precluya la oportunidad de impugnar la prueba viciada. En este sentido, si la ilicitud se pone de manifiesto ya en el proceso monitorio, el deudor deberá alegarla como motivo de oposición al requerimiento de pago (sin perjuicio de otros motivos que pueda argumentar), y no guardársela como una alegación sorpresiva a realizar en el posterior juicio.

4. La relevancia de la prueba

Finalmente, la relevancia de la prueba ilícita es otro factor que incide en este tipo de casos⁸⁹¹. Es posible que, aun habiéndose cumplido los requisitos de alegar la vulneración en tiempo y forma y de fundamentarla correctamente, la prueba ilícita no sea excluida del proceso.

Como hemos podido observar, los tribunales tienen en cuenta el grado de relevancia de la prueba ilícita, es decir, si la prueba influye o no en el fallo de la sentencia. En este sentido, cuando la prueba en cuestión es irrelevante porque demuestra un hecho que no es determinante para el fallo, o porque refiriéndose a un hecho importante existen otras pruebas independientes que demuestran el mismo extremo, es posible que el órgano judicial *ad quem* no entre a analizar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales ni tampoco el tratamiento procesal más o menos adecuado que se haya dado a la prueba ilícita.

En casos de este tipo, el tribunal de segunda instancia se ha limitado a expresar que la prueba es irrelevante por cierto motivo y no entra a valorar la ilicitud. Creemos que sería conveniente, para salvaguardar las garantías procesales del apelante, que el órgano judicial indique, considerando el conjunto total de las pruebas del caso, por qué estima que la prueba supuestamente ilícita es irrelevante.

⁸⁹¹ Se trató este tema en la SAP de Sevilla, sección 6ª, no. 184/2014 de 29 de julio (JUR\2014\265039).

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Como resultado de nuestra investigación, hemos llegado a las siguientes nueve conclusiones:

PRIMERA. El derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa procesal establece un límite constitucional para la exclusión de la prueba, lo cual ha venido a imprimir un carácter particular en el tratamiento de la prueba ilícita, tanto en España como en Honduras. La exclusión de un medio de prueba que ha sido propuesto por una de las partes procesales, pone en riesgo su derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva. Se requiere por ello que en la obtención de la prueba se haya vulnerado un derecho de igual o mayor rango que éstos, es decir un derecho fundamental, para que esa prueba merezca ser excluida.

Tanto en España como en Honduras se ha considerado que la Regla de Exclusión es una garantía de índole constitucional. Los tribunales españoles consideran que se trata de una garantía que forma parte del sistema de derechos constitucionales, de la primacía e inviolabilidad de los mismos. A pesar de que no está reconocida de forma expresa en la constitución, la Regla de Exclusión forma parte del derecho al proceso con todas las garantías, del derecho a la igualdad procesal y, en el ámbito penal, del derecho a la presunción de inocencia.

En Honduras, en cambio, la Constitución determina la nulidad de la prueba ilícita en dos casos: cuando se vulnera el derecho a la integridad física, el derecho a no declarar contra sí mismo, y el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, ha de aplicarse la Regla de Exclusión también cuando se vulneren otros derechos fundamentales, como exigencia del derecho al debido proceso.

SEGUNDA. Tanto en España como en Honduras, prueba ilícita o prueba prohibida es aquella que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales y que tiene por sanción la exclusión procesal. La conjunción de los elementos objetivo, subjetivo, temporal y procesal hace que el tratamiento de la ilicitud sea característico de estos países. En primer lugar, el derecho vulnerado puede ser sustantivo o procesal. En

segundo lugar, es indiferente si el sujeto que lesionó el derecho es un funcionario público o un ciudadano particular, tampoco importa si el titular del derecho vulnerado es parte procesal o un tercero; de igual forma la prueba se considerará ilícita. En tercer lugar, para que la prueba sea prohibida debe haberse infringido el derecho al momento de obtener, es decir, la vulneración será la causa que permitió adquirir la prueba. En cuarto lugar, la sanción de exclusión implica la no admisión, no práctica y no valoración de la prueba ilícita, pero además el efecto se extiende a las pruebas derivadas. En este sentido, ambos países aplican la teoría de los frutos del árbol envenenado.

TERCERA. La teoría alemana de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales establece que los sujetos privados también están llamados a proteger estos derechos, si bien de forma diferente que el Estado. Entre el ciudadano particular y los derechos fundamentales existe una vinculación negativa, lo cual significa que debe abstenerse de vulnerarlos. Esto hace posible que la Regla de Exclusión se aplique, en países como España y Honduras, a los procesos civiles, en donde la obtención de la prueba se realiza mayoritariamente por las partes. En consecuencia, la aplicación de la Regla de Exclusión es más amplia y garantista, porque no se limita al ámbito penal.

CUARTA. Los fundamentos que justifican la aplicación de la Regla de Exclusión en cada país son determinantes al momento de definir la extensión y los efectos de la misma. Hay que partir del hecho que en los procesos judiciales convergen una variedad de derechos e intereses personales, sociales y estatales, que se encuentran tutelados por las leyes y la Constitución. Entre ellos se encuentran los derechos sustantivos y procesales de las partes, la búsqueda de la verdad y la efectiva impartición de justicia, que ha de desarrollarse conforme a las normas del proceso debido. Para conjugar y armonizar estos intereses, se acude a la técnica de ponderación (realizada en abstracto por el legislador, y por el juez para cada caso concreto) y a la aplicación del principio de proporcionalidad. De esta forma se puede saber cuándo exactamente se ha lesionado un derecho fundamental y cuándo ha de excluirse una prueba.

- a) En España y en Honduras, la justificación predominante de la exclusión probatoria es la protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, la Regla de Exclusión se aplica a los distintos ámbitos jurisdiccionales,

independientemente de la naturaleza pública o privada del sujeto infractor o del papel procesal de la persona que sufre la vulneración.

- b) En Estados Unidos, en cambio, el fundamento que predomina en la actualidad es la consecución del *deterrent effect* (a pesar de la Regla de Exclusión naciera con una vocación de defensa constitucional). Por ello se ha ido reduciendo cada vez más a aplicación de la Regla, limitándola prácticamente a los procesos penales en donde los funcionarios públicos comenten infracciones intencionadas y sistemáticas de los derechos fundamentales. Se considera que el costo de excluir la prueba ilícita es muy alto y se prioriza la búsqueda de la verdad y el castigo del culpable.
- c) Los tribunales internacionales que hemos estudiado, el TEDH y la Corte IDH, ha adoptado más bien una postura intermedia. Para ellos, la exclusión de pruebas ilícitas es una cuestión del Derecho interno de cada Estado. No obstante, para analizar una cuestión de este tipo, lo importante es determinar si el proceso en su conjunto ha sido equitativo, incluyendo la forma en que se obtuvo la prueba. Tanto el TEDH como la Corte IDH son más propensos a excluir la prueba que se haya obtenido a través de torturas. En cambio, son más cautelosos en la aplicación de la Regla de Exclusión cuando se trata de la vulneración de garantías procesales o del derecho a la intimidad. El TEDH, por su lado, ha analizado la exclusión de pruebas ilícitas obtenidas por particulares; la Corte IDH no ha descartado la posibilidad de excluirlas.

QUINTA. En el proceso civil, el régimen de ineficacia de la prueba ilícita no es equivalente al de la nulidad de los actos procesales. El legislador ha regulado el tratamiento que han de recibir las pruebas ilícitas, estableciendo un incidente específico para su exclusión (arts. 287 LEC y 237 CPCH). La Regla de Exclusión, que siempre se refiere a actividades probatorias, se caracteriza por la expansión de la ineficacia invalidante, conforme a la teoría del efecto reflejo. En cambio, la nulidad abarca actos procesales muy diversos (no solo de prueba) y al aplicarla se busca restringir la ineficacia, según el principio de conservación de los actos y el principio de subsanación (arts. 230 y 231 LEC, 20 y 217 CPCH). No obstante, consideramos que las partes

pueden acudir a la nulidad de actuaciones como un mecanismo auxiliar para excluir una prueba ilícita, en caso que procesalmente ya no pueda desarrollarse el incidente de ilicitud probatoria y si resulta necesario para proteger la eficacia del derecho fundamental vulnerado.

SEXTA. La doctrina de los frutos del árbol envenenado (o teoría del efecto reflejo) se formuló originalmente con la intención de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales que ya se buscaba con la Regla de Exclusión, impidiendo que las infracciones se convalidaran indirectamente a través de las pruebas derivadas. Sin embargo, el efecto expansivo de la ineficacia pronto tuvo que irse limitando para evitar situaciones de impunidad. Primero sucedió en Estados Unidos, con la creación de las excepciones por la Corte Suprema de Justicia; después se extendieron estas teorías a España y, en menor grado, también a Honduras. En estos últimos dos países, que responden al sistema de *civil law*, la adopción jurisprudencial de teorías que contradicen las normas legales es un método cuestionable. El TC que había estado manteniendo una postura garantista, cambió repentinamente su jurisprudencia al crear la teoría de la conexión de antijuridicidad que, a efectos prácticos, deja a discreción de los tribunales la elección de cuáles pruebas derivadas excluir y cuáles valorar.

SÉPTIMA. Ahora bien, debemos determinar si estas excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado son aplicables igualmente al proceso civil, para lo que hemos de acudir a los fundamentos que sustentan las teorías de exclusión o de no exclusión. Las excepciones al efecto reflejo tienen como finalidad evitar la impunidad y permitir que se condene al acusado a través de la valoración de ciertas pruebas que de otra forma habrían sido excluidas. Este objetivo no tiene cabida en el proceso civil porque no se está enjuiciando a una persona acusada de cometer un delito, no existe un hecho de relevancia penal, ni tampoco podemos hablar de impunidad. En este sentido, tampoco vemos que la conexión de antijuridicidad, que tiene su origen en la teoría de la imputación penal, tenga cabida en el proceso civil. Tomando en cuenta la estructura y la finalidad del proceso civil, consideramos más coherente aplicar en este ámbito la Regla de Exclusión tal cual ha sido formulada en el artículo 11.1 LOPJ, de manera que se excluyan las pruebas ilícitas directas y las que se deriven causalmente de ellas (criterio de conexión de causalidad natural).

En aquellos supuestos en que el TS ha aplicado la teoría del hallazgo casual en las relaciones entre particulares –casos laborales de despidos improcedentes–, hemos apreciado que, en el fondo, lo que hizo realmente el Tribunal fue determinar si la diligencia que llevó a la obtención de la prueba (el registro de un ordenador) era o no legítima. Si bien es cierto que la prueba fue encontrada por casualidad, no hace falta aplicar teorías de excepción para resolver estos casos, sino que basta con hacer el análisis tradicional de la Regla de Exclusión, es decir, determinar si el acceso al ordenador vulneraba o no un derecho fundamental, independientemente de la intencionalidad de encontrar allí ciertas pruebas.

Con relación al proceso civil hondureño, todavía es muy pronto para poder valorar el alcance de la Regla de Exclusión, la teoría del efecto reflejo y sus excepciones. El CPCH no llega todavía a los cinco años de vigencia y en la Corte de Apelaciones de lo Civil de Tegucigalpa, todavía no se ha resuelto ningún recurso referente a la ilicitud probatoria. En los Juzgados de Letras sí se ha aplicado la Regla de Exclusión, pero es muy temprano para poder definir tendencias jurisprudenciales. No tenemos noticia de que se haya aplicado en el ámbito procesal civil ninguna de las doctrinas de excepción.

OCTAVA. Tanto la LEC como el CPCH son leyes que han marcado un punto de inflexión por la reforma que han planteado en ámbito procesal civil. En ellas se regula por primera vez, en España y en Honduras, un incidente que permite excluir las pruebas prohibidas. Este “incidente de ilicitud probatoria” tiene muchos aspectos positivos, entre los cuales destacamos que: se inicia a instancia de parte o de oficio, permite excluir la prueba ilícita antes de que sea practicada, se desarrolla un debate que incluye la presentación de pruebas adicionales y regula los recursos contra la decisión del juez. Todo esto facilita a las partes las posibilidades de defensa y contradicción en condiciones de igualdad.

A pesar estas bondades, la regulación del incidente también producido algunas dudas prácticas en cuanto a su aplicación, sobre todo en España. Las interpretaciones de la LEC varían entre las Audiencias Provinciales y la doctrina, específicamente en cuanto a la posibilidad de inadmitir *in limine* una prueba ilícita y a la forma en que ha de recurrirse en los juicios verbales la decisión sobre la ilicitud. En cuanto a este último

asunto, las Audiencias Provinciales se han decantado por permitir únicamente la protesta. Esto puede ser un problema, sobre todo en aquellos juicios verbales que, tras la Ley de Agilización Procesal de 2011, ya no tienen acceso a segunda instancia. En estos casos, la parte que se vea perjudicada por la resolución del incidente de ilicitud no cuenta tras la protesta con ningún otro recurso (ordinario ni extraordinario). Si el auto sobre la ilicitud no fue acertado, se corre el riesgo de producirle indefensión a la parte.

Por otro lado, las cuestiones sobre ilicitud que llegan a apelación, tendrán que cumplir ciertos requisitos exigidos por las Audiencias Provinciales, sobre todo que se hayan agotado los medios procesales para impugnar la ilicitud (recorrir la admisión, iniciar el incidente del artículo 287 LEC, interponer los recursos que quepan contra la resolución del incidente y pedir la aclaración y corrección de la sentencia) y que se trate de una prueba relevante para la sentencia. La cuestión se complica aún más a nivel de recursos extraordinarios. Debido a la vigencia de la DF 16ª y a las pautas que el TS ha establecido a través de varios acuerdos no jurisdiccionales, el recurso extraordinario por infracción procesal se ha convertido en un “recurso fantasma”. Si ya de por sí es un medio de impugnación extraordinario, que exige para su interposición unos motivos muy específicos, su vinculación al recurso de Casación (que ocurre en la mayoría de los casos) lo ha dejado prácticamente inoperable, por lo menos en el tema de la ilicitud probatoria. Con esto se priva a las partes de un recurso y unas posibilidades de defensa que, en principio y por ley, deberían tener.

En Honduras, en cambio, se ha aprovechado la experiencia española para poder mejorar el tratamiento de la prueba ilícita. El CPCH hace una regulación más clara y uniforme en cuanto al momento de efectuar la exclusión y los recursos que caben contra el auto del juez (reposición y apelación, tanto en juicio ordinario como en juicio abreviado). También la regulación de los recursos extraordinarios es más accesible, ya que únicamente se contempla la casación, tanto por motivos materiales como procesales.

NOVENA. La tutela del crédito es otro aspecto en el que la LEC y el CPCH han modernizado el proceso civil, especialmente con la regulación del proceso monitorio y de la ejecución hipotecaria, que han tenido un impacto relevante las economías española y hondureña. El proceso monitorio hondureño toma como modelo el español, pero

aplicándolo a la realidad concreta del país: mantiene un límite cuantitativo de 200.000 Lempiras y es impulsado por el juez (a diferencia de España, donde prima la actuación del Secretario judicial).

En el proceso monitorio no hay prueba en sentido formal, sino que se estipula la presentación de ciertos documentos que dan una buena apariencia legal a la deuda. El deudor que ha sido requerido de pago puede reaccionar de distintas formas, ya sea pagando, guardando silencio u oponiéndose. La ilicitud de los documentos presentados por el acreedor es uno de los posibles motivos de oposición y procede cuando alguno de estos haya sido obtenido con vulneración de derechos fundamentales. El deudor, al conocer esta condición, la alegará por escrito y con ello se producirá la conclusión de la fase monitoria, dándose paso al proceso ordinario que corresponda según la cuantía. En este segundo proceso, se llevará a cabo el debate sobre la ilicitud probatoria de acuerdo con las normas generales del procedimiento.

En estos casos de tutela crediticia, las pruebas que presentan mayor problema de ilicitud son la documental y la pericial. Para lograr la exclusión de dichas pruebas, será indispensable que el deudor demuestre que se vulneró un derecho fundamental y además que impugne la prueba en tiempo y forma. La exclusión de la prueba puede ser determinante para la consecución de la efectiva tutela del crédito, en caso que la prueba sea relevante y, sobre todo, si no existen más pruebas independientes que fundamenten la postura del acreedor. Lo más recomendable es que el acreedor se asegure de que los documentos que aporta cumplen los requisitos constitucionales de licitud y pertinencia, lo cual mejorará su estrategia de defensa procesal y le acercará más a la obtención de una efectiva tutela judicial.

CONCLUSIONS

As a result of our research, we have drawn the following nine conclusions:

FIRST. The fundamental right to the use of evidence establishes a constitutional limit to the Exclusionary Rule. This is a characteristic trait of the treatment of unconstitutionally obtained evidence, both in Spain and Honduras. The suppression of evidence that was proposed by a party can affect several of his procedural rights (the right of defense, the right to the use of evidence, the right to obtain the effective protection of the Judges and the Courts and the right to a due process). That is why, in order to exclude the evidence, it is required by the Spanish Courts that the right violated during the gathering of the evidence was of equal or superior relevance than the right to the use of evidence.

In Spain and in Honduras, it has been established that the Exclusionary Rule is a Constitutional guarantee; it is part of the system of fundamental rights. Even if the Exclusionary Rule is not directly mentioned by the Spanish Constitution, it is considered to be included in the right to a due process and the right of procedural equality –and in the criminal context, in the right to the presumption of innocence–. In Honduras, the Constitution directly determines the nullity of unconstitutionally obtained evidence when there is a violation of the right to physical and moral integrity, of the right to remain silent and not confess guilty, or of the right to the secrecy of communications. However it is understood that, the Exclusionary Rule must also be applied when other fundamental rights are violated, such as constitutional procedural rights.

SECOND. In Spain and Honduras, the Exclusionary Rule applies when evidence has been obtained through the violation of fundamental rights. Several elements come together in these countries to determine how unconstitutionally obtained evidence will be handled: the object, the person, the timing and the procedural effect. First, the right that was infringed can be either substantive or procedural. Second, it does not matter if the person who violated the right was a governmental agent or a private citizen; nor is it relevant whether the person whose right was infringed is or not a party in the procedure. Third, for the Exclusionary Rule to apply the violation must be produced at the moment

of gathering the evidence; it must be the cause or way used to access the evidence. Fourth, the exclusion implies not admitting, not taking and not assessing the evidence, and the suppression principle also extends to derivative evidence.

THIRD. The German theory of *Drittwirkung der Grundrechte* states that private subjects are also called to protect the fundamental rights, but in a different way than the State is. A negative bond exists between a citizen and the constitutional rights, which means that he or she must refrain from violating them. Through this theory it is possible to apply the Exclusionary Rule to civil procedure, where the evidence is mainly gathered by private parties. As a result, the application of the Exclusionary Rule in countries like Spain and Honduras is more protective of the constitutional rights because it is not limited only to criminal procedures.

FOURTH. The foundations of the Exclusionary Rule considered in each country will determine its scope (extension and effects). First, it must be considered that in a judicial procedure, different rights, values and interests converge (of personal, social and governmental kind), which are all legitimate under the laws and the Constitution. Among them, we find the procedural rights of the parties, the search for the truth, and the pursuit of justice through a due process. In order to harmonize all these values, the technique of pondering must be applied, together with the principle of proportionality. In this way it is possible to determine exactly when a fundamental right has been violated and when the evidence has to be excluded.

- a) In Spain and Honduras, the Exclusionary Rule is based on the protection of fundamental rights. In consequence, the Rule applies in all kinds of judicial procedures (criminal and non-criminal), regardless of the official or private condition of the person who violated the right, or of the procedural role of the person that suffered the violation.
- b) In the United States, in contrast, the current foundation of the Exclusionary Rule is the achievement of the deterrent effect (even if the Rule was originally conceived like a constitutional remedy). The scope of the Exclusionary Rule has been progressively reduced, and now it is basically limited to criminal procedures where public agents have committed an intentional and systematic

violation. It is considered that the cost of exclusion is too high and it is preferable to find the truth and punish the guilty.

- c) The international courts studied in this thesis, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, have adopted their own posture in relation to exclusion. For these Courts, the exclusion of unconstitutionally obtained evidence is a question to be decided by the laws and courts of each State. However, when they've had to analyze such cases, they focus on determining if the process as a whole can be considered to be a fair trial, including the way in which evidence was gathered. Both the ECHR and the IACHR are more likely to exclude evidence that was obtained through torture. On the other hand, they are more cautious with exclusion when the violation has been committed against procedural rights or against the right of privacy. The ECHR already had a case where the unconstitutional evidence was obtained by a private party; the IACHR has not denied such possibility.

FIFTH. In civil procedure, the exclusion of unconstitutionally obtained evidence is not equivalent to the nullity of procedural actions. The law states exactly how the suppression of unconstitutional evidence must be handled: it establishes a specific exclusionary incident (articles 287 CPA and 237 CPCH). The Exclusionary Rule, which is always referred to evidence, produces an effect that is transmitted to secondary or derivative evidence. On the contrary, procedural nullity can be referred to many kinds of actions (not only evidence) and its effect is less contaminating because of the application of the principle of conservation of procedural actions (articles 230 and 231 CPA, and 20 and 217 CPCH). Nonetheless, the parties can apply the method of nullity to exclude unconstitutional evidence when the exclusionary incident can no longer be applied because of the stage of the proceedings.

SIXTH. The fruit of the poisonous tree doctrine (or reflex effect theory, in Spain), was originally stated as a supplement of the Exclusionary Rule, to avoid the indirect validation of unconstitutionally obtained evidence through the use of derivative evidence. However, the expansive effect of exclusion soon had to be reduced so that guilty defendants would not be set free. First, it happened in the USA, with the creation of theories that limited the application of the Exclusionary Rule and the fruit of the

poisonous tree doctrine. The doctrines formulated by the Supreme Court of the United States were later applied in Spain and, to less extent, in Honduras. In these last two countries, ruled by a system of civil law, the judicial application of doctrines that are contrary to the law is a questionable measure. The Spanish Constitutional Court, that had been encouraging the application of the Exclusionary Rule, suddenly changed its posture and created the doctrine known as *conexión de antijuridicidad*, which practically allows judges to choose, on discretion, whether a derivative piece of evidence must be excluded or not.

SEVENTH. To determine if the exception doctrines are applicable to Civil Procedure, we must consider the foundations and arguments for exclusion and non-exclusion. The exceptions to the fruit of the poisonous tree doctrine were created for the purpose of convicting a defendant that was obviously guilty of committing a crime. This motive cannot be transferred to civil procedures because no one is being tried for a crime; there is no criminal deed to go unpunished. If we take this into account and contemplate the structure and purpose of civil procedure, we find it more suitable to apply the Exclusionary Rule as it has been stated by article 11.1 of the Organic Law on the Judiciary. This would require the exclusion of all evidence (primary and derivative) obtained through the violation of fundamental rights.

In those cases where the Spanish Supreme Court has applied the theory of the casual finding in relation to private subjects, we consider that what it really is doing, is establishing whether the finding of the evidence was done in a constitutionally allowed context. It is not relevant whether the finding was intentional or casual, because the need to exclude the evidence can be determined by observing if a fundamental right has been violated or not, that is, by applying the basic exclusionary principle contained in article 11.1 of the Organic Law on the Judiciary; it is not necessary to apply any exceptional theory.

Regarding the Honduran Civil Procedure, it is yet too soon to define the scope of the Exclusionary Rule, the fruit of the poisonous theory and the other doctrines of exception. The CPCH has been in force for less than five years and the problems of exclusion have not yet reached the Courts of Appeals. The judges of first instance have

applied the Exclusionary Rule in civil procedures, but it is not yet possible to establish specific tendencies.

EIGHTH. Both the CPA and the CPCH are laws that have had great impact because they produced a civil procedure reform. They regulate, for the first time in Spain and Honduras, a procedural incident through which unconstitutionally obtained evidence can be excluded. This “exclusionary incident” has different virtues: it can be started by the parties or the judge, the unconstitutional evidence is excluded before it is taken, it admits debate and the proposal of additional evidence, and the judge’s decision can be reviewed by the court of appeals. The exclusionary incident therefore allows the parties to have a proper debate and defend their positions in equality.

However, there are still some issues that must be addressed in relation to this type of exclusion. In Spain, Provincial Courts have interpreted the incident in different ways; for instance, when it comes to excluding the evidence upon its admission, and regarding the appeals that can be lodged during oral trials. These issues are particularly problematic when it comes to trials that cannot be reviewed through the appeal of second instance. In such cases, the party affected by the exclusion cannot appeal the judge’s decision and his right to defense would be violated if the evidence was relevant. It only gets more complicated when the exclusion has to be reviewed by the Provincial Courts, because the party must fulfill additional requirements in order to appeal. The greater problem comes when the party decides to file an extraordinary appeal for the infringement of procedure, which is rarely successful because the Supreme Court has linked it to the presentation of an appeal in cassation. Since both kinds of appeals have different purposes and requirements, it is hardly possible to be able to present both of them simultaneously.

On the other hand, Honduras has learned from the Spanish experience in regulating the civil Exclusionary Rule. The CPCH is more specific and consistent in terms of the exclusionary incident and the possible appeals. After the appeal of second instance, the party can file an appeal in cassation, which covers both substantive and procedural issues.

NINTH. Credit protection is another topic that was greatly improved in Spain and Honduras through the reform of civil procedure, especially with the regulation of the small claims procedure, whose implementation has been very efficient. The Honduran small claims procedure takes reference from the Spanish one and adapts it to the national context: it is limited to claims up to 200.00 Lempiras and it is conducted by the judge (in Spain there is no limit for the claim and the procedure is usually conducted by the Court Clerk).

In the small claims procedure there is no formal evidence; the law only requires the presentation of certain documents that are considered as a principle of proof of the debt. The debtor, who has been summoned to pay, can react in different ways: by paying, by not responding or by opposing. In this last case, he can base his opposition in the unconstitutionality of the documents presented by the creditor. When the debtor opposes, the small claims procedure concludes and the conflict must be solved by the corresponding ordinary procedure, which depends on the amount of the debt. In this second procedure, the evidence can be objected and excluded by applying the general exclusionary incident.

In order for the evidence to be excluded, the debtor must prove that a fundamental right was violated and that the evidence is relevant for the case. The exclusion of the evidence will determine the payment of the credit, mainly when the unconstitutionally obtained evidence is relevant and when there are no more independent means to prove the debt (since the fruit of the poisonous tree would also apply). We recommend that the creditor verifies from the beginning that his evidence is legal because that will help him to recover his credit in a faster and more efficient way.

TESIS

TESIS

La aplicación de la Regla de Exclusión de la prueba ilícita en el proceso civil no solo es necesaria, sino que también está constitucional y legalmente justificada. En Honduras, al igual que en España, se han de excluir del proceso civil aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. El derecho a la prueba delimita el ámbito de la exclusión, impidiendo que se prive a las partes de los medios probatorios obtenidos a través de la infracción de requisitos meramente legales.

En la dinámica de exclusión entran en juego distintos intereses constitucionales. La Constitución y las Leyes procesales determinan que es posible limitar los derechos fundamentales para obtener medios de prueba, pero ello ha de realizarse conforme a ciertos parámetros, especialmente la autorización judicial y el respeto al principio de proporcionalidad. Los tribunales determinarán si estos requisitos se han cumplido en cada caso y, de no ser así, la prueba se considerará ilícita y no podrá valorarse.

Los fundamentos de la Regla de Exclusión, sin duda, se extienden al proceso civil. Esencialmente, la exclusión es una garantía del sistema de derechos fundamentales y debe respetarse también en el ámbito de las relaciones privadas. Los ciudadanos particulares están vinculados al orden constitucional, por lo que han de respetar la Ley y abstenerse de vulnerar los derechos de otras personas. No se puede permitir en el proceso que el demandante o el demandado se aproveche de sus propios actos inconstitucionales.

En Honduras se cuenta con los instrumentos jurídicos que hacen que esto sea posible. Además de la norma constitucional, el nuevo CPCH regula expresamente la exclusión de la prueba prohibida. Falta, sin embargo, concienciar y formar a los jueces y demás operadores jurídicos sobre su importancia, para que realmente hagan efectivo ese control de la constitucionalidad de la prueba. En este sentido, ha de procurarse que continúen y se multipliquen los esfuerzos de capacitación y difusión realizados por el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Colegio de Abogados y las distintas Universidades públicas y privadas.

En España la LOPJ y la LEC regulan la exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso civil. Cuando surge alguna duda en esta materia con relación a la interpretación

o aplicación de la LEC, es necesario que la Sala Primera del TS conozca formalmente dicho aspecto y establezca los criterios jurisprudenciales pertinentes. Sin embargo, la laberíntica regulación del recurso extraordinario por infracción procesal dificulta, en un gran número de casos, que los asuntos de ilicitud probatoria sean resueltos por el TS.

Al hacer depender el recurso por infracción procesal del recurso de casación, se está vinculando la impugnación de asuntos procesales y materiales, cuestión que usualmente es inviable. Si la parte está recurriendo desde primera instancia el tratamiento de la prueba ilícita como un defecto procesal, al llegar a la etapa de los recursos extraordinarios carecerá de fundamentación sustantiva para interponer además la casación, de forma que fracasarán ambos recursos. Con este mecanismo se está privando a las partes de la tutela que deberían obtener a través del recurso por infracción procesal. Tanto el TS como el legislador deberían enfrentar esta situación y dar un tratamiento coherente y autónomo a los recursos extraordinarios, priorizando las garantías fundamentales de las partes (art. 24 CE) y la seguridad jurídica, y no solamente la necesidad de descongestionar los tribunales.

THESIS

The application of the Exclusionary Rule of evidence in civil procedures is not only necessary, but it is also supported by the law and the Constitution. In Honduras, like in Spain, evidence must be excluded if it was obtained through the violation of fundamental rights. The scope of exclusion is limited by the right to the use of evidence, so the parties will not be deprived of evidence when it only violates ordinary laws.

Different constitutional interests converge in the course of exclusion. The Constitution and the laws permit the limitation of certain fundamental rights as a means to gather evidence; nonetheless this must be accomplished according to specific guidelines, like the issuing of a warrant by a judge. Courts will determine if the requirements have been fulfilled in each case, and if they haven't the evidence must be excluded.

In Spain and Honduras, the foundations of the Exclusionary Rule can be extended to civil procedures. The exclusion of unconstitutionally obtained evidence is a guarantee that derives from the system of fundamental rights, and these rights must also be applied in the context of private relations. Citizens are called to respect the Constitution and to comply with the law, therefore they must refrain from violating the rights of other people. Plaintiff and defendant cannot be allowed to take advantage of their own unconstitutional actions.

Honduras has the legal tools to apply the Exclusionary Rule. Aside from the Constitution, the CPCH determines how unconstitutionally obtained evidence is to be excluded. However, further instruction of judges and other judicial agents is still necessary, in order for the Rule to be properly applied and to achieve a more efficient control over the constitutionality of evidence. Efforts in this matter have already been started by the judiciary, the public prosecution, the bar association and different universities (public and private), but they must be strengthened and continued.

In Spain, the Organic Law on the Judiciary and the CPA regulate the exclusion of evidence in civil procedures. Every now and then an issue arises in court, concerning the interpretation of the laws in relation to the Exclusionary Rule. The Civil Chamber of the Spanish Supreme Court acknowledges these issues and sets the legal criteria needed

to solve them. This cognition, though, must be attained through the appeal in cassation and the extraordinary appeal for infringement of procedure. The labyrinthine regulation of these appeals (as established in final provision 16 of the CPA) is a considerable obstacle and the issues of exclusion can hardly reach the Supreme Court.

Exclusionary controversies have a procedural nature and must be reviewed through the extraordinary appeal for infringement of procedure. However, final provision 16 of the CPA establishes it must be presented together with the appeal in cassation. Since the requirements for each of these two appeals are so different, it is difficult to justify an appeal in cassation for an issue of evidentiary exclusion. For this reason, the parties are being deprived of a chance to appeal and this frustrates their right of defense. The Spanish Supreme Court and the Spanish legislator should face this situation and construct a coherent regulation for these two appeals, in favor of the protection of the procedural fundamental rights, established in article 24 of the Constitution, and not only according to utilitarian standards.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Ed. Bosch, Barcelona 2012
- ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2005
- ABEL LLUCH, J./ PICÓ I JUNOY, J. (coords.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2006
- ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (coord.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2005
- AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Ed. Edersa, Madrid 1999
- ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M., *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción Jurisprudencia práctica comparada con EEUU*, Ed. Ley 57, Málaga 2013
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997
- ÁLVAREZ, A./ AGUILAR, J./ CORZO, M., *Manual del Juez de Letras*, CSJH/ USAID, Tegucigalpa 2002
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A./ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J./ RODRÍGUEZ TIRADO, A./ SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Civil I*, Ed. Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela 2007
- ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional*, vol. I, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2005
- AMAR, A. R., *The Constitution and Criminal Procedure*, Yale University Press, New Haven 1997
- AMBOS, K., “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 325-360

ANDRÉS CIURANA, B., *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005

ANZURES GURRÍA, J. J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales” en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 22, enero-junio 2010, disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/17839>

ARAGONESES MARTÍNEZ, S./ CUBILLO LÓPEZ, I./ HINOJOSA SEGOVIA, R./ PEITEADO MARISCAL, P./ TOMÉ GARCÍA, J.A., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2004

ARAGONESES, P./ GISBERT, M., *La apelación en los procesos civiles*, 2ª ed., Ed. Thomson Civitas, Madrid 2008

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona 2011

ARMENTA DEU, T., “La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, no. 2, pp. 345-377

ARMIJO, G., *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1997

ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico*, 4ª ed., Ed. La Ley, Madrid 2010, t. IV, pp. 115-155

ASENCIO MELLADO, J. M., “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, no. 66, 2009, pp. 85-100

ASENCIO MELLADO, J. M., “La práctica de la prueba en el proceso civil”, en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Ed. Iustel, Madrid 2007, pp. 567-598

ASENCIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita: Declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, no. 26, 2012, pp. 1-55

ASENCIO MELLADO, J. M., “Prueba ilícita y teoría de la conexión de antijuridicidad en el proceso civil”, en *Práctica de Tribunales*, no. 76, 2010, pp. 3 y 4.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012

ASENCIO MELLADO, J. M./ MAGRO SERVET, V., *La aportación de documentos en primera y segunda instancia y la proposición de prueba en la fase del recurso de apelación*, Ed. La Ley, Madrid 2007

ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid 1989

ASENCIO MELLADO, J. M., “Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor”, en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, Madrid 2005, t. I, pp. 501-523

AYARRAGARAY, C., *El principio de imaculación en el proceso*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1959

BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid 2010

BANACLOCHE PALAO, J., “Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal”, *Diario La Ley*, no. 7764, 2011

BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Ed. Thomson Civitas, Madrid 2003

BANEGAS, J. et al., *Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño*, CSJH/ UNAH/ USAID, Tegucigalpa 2002

BARCONES AGUSTÍN, N., “El juicio monitorio: Estudio de los documentos del artículo 812 LEC”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, no. 2052-2053, 2008, pp. 7-22

BARNES, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 5, 1998, pp. 15-49

BARRENENGOA GUTIÉRREZ, A., “El juez competente para conocer del procedimiento monitorio: cuestiones prácticas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, no. 87-88, 2010, pp. 493-519

BASTIDA FREIJEDO, F. J./ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I./ REQUEJO RODRÍGUEZ, P./ PRESNO LINERA, M. A./ ALÁEZ CORRAL, B./ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid 2004, pp. 189-195

BAYARRI GARCÍA, C. E., “La prueba ilícita y sus efectos”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, no. XXIX, CGPJ, Madrid 1993, pp. 421-454

BEERNAERT, M. A., “La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, no. 69, 2007, pp. 81-105

BEJERANO GUERRA, F., “El derecho de defensa”, en PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (dir.), *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, CGPJ, Madrid 2009, pp. 245-260

BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Ed. Schletter, Breslau 1903

BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 89, 2010, pp. 77-114

BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “El escrito de oposición del deudor en el proceso monitorio”, en GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 456-459

BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009

BERMÚDEZ REQUENA, J. M., “Los fueros legales del proceso monitorio (art. 813 LEC): Problemas y soluciones en la práctica jurisprudencial”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, no. 758, 2008

BERNAL VALLS, J., “El Ministerio Fiscal en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Especial consideración de su intervención en el proceso para la tutela de derechos fundamentales”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* (ejemplar dedicado a la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), no. 4, 2000, pp. 121-137

BERTOLINO, P. J., *La verdad jurídica objetiva*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1990

BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997

BLANCO VALDÉS, R., *Introducción a la Constitución de 1978*, Alianza Editorial, Madrid 2006

BLOOM, R./ FENTIN, D., “A More Majestic Conception: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule”, en *Journal of Constitutional Law*, vol. 13:1, Noviembre 2010, pp. 47-80

BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Ed. Debate, Madrid 1992

BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009

BONET NAVARRO, J., *Los procedimientos monitorios civiles en el Derecho español*, Ed. Aranzadi, Navarra 2014

BONET NAVARRO, J., *Juicio cambiario y oposición del deudor: Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, Madrid 2004

BREWER-CARIAS, A., *Ley sobre Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2012

BURGENTHAL, T., “Convención Interamericana sobre derechos humanos y justicia social”, disponible en la página web del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), www.ilanud.or.cr/A021.pdf.

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, ARA Editores, Lima 2001

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El problema de la ‘prueba ilícita’: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”, disponible en www.bustamanteasociados.com/pdf/el_problema_de_la_prueba_ilicita.pdf

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIEDO, J. M., “Requisitos generales de admisión del recurso de amparo”, en *Diario La Ley*, no. 7838, 2012, disponible en www.diariolaley.es

CABEZAS GARCÍA, J., *El juicio verbal*, Ed. Civitas, Madrid 2002

CALDERÓN CUADRADO, M. P., “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, no. 10 (mayo-agosto), 2000, pp. 153-178

CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas”, en *Actualidad civil*, no. 1, 2006, pp. 5-45

CÁMARA RUIZ, J., “Las diligencias finales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, no. 6, 2002, pp. 211-222

CARBONELL TABENI, J., “Las diligencias finales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2004, t. I, pp. 1051-1073

CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Giuffrè Editore, Milán 1992

CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998

CARRANZA CANTERA, F. J. *et al*, *Criterios judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. La Ley, Madrid 2003

CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional, Tegucigalpa 2008

CARRERAS MARAÑA, J.M., *Los recursos en el nuevo Código Procesal Civil. Módulo instruccional*, plan de capacitación continua de la Escuela Judicial de Honduras, Santa Rosa de Copán, 2008, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>

CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2014

CASTILLO CÓRDOVA, L. F., “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones constitucionales*, no. 12, 2005, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm#N*

CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Ed. Bosch, Barcelona 1994

CHAMORRO BERNAL, F., “Obligaciones de los jueces y tribunales en garantía del derecho constitucional a la prueba”, en ABEL LLUCH, J./ PICÓ I JUNOY, J./

RICHARD GONZÁLEZ, M. (dirs.), *La prueba judicial*, Ed. La Ley, Madrid 2011, pp. 319-339

CHÁVEZ, O. A., *Derechos fundamentales y la investigación criminal. Una perspectiva objetiva*, OIM Editorial, Tegucigalpa 2011

CHIAVARIO, M., “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas” en GOMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 361-401

CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M., “El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos”, publicado por la Universidad de Sevilla y disponible en congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/AnaChocron.pdf

COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003

CONDOMINES POLL, E., “La prueba como derecho constitucional”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J/ ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, vol. II, pp. 1611-1628

CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, 2a ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2005

CORDÓN MORENO, F./ ARMENTA DEU, T./ MUERZA ESPARZA, J./ TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra 2001

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2013

COSTÁ TORNÉ, M. C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones”, en *Revista de Derecho UNED*, no. 11, 2012, pp. 137-161

CUADRADO SALINAS, C., “La prueba ilícita en el proceso civil” en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, vol. 7, núm. 76, Noviembre 2010, pp. 5-16

CUÉLLAR CRUZ, R., *Módulo instruccional: Derecho Procesal Penal*, Módulo de capacitación para el curso de jueces de sentencia, Tegucigalpa 2001

CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J.L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, Proyecto de Fortalecimiento del Poder

Judicial de Honduras/ Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional/ Consejo General del Poder Judicial de España, Tegucigalpa 2004

DAINOW, J., “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, no. 3, 1966-1967, pp.419-435

DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Conceptos fundamentales y prioritarios del nuevo Código Procesal Civil*, Consultoría dirigida a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, La Ceiba, 2008, parte II (Principios del proceso civil hondureño), disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>

DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La apelación en el Código Procesal Civil hondureño*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2012

DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Los medios de prueba*, Cuadernos de Estudios Judiciales “Rafael Alvarado Manzano”, CSJH/ AECI/ CGPJ, Tegucigalpa 2001

DE LA OLIVA SANTOS, A./ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./ VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2004

DE LA OLIVA SANTOS, A./ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./ VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2012

DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas” en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, agosto-septiembre 2003, pp. 1-12

DE LA RÚA, F., *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires 1968

DE MARINO, R., “Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo (Secretaría Técnica), Madrid 1983

DE PRADA SOLAESA, R./ PÉREZ-CADALSO ARIAS, G. A., *El nuevo Código Procesal Penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José*, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras/ CSJH/ Agencia Española de Cooperación Internacional/ Consejo General del Poder Judicial de España, Tegucigalpa 2001

DE URBANO CASTRILLO, E., “Criterios dominantes sobre la desconexión de la antijuridicidad: En especial, la confesión del acusado”, en *La Ley Penal*, no. 58, 2009, disponible en revista-laleypenal.laley.es

DE URBANO CASTRILLO, E., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ LÓPEZ LÓPEZ, E. (coord.), *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de formación continuada nº 22, CGPJ, Madrid 2005, pp. 547-586

DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009

DE URBANO CASTRILLO, E./ TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal*, 6ª ed., Ed. Aranzadi/ Thomson Reuters, Navarra 2012

DE VEGA GARCÍA, P., “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)” en AGUIAR DE LUQUE, L. (coord.), *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional: libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 801-819

DEL MORAL GARCÍA, A., “Verdad y justicia penal”, en *Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología*, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia 2003, vol. I, pp. 537-560

DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Algunas consideraciones sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita: excepciones y eficacia”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), *Constitución y democracia: Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Ed. Universitas, Madrid 2012, v. II, pp. 1515-1537

DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Ed. Temis, Bogotá 2002

DEVIS ECHANDÍA, H., “Pruebas ilícitas”, publicado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, disponible en www.icdp.co/revista/articulos/1/HernandoDevisEchandia.pdf

DÍAZ, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Carmina Editores, Tegucigalpa 2011

DÍAZ CABIALE, J.A./ MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid 2001

DÍAZ CABIALE, J. A./ MARTÍN MORALES, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la democracia*, no. 43, 2002, pp. 39-49

DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Tratamiento y práctica*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002

DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2006

DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra 2008

DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., “Artículo 24. Garantías procesales”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, t. III, pp. 19-124

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona 1984

ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, en *Revista del Poder Judicial*, no. 69, 2003, pp. 261-301

EDELMAN, M., *Democratic Theories and the Constitution*, State University of New York Press, Albany 1984

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2007

ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1995

ESTIVAL ALONSO, L., “El controvertido recurso extraordinario por infracción procesal”, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 19, no. 2, 2007, pp. 205-232

FABREGA RUIZ, C. F., “Breves notas sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, no. 4, 2003, pp. 1673-1678

FERNÁNDEZ CABALLERO, G., “El incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teoría e incidencia práctica en el proceso civil tras su modificación por la ley orgánica 6/2007”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 2, 2012, disponible en <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21201.pdf>

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida”, en DELGADO GARCÍA, J. (dir.), *La prueba en el proceso penal II. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid 1996, pp. 55-210

FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. Especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos”, en *Lex Social*, vol. 4, no. 1, 2014, pp. 106-137

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Artículo 287. Ilicitud de la prueba”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A./ RIFÁ SOLER, J. M./ VALLS GAMBAU, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium/ Atelier, Barcelona 2000, t. II, pp. 1335-1344

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10^a ed., Ed. Trotta, Madrid 2011

FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007

FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002

FERRER MAC-GREGOR, E., “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, en *Revista IIDH*, vol. 59, 2014, disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf.

FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003

FINE, T., “Common Law and Civil Law Systems: Some Defining and Distinguishing Characteristics”, en *Anuario Jurídico de Villanueva*, no. 3, 2009, pp. 143-154

FLEMING, M., *Of Crimes and Rights*, Ed. Norton, Nueva York 1978

GALLARDO CORREA, C., *El proceso ordinario en el nuevo Código Procesal Civil*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2009

GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003

GARBERÍ LLOBREGAT, “Auge, decadencia y actualidad del recurso de apelación civil”, en *Diario La Ley*, no. 8275, 2014, disponible en diariolaley.es

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2008

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2009

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Los procesos civiles*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona 2010

GARBERÍ LLOBREGAT, J./ BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004

GARCÍA, E. A., *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Los procesos especiales”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, no. 8, mayo de 2000, disponible en www.madrid.org

GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al estudio del Derecho*, 52ª ed., Ed. Porrúa, México D.F. 2001

GARCÍA RAMÍREZ, S., “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXIX, no. 117 (septiembre-diciembre), 2006, pp. 637-670

GARCÍA SAN MARTÍN, J., “La prueba ilícita y la prueba penal refleja: hacia una restrictiva aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado”, en *Revista Jurídica de Canarias*, no. 23, 2011, pp. 79-90

GARCÍA TORRES, J./ JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Ed. Civitas, Madrid 1986

GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba,” en CORDÓN MORENO, F./ MUERZA ESPARZA, J./ ARMENTA DEU, T./ TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra 2001, vol. I, pp. 1024-1029

GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002

GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Problemas que suscitan la proposición y práctica de la prueba en el juicio verbal”, en *Diario La Ley*, no. 7566, 2011

GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, Barcelona 2000

GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994

GESTO ALONSO, B., “El derecho a los medios de prueba pertinentes en el texto constitucional”, en *Revista General de Derecho*, no. 619, 1996, pp. 3831-3854

GESTO ALONSO, B., *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1991

GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid 1988

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, 5ª ed., Ed. Colex, Madrid 2014

GIMENO SENDRA, V. (dir.)/ CABEZUDO BAJO, M. J., (coord.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Ed. Iustel, Madrid 2007

GIMENO SENDRA, V./ TORRES DEL MORAL, A./ MORENILLA ALLARD, P./ DÍAZ MARTÍNEX, M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Ed. Colex, Madrid 2007

GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso civil práctico*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2010

GISBERT POMATA, M./ DÍEZ RIAZA, S./ CARRETERO GONZÁLEZ, C./ GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., *Los procesos para el cobro de deudas: Monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*, 2ª ed., Ed. Civitas/ Thomson Reuters, Pamplona 2013

GÓMEZ BUESO, F. D., “El derecho de amparo en Honduras conforme a la nueva Ley Sobre Justicia Constitucional”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, no. 12, 2006, pp. 92-204

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentarios prácticos a los arts. 812 a 818 del Capítulo I del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: del proceso monitorio”, en *Ejecución de títulos extrajudiciales. Juicio cambiario y monitorio*, Colección Estudios de Derecho Judicial no. 69, CGPJ/ Generalitat Valenciana, Madrid 2005, pp. 385-438

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J.L (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 107-147

GÓMEZ COLOMER, J. L., “La prohibición de investigar la verdad a cualquier precio en el sistema adversarial (el caso español)”, en *Sistema penal acusatorio y nuevos retos*, Colección de Estudios de Derecho Penal, no. 1, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2010, pp. 93-138

GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán: Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985

GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013

GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008

GOMEZ POZUETA, C. J., “La buena fe procesal”, 2009, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200903-58796203120475.html>

GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., *Principios generales en el nuevo Código Procesal Civil. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa/ Santa Rosa de Copán 2008, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., (coord.), *Prueba y Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 279-322

GONZÁLEZ LÓPEZ, R., “Sobre la debatida naturaleza jurídica del proceso monitorio”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 15, no. 2, 2003, pp. 359-365

GONZÁLEZ MONTES, J. L., “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales. (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1, 1990, pp. 29-44

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., “El recurso de amparo constitucional. Examen de los requisitos procesales en la aplicación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1-3, 2003, pp. 271-288

GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 19 diciembre)”, en *Diario La Ley*, no. 8275, 2014

GOYENA HUERTA, J., “Los límites de la prueba en el Proceso Penal. La prueba prohibida: Correcciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, no. 1, 2003, pp. 127-176

GOZAÍNI, O. A., “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, no. 6, julio-diciembre 2006, pp. 155-179

GOZAÍNI, O. A., “El debido proceso en la actualidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 2, 2004, pp. 57-70

GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El juicio cambiario*, Ed. Juruá, Lisboa 2014

GUTIÉRREZ ALONSO, D./ OBÓN DÍAZ, A., *La ejecución judicial directa sobre inmuebles hipotecados*, Ed. Bosch, Barcelona 2011

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1972

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, A., “Aspectos jurídicos de la investigación privada”, en *Quadernos de criminología*, No. 7, 2009, pp. 14-19

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, no. 3, 1999, pp. 193-211

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., “El derecho a la defensa y la asistencia letrada”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ LÓPEZ LÓPEZ, E. (coord.), *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de formación continuada nº 22, CGPJ, Madrid 2005, pp. 277-318

HADFIELD, G., “The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law”, presentación realizada en la Yale Law School, marzo 2006, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_Quality_of_Law_in_Civil_Code.pdf.

HAIRABEDIÁN, M., *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2002

HALL, K. L. (editor), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Oxford Reference 2005, consulta de la voz “preferred freedoms doctrine”, disponible en www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195176612.001.0001/acref-9780195176612-e-0959

HEINZ GOSSEL, K., “La búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en *Cuadernos de política criminal*, no. 45, 1991, pp. 673-694

HERENCIA CARRASCO, S., “El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, K./ MALARINO, E./ ELSNER, G. (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica) y Georg August Universität Göttingen, Montevideo 2010, vol. I, pp. 359-378

HERNÁNDEZ MEZA, N., “La aplicación del principio de la armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, no. 19, 2003, pp. 198-223

HOYA COROMINA, J., *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Aranzadi, Navarra 2002

IBARRA SÁNCHEZ, J. L., “El juicio verbal en única instancia: sombras sobre la tutela judicial efectiva”, en *Diario La Ley*, no. 7688, 2011

JIMÉNEZ CONDE, F./ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G./ TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Diego Marín Librero Editor, Murcia 2014

JIMÉNEZ SEGADO, C., “La prueba ilícita y las reglas de ‘desconexión’ de sus efectos”, en *La Ley Penal*, no. 58, 2009, disponible en <http://diariolaley.laley.es/>

JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia*, no. 2, 2013, pp. 201-304

JUÁREZ, M. G., “La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, 2012, pp. 285-314

LLEDÓ YAGÜE, F./ ZORRILLA RUIZ, M.M., *Teoría General del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid 1998

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, M. I., “La eficacia refleja de la prueba prohibida” en *Revista General de Derecho Procesal*, no. 19, 2009, pp. 1-21

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Ed. Akal, Madrid 1991

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, Madrid 1989

LÓPEZ GUERRA, L./ ESPÍN, E./ GARCÍA MORILLO, J./ PÉREZ TREMPES, P./ SATRÚSTEGUI, M., *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013

LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año no. 1, no. 2, 1993-1994, pp. 597-626

LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Ed. La Ley, Madrid 2001

LORCA NAVARRETE, J. M., *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Ed. Dykinson, Madrid 2000

LORCA NAVARRETE, A. M., “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional”, en *La Ley*, no. 6, 2000, pp. 1918-1931

LORENZÓN BRONDINO, C., “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”, ponencia presentada en el *IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, Buenos Aires 2007

LOURIDO RICO, A. M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada 2004

LOZANO EIROA, M., “Prueba prohibida y confesión: la excepción de la ‘conexión de antijuridicidad’”, en *Revista General de Derecho Procesal*, no. 28, 2012, pp. 1-15

LOZANO SALAMANCA, I., “Normativa jurídica del detective privado” en *Diario La Ley*, No. 6879, febrero 2008

LUMBRERAS MARTÍN, E. M., “Diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC: su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos”, en ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (coords.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 2005, pp. 387-413

MADRID BOQUÍN, C. M., “The Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence in Civil Proceedings: A Comparative Analysis between the USA and Spain”, en *Journal of Legal Studies*, no. 3-4, 2014, pp. 13-38

MAGRO SERVET, V., “Consideraciones sobre la prueba ilícita”, en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, vol. 7, núm. 76, Noviembre 2010, pp. 43-49

MARCO COS, J. M., “La oposición en el juicio cambiario”, en SOLAZ SOLAZ, E., (dir.), *Ejecución judicial de títulos extrajudiciales. Juicio cambiario y monitorio*, CGPJ, Madrid 2005, pp. 309-384

MARCO COS, J.M., *El proceso ordinario. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa 2006, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/DPCivil/>

MAJANO CAÑO, M.J., “Una visión crítica sobre la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: el procedimiento preferente y sumario”, disponible en <http://www.cndh.org.mx/cenadeh/masterdh/pdf/texto%20UNA%20VISION%20CRITICA%20SOBRE%20LA%20PROTECCION%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20ORDINARIOS.pdf>.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Impr. de la Revista de Legislación, Madrid 1887

MARTI MARTI, J., “La buena fe procesal en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, año XXII, n° 5242, 7 de febrero 2001, pp. 1827-1833

MARTÍ SÁNCHEZ, N., “La llamada ‘prueba ilícita’ y sus consecuencias procesales”, en *Actualidad Penal*, no. 7, 16 al 22 de febrero de 1998, pp. 141-162

MARTÍN GARCÍA, P., “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 102, no. 4, 2003, pp. 1039-1064

MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio. Comentarios y formularios*, 2ª ed., Ed. Lex Nova/ Thomson Reuters, Valladolid 2013

MARTÍN OSTOS, J., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000

MARTÍN OSTOS, J. S., “En torno a las diligencias finales”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 241-248

MARTÍN OSTOS, J., “Artículo 287”, en LORCA NAVARRETE, A.M. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, t. II., pp. 1775-1777

MARTÍN-RETORTILLO, L./ DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid 1988

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Momento de la alegación de la prueba ilícita en el proceso civil. Supuestos en que puede ser planteada por la parte y resolución”, en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, Vol. 7, Núm. 76, Noviembre 2010, pp. 17-26

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La evolución de la doctrina de los frutos del árbol envenenado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 501-514

MARTÍN JIMÉNEZ, C. M., *Teoría y práctica del proceso monitorio. Comentarios y formularios*, 2ª ed., Ed. Lex Nova/ Thomson Reuters, Valladolid 2013

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997

MARTINEZ SANTOS, A., “Función de la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ en los procesos civil y penal”, en ARMENTA DEU, T. (coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal, ¿una dirección adecuada?*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 185-225

MASCARELL NAVARRO, J. M., “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 3, 1987, pp. 603-643

MEDINA CEPERO, J. R., “La ilicitud de la prueba en el proceso civil”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, no. 7, 2002, pp. 187-205

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1996

MEDINA GUERRERO, M., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J/ ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, vol. I, pp. 433-460

MELLIFONT, K. A., *The Derivative Imperative: How Should Australian Criminal Trial Courts Treat Evidence Deriving From Illegally or Improperly Obtained Evidence?*, Tesis doctoral, Queensland University of Technology, Queensland 2007

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2011

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012*, Ed. Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia, Madrid 2013, publicado en la página web del Ministerio el 4 de junio del 2013, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774423012/ListaPublicaciones.html?inicio=11&orden=Fecha&tipo=Descargas>

MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2004

MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 131-151

MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, no. 47, 2003, pp. 53-66

MONTERO AROCA, J., “Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, no. 12, 2006, pp. 53-108

MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca Inmobiliaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012

MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra 2012

MONTERO AROCA, J. (dir), *Ley de Enjuiciamiento Civil con jurisprudencia sistematizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012

MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001

MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011

MONTERO AROCA, J., *Proceso y garantía (civil y penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006

MONTERO AROCA, J., “Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, anuario 2007, pp. 146-170

MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004

MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005

MONTERO AROCA, J./ FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014

MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014

MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014

MONTERO AROCA, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 22ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014

MONTÓN REDONDO, A., “El respeto a derechos y garantías constitucionales en la regulación de los actos procesales por la LEC/2000”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 45-59

MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca 1977

MONTOYA MELGAR, A. (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, Madrid, 2010

MORENO CATENA, V., “Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria”, en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, v. III, pp. 2209-2213

MORENO CATENA, V., “Artículo 287. Ilícitud de la prueba”, en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, v. III, pp. 2226-2233

MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 75-106

MORENO CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, 7ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013

MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed. Civitas, Madrid 1982

MORENO CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012

MORENO CATENA, V./ GÓMEZ COLOMER, J. L./ GUZMÁN FLUJA, V./ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Explicación instructiva del nuevo Código Procesal Civil de Honduras*, USAID/ Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras, Tegucigalpa 2007

MORENO VELASCO, V., “Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, en *Diario La Ley*, no. 7256, 2009

MOTIÑO VALERIO, K., *El proceso monitorio en el nuevo Código Procesal Civil hondureño*, Tesis Doctoral presentada en la Universitat Jaume I, dirigida por GÓMEZ COLOMER, J. L./ PÉREZ CEBADERA, M. A., Castellón 2013

MUERZA ESPARZA, J., “El mínimo probatorio en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, no. 6, 1988, pp. 845-868

MUERZA ESPARZA, J., “El proceso monitorio y los juzgados de lo mercantil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, no. 801, 2010

MUÑOZ CONDE, F., “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, no. 1, 1999, pp. 63-98

MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2001

MUÑOZ SABATÉ, L., “Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y la política del ‘lápiz rojo’”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 90, no. 4, 1991, p. 1107-1113

MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, 4ª ed., Ed. Praxis, Barcelona 1993

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en *Ius et Praxis*, vol. 11, no. 2, 2005, pp. 15-64

NOYA FERREIRO, M. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006

OLEA GODOY, W.F., *Derecho constitucional hondureño. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Comayagua/ La Ceiba 2008

ORTEGA PINTO, L., “Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 1, 1996, pp. 171-176

ORTEGO PÉREZ, F., “Diligencias finales en el juicio verbal. La antítesis entre el principio de concentración que preside este juicio y el derecho constitucional a la prueba”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 3-4, 2007, pp. 218 y 219

ORTELLS RAMOS, M., “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 4, 1977

PACHECO CIFUENTES, A., “La supresión de la posibilidad de recurrir las sentencias dictadas en juicios verbales por razón de la cuantía: es más fácil y sale más a cuenta al gobierno el “oficializar” un 15% de errores en las resoluciones judiciales que invertir en medios”, en *Diario La Ley*, no. 7628, 2011

PACHECO VALLE, A., *Los medios de prueba y su valoración en el proceso penal hondureño*, Poder Judicial/ Lithocom, Tegucigalpa 2010

PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, 18ª ed., Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá 2011

PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 2, 1986, pp. 337-368

PEJOVIC, C., “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal”, en *Victoria University of Wellington Law Review*, no. 32, 2001, pp. 817-841

PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Ed. Aranzadi, Navarra 2013

PÉREZ, D., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, CEPC, Madrid 2001

PÉREZ BENITEZ, J. J., “Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos”, en *Diario La Ley*, no. 6554, 2006, pp. 1651-1663

PÉREZ CEBADERA, M.A., “La prueba ilícita en el proceso civil”, en *El Derecho: Revista de Jurisprudencia*, año VII, no. 1, junio 2011, pp. 1-8

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J./ FERREIRO BAAMONDE, X.X./ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R./ SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Civitas/ Thomson Reuters, Pamplona 2010

PÉREZ HERNÁNDEZ, E., “La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives privados”, en *Poder Judicial*, No. 35, 1994, pp. 225-260

PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 10ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005

PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1996

PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal”, en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid 2004, Tomo I, pp. 877-918

PICÓ Y JUNOY, J., *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*, Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf>

PICÓ I JUNOY, J., “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 117-135

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona 2012

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, disponible en <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>

PICÓ I JUNOY, J., “Juicio monitorio y solicitud principio de prueba”, en ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba electrónica*, Ed. Bosch, Barcelona 2011, pp. 441-454

PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, No. 3-4, 2005, pp. 59-100

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona 2012

PICÓ I JUNOY, J., “Uso privado de las TIC empresariales, derechos fundamentales y prueba ilícita”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 107, no. 3, 2008, pp. 789-810

PICÓ I JUNOY, J./ ADÁN DOMENECH, F., *La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 2005

PINEDA GALINDO, J., *Derecho positivo procesal penal hondureño*, Ed. Casablanca, Tegucigalpa 2004

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2014

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, Ed. La Ley, Madrid 2015

PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999

PLANCHADELL GARGALLO, A., “Las ocho sentencias más importantes de la jurisprudencia española en materia de prueba prohibida: un breve comentario”, en Gómez Colomer, J.L. (coord.)/ Donna, E. A. (dir.), *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2010, pp.101-270

PONCELA GARCÍA, J. A., *La prueba en el nuevo Código Procesal Civil. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Santa Rosa de Copán 2008

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1985

QUEVEDO MENDOZA, E.I., “El derecho a la prueba como garantía constitucional”, IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Escuela Superior de Derecho, Buenos Aires 2007, pp. 1-20, disponible en <http://www.e-derecho.org.ar>

QUÍLEZ MORENO, J. M., *El proceso monitorio: Estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-Justicia*, Ed. La Ley, Madrid 2011

QUINTERO, B./ PRIETO, E., *Teoría general del proceso*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá 1992

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Ed. Atelier, Barcelona 2008

REQUEJO PAGÉS, J. L., “La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, ponencia presentada en el *Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Lisboa, octubre de 2009,

disponible en
<http://www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Documents/Ponencia%20Trilateral%202009%20Lisboa.pdf>

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2008

RIFÁ SOLER, J.M./ RICHARD GONZÁLEZ, M./ RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal civil*, Gobierno de Navarra: Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona 2006, vol. I

RIVERO ORTIZ, R., “Hallazgos casuales en los delitos y faltas. Nuevos pronunciamientos jurisprudenciales”, en *Diario La Ley*, no. 4202, 2012, pp. 13 y 14

RIZO GÓMEZ, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010

ROBBINS COLLECTION (THE), “The Common Law and Civil Law Traditions”, University of California at Berkeley, disponible en <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>

ROCHA DE ASSIS MOURA, M.T./ COELHO ZILLI, M.A./ MONTECONRADO GHIDALEVICH, F.G., “*Provas ilícitas e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Relatório – Brasil 2009*”, en *Sistema Americano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional*, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2010, pp. 313-339

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “De nuevo sobre las dudas del proceso monitorio en el Juzgado de lo Mercantil”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 3, 2010, pp. 17-24

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Exclusionary rules* y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, en *Diario La Ley*, no. 8203, 2013, disponible en <http://diariolaley.laley.es/>

RODRIGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, Ed. Bosch, Barcelona 2004

RODRÍGUEZ MORÁN, M. A., *Los motivos de oposición en el juicio cambiario*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián 2007

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., “La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, no. 3, 2001, pp. 601-620

ROJAS CARÓN, L., *La constitución hondureña analizada*, 2ª ed., Litografía López, Tegucigalpa 2008

ROMERO REY, C., “Derecho a la prueba y nuevo proceso civil. Especial referencia a las diligencias finales de prueba”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2000, tomo V, pp. 403-428

ROMERO REY, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil. Jurisprudencia constitucional (1997 – 2000)”, en *Revista General de Derecho*, no. 673-674, 2000, pp. 12811-12828

ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal* (traducción de la 25ª ed. alemana), Editores del Puerto, Buenos Aires 2000

RUIZ DE LA CUESTA, S., “La impugnación de la prueba ilícita en el proceso civil”, en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, Vol. 7, Núm. 76, Noviembre 2010, pp. 36-42

RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, *Estudios de Derecho*, vol. 64, no. 143, Colombia 2007, pp. 182-206

SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales*, Ed. Dijusa, Madrid 2008

SABORIDO SÁNCHEZ, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005

SALAS CALERO, L., “El futuro de la doctrina de la prueba prohibida en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos”, en CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ ORTS BERENGUER, E./ CUERDA-ARNAU, M.L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, vol. II, pp. 1737-1752

SALAS CARCELLER, A., *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2012

SALGADO MEJÍA, R. A./ VELÁSQUEZ MONCADA, C. A., “Procedimiento monitorio hondureño desde el derecho procesal comparado europeo. Garantía constitucional del derecho a la defensa”, en *Revista Portal de la Ciencia*, no. 5, diciembre 2013, pp. 62-75

SALOM ESCRIVA, J. S., “La Fiscalía”, en Gómez Colomer, J. L. (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 525-541

SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., “La vertiente jurídico-constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español”, en *Revista de Derecho Político*, no. 42, 1997, pp. 185-210

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, UNED, no. 12-13, 2º semestre 2003 - 1º semestre 2004, pp. 351-382, disponible en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf>

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, España, Madrid 2008, pp. 667-672

SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (Un recorrido por la jurisprudencia constitucional)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, no. 5, 1998, pp. 521-529

SANCHÍS CRESPO, C., “La intervención del Ministerio Fiscal en el nuevo proceso civil”, en *Tribunales de Justicia: Revista española de Derecho Procesal*, no. 2, 2001, pp. 9-21

SANTAMARÍA PASTOR, A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos/ Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1972

SANTIAGO Y ANTUÑA, P., *Derecho constitucional. Módulo instruccional*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa 2007, pp. 110-113, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/Constitucional/>

SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (tesis doctoral), Universidad de La Rioja, Logroño 2008, disponible online en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=Rafael+Saraz%C3%A1+Jimena&db=2&td=TES>

SCHÖNKE, A., “Los límites de la prueba en el derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, no. 3, 1955

SELIGMAN, K., *The Rise and Fall of the Exclusionary Rule: Can it Survive Hudson, Herring & Brendlin?*, First District Appellate Project, San Francisco 2010, disponible en http://www.fdap.org/downloads/articles_and_outlines/Seminar2010-ExclusionaryRule.pdf

SENTÍS MELENDO, S., “Fuentes y medios de prueba”, en *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, pp. 9-27

SENTÍS MELENDO, S., “La prueba en el proceso”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, no. 2-3, 1977

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª edición, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona 1969

SERRA DOMÍNGUEZ, M., en ALBALADEJO, M. (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª edición, Edersa, Madrid 1991, vol. II, tomo XXVI
SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Los servicios de los detectives privados: Licitud y valor de sus investigaciones”, en *Revista General de Derecho*, no. 620, mayo 1996, pp. 5106-5109

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I./ PÉREZ LÓPEZ, E./ ORTÉU CEBRIÁN, F., *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Ed. Bosch, Barcelona 2002

SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963

SISO OLIVER, A./ SISO MUNTAÑOLA, G. M., “El derecho a la prueba en el proceso civil desde una perspectiva constitucional”, en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J/ ARAGÓN REYES, M. (coords.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, vol. II, pp. 1559-1576

SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L.; “Los valores jurídicos en la historia”, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1374/24.pdf

SOSPEDRA NAVAS, F. J. (dir.), *La ejecución hipotecaria: Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2009

SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil*, Ed. Thomson Civitas, Navarra 2008

STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (traducción de DE LA OLIVA, A.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990

SUCAR, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2008

TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y verdad” (traducción de GREPPI, A.), en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 7, no. 11, 2002, pp. 99- 124

TARUFFO, M., “Investigación judicial y producción de prueba por las partes” (traducción de VARAS BRAUN, J. A.), *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. XV, Chile, diciembre 2003, pp. 205-213

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción de FERRER BELTRÁN, J.), Ed. Trotta, Madrid 2002

TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Ed. Laterza, Bari 2009

TÁVARA ZARIQUIEY, J. A., “Conclusiones y diligencias finales en el juicio verbal”, en *Economist & Jurist*, vol. 19, no. 154, 2011, pp. 78-84

TENA ARAGÓN, M. F., *Manual de derecho constitucional*, Escuela Judicial de Honduras, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/Constitucional/>

THAMAN, S. C., “Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth”, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 64, no. 4, 2011, pp. 691-735

THAMAN, S.C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Ed. Springer, Nueva York 2013

TORO PEÑA, J. A., *Código Procesal Civil brevemente comentado*, Ed. OIM, Tegucigalpa 2011

TORO PEÑA, J. A., *Modulo instruccional. Principios generales del derecho procesal civil*, Escuela Judicial de Honduras, Tegucigalpa 2007, disponible en <http://www.escuelajudicial.gob.hn/ejes/Recursos/Materiales/Constitucional/>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, *Estadísticas Jurisdiccionales*, 2011-2012, disponible en

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2011.aspx>

URTECHO LÓPEZ, E., “Título Quinto. El proceso monitorio”, en CARRERAS MARAÑA, J. M. (coord.), *Código Procesal Civil Comentado*, Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional, Tegucigalpa 2008

VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en ABEL LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2007, pp. 393-418

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Difusión Jurídica/ Economist & Jurist, Madrid 2012

VÁSQUEZ SOTELO, J.L. en ALONSO- CUEVILLAS SAYROL, J. (coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, vol. II

VELASCO NÚÑEZ, E., “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)”, en *Revista general de derecho*, no. 624, 1996, pp. 10149-10174

VESCOVI, E., “Inadmisibilidad de la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, no. 4, 1968, pp. 63-76

VILAMAJO ROSELL, J.M., “El *litigation support*: la división básica para el trabajo coordinado entre bufetes e investigadores privados” en *Economist & Jurist*, vol. 12, No. 86, diciembre-enero 2004, p. 72-76

VILELA CARBAJAL, K., “La nulidad desde una perspectiva procesal”, en *Revista de Derecho*, vol. 4, 2003, pp. 11-27

VILLAGÓMEZ RODIL, A., “Recurso extraordinario por infracción procesal”, en PICATOSTE BOBILLO, J. (coord.), *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009

VILLA-REAL MOLINA, R./ DEL ARCO TORRES, M. A., *Diccionario de términos jurídicos*, Ed. Comares, Granada 1999

VIVES ANTÓN, T., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los ‘frutos del árbol emponzoñado’”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, no. 4, 2002, pp. 5-20

XIOL RÍOS, J. A. (coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000 de 7 de enero*, Ed. Sepín, Madrid 2008

Castellón de la Plana, España

Tegucigalpa, Honduras

19 de Septiembre de 2015

