

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER



LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL.

Autor: Abelardo Campra Fernández

Tutor: Jesús María Zarzalejos Nieto

Madrid, febrero de 2021

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. PRESENTACIÓN DEL SUPUESTO PRÁCTICO	8
3. DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL	11
3.1 LA PRUEBA	11
3.1.1 <i>Concepto</i>	11
3.1.2 <i>Fundamento</i>	13
3.1.3 <i>Finalidad</i>	13
3.1.4 <i>Objeto</i>	14
4. SUJETOS Y CARGA DE LA PRUEBA	15
5. LOS MEDIOS DE PRUEBA	19
5.1 LOS MEDIOS DE PRUEBA PERSONALES	19
5.1.1 <i>El interrogatorio de parte</i>	20
5.1.2 <i>El interrogatorio de testigos</i>	21
5.1.3 <i>Los informes periciales</i>	21
5.2 LOS MEDIOS DE PRUEBA REALES	22
5.2.1 <i>Los documentos</i>	22
5.2.2 <i>Los instrumentos</i>	23
5.2.3 <i>El reconocimiento judicial</i>	24
6. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA CIVIL	26
6.1 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA	26
6.2 CONCEPTO	27
7. ELEMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA	27
7.1 ELEMENTO OBJETIVO: VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL	27
7.2 ELEMENTO SUBJETIVO: SUJETOS	29
7.2.1 <i>La obtención de prueba por las partes</i>	29
7.2.2 <i>La obtención de la prueba a cargo de investigadores privados</i>	30
7.2.3 <i>La participación del órgano judicial en la obtención de la prueba</i>	31
7.2.4 <i>La obtención de prueba realizada por el Ministerio Fiscal</i>	31
7.3 ELEMENTO TEMPORAL	33
7.3.1 <i>Ilícitud al adquirir la fuente de prueba</i>	33
7.3.2 <i>Ilícitud surgida a lo largo del proceso</i>	33

7.3.3. Valoración de las posturas.....	34
8. LOS EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA	35
8.1 INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA	35
8.2 INEFICACIA DE LA PRUEBA DERIVADA	37
8.3 ALCANCE PROCESAL DE LA INEFICACIA	38
9. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL.....	39
9.1 TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN PRIMERA INSTANCIA	39
9.1.1 <i>El incidente contradictorio del artículo 287 LEC</i>	39
9.1.2 <i>Iniciativa de parte y de oficio.....</i>	40
9.1.3 <i>Momento para para el inicio y desarrollo del incidente</i>	42
9.1.4 <i>Resolución del incidente contradictorio</i>	43
9.1.5 <i>Recursos contra la ilicitud</i>	43
9.1.6 <i>Posible preclusión del incidente</i>	44
10. RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO	46
11. CONCLUSIONES	50
12. BIBLIOGRAFÍA	53
12.1. ÍNDICE DE RECURSOS EMPLEADOS	53
12.1.1. <i>Autores</i>	53
12.1.2. <i>Legislación.....</i>	54
12.1.3 <i>Jurisprudencia.....</i>	54
12.2 ÍNDICE DE RECURSOS WEB EMPLEADOS	55

Abreviaturas justificadas:

AP: Audiencia Provincial

Art: Artículo

Arts: Artículos

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FJ: Fundamento Jurídico

Has: Hectáreas

LEC: Ley 1/2000, de 7 enero del 2000, de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STS: Sentencia Tribunal Supremo

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TFM: Trabajo Fin de Máster

1. INTRODUCCIÓN

El tema que he escogido para la realización del Trabajo Fin de Máster es *la prueba ilícita en el proceso civil*. Considero que se trata de un tema muy interesante con un objeto concreto y bien definido para su análisis, actual dentro del ámbito del Derecho Procesal Civil y que, a mí, personalmente, me atrae como proyecto de investigación. Así, son tres los motivos principales que han hecho que me decantara por el tema escogido.

En primer lugar, he elegido el presente tema por su estrecha vinculación con el proceso civil, pues he de reconocer que las asignaturas o materias que más interés han despertado en mí durante la carrera de Derecho y, posteriormente, en el Máster de Acceso a la Abogacía han sido las asignaturas de Derecho Procesal. Todo ello debido a que la parte que más me gusta del Derecho está vinculada al desarrollo del proceso, las reglas del mismo, la resolución final de conflictos y disputas...

Seguidamente, el segundo de los motivos está totalmente ligado a mi situación actual profesional, ya que en este momento me encuentro realizando prácticas profesionales en el departamento de Procesal Civil y Mercantil de un despacho. En consecuencia, estoy viendo de primera mano cómo funciona el proceso probatorio, la importancia que tiene la prueba en el proceso civil, así como los efectos de la misma en relación a su valoración. Por ello, elaborar el TFM sobre una materia que estudio en el día a día en el despacho, va a permitirme darle en el enfoque mucho más práctico a este trabajo.

Por último, escojo este tema por la interesante conexión que existe entre los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Es decir, abordar desde un punto de vista teórico y práctico un análisis de cómo la obtención de una prueba, empleando medios ilícitos que ocasionen la vulneración de un derecho fundamental, da lugar a que dicha prueba no produzca efecto alguno en el proceso¹. Actualmente, los derechos fundamentales son una materia muy delicada y, por tanto, cobran una vital importancia en cualquier proceso, más aún en lo que refiere a la obtención de prueba.

En la actualidad, la prueba ilícita es uno de los temas más complejos del proceso probatorio civil. Esta afirmación tiene su razón de ser en la confusión originada entre los artículos 283.3 y 287 que introdujo la nueva LEC, dando así lugar a una serie de teorías y apreciaciones realizadas por autores, así como

¹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 386/2007, de 29 de marzo, “cuando se emplean medios ilícitos, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta”.

numerosa doctrina y jurisprudencia que iremos analizando a lo largo del trabajo y que nos servirán a la hora de resolver el supuesto de hecho escogido como caso práctico.

A continuación, en cuanto a la organización o estructura que se pretende que el trabajo presente, debemos advertir que el objetivo primordial de este proyecto de investigación es la resolución de un caso práctico sobre un proceso civil, cuyo objeto principal es la prueba ilícita, realizando para ello, previamente, un análisis teórico sobre la prueba y los conceptos relacionados con la misma dentro de nuestro Derecho Procesal Civil.

En ese sentido, el trabajo se va a dividir en tres bloques bien diferenciados entre sí.

Un primer bloque dirigido a la explicación del supuesto práctico basado en una presentación de los hechos y de los motivos del recurso, con especial atención al motivo primero formulado por el apelante, pues se refiere al tema principal de nuestro trabajo de investigación; la prueba ilícita en el proceso civil.

En segundo lugar, una vez hayamos abordado la descripción del problema mediante una presentación de la realidad del caso práctico, nos centraremos en desarrollar un bloque más teórico que incluya conceptos básicos del Derecho Procesal relacionados con el proceso civil y la prueba, análisis de la principal normativa vigente a nivel internacional, comunitario y nacional, así como la jurisprudencia y doctrina relacionada con la prueba ilícita civil. De esta forma, el segundo bloque estará formado por varios capítulos que acogen la teoría general del trabajo; el primero de ellos versará sobre el derecho a la prueba en el proceso civil, que incluye concepto, naturaleza, requisitos... Igualmente, otro capítulo destinado a la prueba ilícita civil, donde abordaremos cuestiones tales como concepto, elementos, su tramitación procesal, así como la regla de exclusión de la misma.

En el último capítulo, se llevará a cabo un análisis práctico del supuesto escogido con el fin de proponer una solución al mismo tras la presentación de los hechos y fundamentos del caso y un estudio teórico de toda la materia relacionada con el tema principal del trabajo. En este sentido, realizaremos una aplicación de conceptos dogmáticos y jurisprudenciales del problema, un análisis crítico del problema y, por último, la proposición de la solución del caso.

Finalmente, sintetizaremos las conclusiones obtenidas a lo largo del trabajo, tanto las relativas al caso concreto que hemos propuesto como las que obtengamos a partir del estudio de la teoría general de la prueba ilícita en el proceso civil.

En cuanto al material que emplearemos para la realización del trabajo, utilizaremos durante todo el desarrollo del trabajo manuales de Derecho Procesal Civil, obras específicas en materia probatoria civil, artículos de revista, toda la legislación vigente relacionada con la prueba civil y, en último lugar, la jurisprudencia de nuestros tribunales.

2. PRESENTACIÓN DEL SUPUESTO PRÁCTICO

El supuesto práctico que debemos plantear para el desarrollo del trabajo debe ser una sentencia que contenga una alegación por alguna de las partes en cuanto a la ilicitud de la prueba presentada por el contrario y el pronunciamiento del tribunal sobre la validez de dicha prueba. En consecuencia, hemos escogido la sentencia 362/2012, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Cáceres Sección 1ª, cuyo ponente es el magistrado D. Luis Aurelio Sanz Acosta.

En este sentido, la presente sentencia recoge el fallo de la Audiencia Provincial de Cáceres sobre un recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Logrosán, por la que se estima íntegramente la demanda de juicio ordinario, en ejercicio de la acción de cumplimiento contractual y subsidiaria acción de resolución contractual de la actora. A continuación, se expondrán los hechos detalladamente.

Por el Juzgado de 1ª Instancia de Logrosán, con fecha 22 de marzo de 2012, se dictó sentencia por la que se estima íntegramente la demanda formulada por LONDRES, S.L.² condenando al demandado NUEVA YORK, S.L.³ al pago de 400.000 euros, más los intereses legales que correspondan, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Seguidamente, la parte demandada y condenada en primera instancia interpuso recurso de apelación contra la sentencia ante la Audiencia Provincial de Cáceres. Recurso al que la parte apelada se opuso mediante escrito de oposición. Así, finalmente se procedió a su deliberación y fallo el día 10 de julio de 2012.

Estando el demandado disconforme con la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Logrosán, interpuso recurso de apelación basado en los siguientes tres motivos:

1º.- Infracción procesal por admisión de prueba pericial ilícita, al haberse obtenido con vulneración de los arts. 18.2 y 33 de la Constitución Española, ya que dicha prueba se hizo efectiva a partir de la entrada clandestina e ilícita en la finca propiedad del apelante.

2º.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia por vulneración del principio de congruencia, al no existir, a pesar de estimarse

² Por motivos de privacidad el nombre de la sociedad es un nombre ficticio, pero los hechos del supuesto práctico y la sentencia son reales.

³ Por motivos de privacidad el nombre de la sociedad es un nombre ficticio, pero los hechos del supuesto práctico y la sentencia son reales.

íntegramente la demanda, correspondencia entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia.

3º.- Reiterar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteada en la contestación a la demanda, al no haber traído al litigio a la entidad Caja Extremadura, quien el mismo día de la escritura de compraventa de la finca litigiosa, 15 de noviembre de 2007, otorgó una préstamo a la entidad demandada NUEVA YORK, S.L., por lo que, de estimarse la pretensión de la actora, que solicitaba la segregación de 20 HAS de la finca vendida, el inmueble afecto litigioso quedaría reducido, lo que supone una disminución de la garantía hipotecaria, pronunciamiento que interesa al tercero referido

4º.- Error en la apreciación de la prueba, al dar la sentencia de instancia valor probatorio al contrato privado de 26 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2007, a pesar de su incompatibilidad con la escritura pública de 15 de noviembre de 2007, que opera sobre ambos una evidente novación extintiva⁴.

En nuestro caso, nos centraremos fundamentalmente en el motivo primero, que el apelante ha querido basar en la ilicitud de una prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental, como es la inviolabilidad del domicilio.

NUEVA YORK, S.L., a través de su representación legal, plantea en el motivo primero de su recurso que existe infracción procesal al admitir como prueba del proceso unos informes periciales – documentos número 32, 33 y 34 adjuntados con la demanda – que se obtuvieron a través de la entrada clandestina y totalmente ilícita en la finca propiedad del apelante.

Sin embargo, la parte apelada, en su escrito de oposición, sostiene que el apelante no ha hecho constar denuncia de dicha infracción procesal con anterioridad al escrito del recurso de apelación, pues no figura ninguna manifestación al respecto ni en el escrito de contestación a la demanda, ni en la audiencia previa, ni en la vista del acto del juicio.

Finalmente, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres acaba pronunciándose en lo que se refiere al motivo primero del recurso en este sentido: *“Pues bien, examinadas las actuaciones, no obra tal denuncia previa de la infracción procesal referida en la apelación... y, por ello, no es extraño que no encontremos, efectivamente, ninguna resolución de la juez "a quo" sobre esta cuestión, simple y llanamente porque no se formuló, porque se formula por primera vez en esta alzada, lo que, sin necesidad de mayor consideración y al amparo de lo dispuesto en el art. 459 de la LEC, debe determinar el rechazo del*

*primer motivo de apelación*⁵.” Por tanto, la infracción procesal basada en prueba ilícita termina siendo rechazada por el Tribunal sentenciador.

En consecuencia, a la vista de los hechos y el pronunciamiento de la AP de Cáceres, la resolución que hemos de dar al caso, aplicando la teoría que estudiemos durante el desarrollo del trabajo, debe girar en torno al momento procesal en el que debe denunciarse la ilicitud de la prueba, si está bien inadmitido por el Tribunal y si cabría recurso alguno ante esta decisión.

3. DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

3.1 LA PRUEBA

3.1.1 Concepto

La prueba es aquella actividad procesal dirigida a demostrar ante el Tribunal la certeza o falsedad de los hechos que las partes realizan en sus escritos de alegaciones⁶. En consecuencia, cuando una de las partes solicita una tutela jurídica concreta, el demandante basa su reclamación en una serie de afirmaciones fácticas que constituyen su versión de los hechos, siéndole de aplicación a estos hechos una serie de normas jurídicas que determinarán las consecuencias que solicita la parte actora en su demanda.

Seguidamente, cuando nos referimos al concepto de prueba, hemos de señalar que el concepto como tal puede ser entendido desde una doble perspectiva. De esta forma, diremos que hablamos de la prueba en sentido lato cuando nos referimos a la acreditación de la veracidad de un hecho o existencia de un acto jurídico. Por el contrario, el sentido más concreto del concepto de prueba se refiere al procedimiento empleado para la demostración de los hechos y existencia de actos jurídicos.

En lo que respecta a la regulación de la prueba en nuestra ley, debemos advertir su reconocimiento como derechos fundamentales por nuestra Constitución, la cual garantiza el derecho a la utilización de los medios probatorios oportunos en su artículo 24.2⁷.

Sobre la base de esta constitucionalización del derecho a la prueba, la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge los elementos generales de este derecho como el objeto y necesidad, reglas sobre la iniciativa probatoria y criterios sobre su admisibilidad, así como las disposiciones relativas al procedimiento probatorio en los artículos 281 y siguientes.

Ahora bien, dado que la LEC no recoge una definición de la prueba, sino que más bien abarca los elementos que la componen y reglas del proceso probatorio, nos aproximaremos al concepto de prueba o actividad probatoria a

⁶ Banadoche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 307

⁷ Artículo 24.2 CE: 2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

través de diferentes definiciones doctrinales dadas por algunos autores, así como por nuestro Tribunal Constitucional.

En este sentido, MONTERO AROCA define la prueba como “la actividad procesal tendente a 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 fijaran los hechos⁸”.

Por su parte, SANJURJO RÍOS concede una definición más general, entendiendo la prueba como “uno de los pilares sobre los que se sustenta todo nuestro ordenamiento jurídico, de manera que la misma se constituye como un instrumento valiosísimo a disposición de las partes procesales⁹”.

Finalmente, en cuanto a las definiciones doctrinales dadas por nuestro Tribunal Constitucional, hemos optado por incluir en nuestro trabajo dos aproximaciones fundamentales que el Alto Tribunal nos ha ofrecido sobre la prueba.

En primer lugar, una definición referida principalmente al derecho a la prueba contemplado en nuestra Constitución, definiendo así el TC la prueba como la “utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, garantizando a quién esté incurso en un conflicto la resolución jurisdiccional mediante el desarrollo de una actividad probatoria con arreglo a sus intereses¹⁰”.

La segunda de las definiciones define la prueba 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 los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso¹¹”.

En conclusión, fruto de las definiciones y aproximaciones estudiadas de la prueba y la actividad probatoria en este primer capítulo, en nuestra opinión la prueba es concebida como toda actividad ejercida dentro del proceso civil cuya función primordial es demostrar la veracidad de los hechos y, poder así, convencer al juez de los mismos, todo con ello bajo la regla del principio dispositivo que rige en nuestro proceso civil y del principio de aportación de partes, con las excepciones que refleja la LEC.

⁸ Montero Aroca, Juan (2000) *La prueba en el proceso civil*. 3ª edición. Madrid: Civitas, pág. 39 y 40

⁹ Sanjurjo Ríos, Eva (2010) *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. Madrid: Reus, pág. 22-24

¹⁰ STC 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 2º

¹¹ STC 37/2000, de 14 de febrero

3.1.2 Fundamento

El fundamento de la prueba tiene su razón de ser en que el Tribunal que conozca del asunto pueda emitir un juicio justo, pues significa que esta resolución se ajuste a la veracidad de los hechos acaecidos. En todo caso, para que el Tribunal sentenciador emita una sentencia conforme a la justicia, será necesario que la parte que pretende obtener dicho juicio sea capaz de convencer al juez mediante el empleo de los medios de prueba de los que dispone y atendiendo a las reglas del procedimiento probatorio¹².

Sin embargo, debemos resaltar que dentro de la sentencia cobrará vital importancia el reflejo de la verdad *demostrada* (verdad procesal o formal), que puede ocurrir que no coincida totalmente con la verdad *mostrada* en la realidad (verdad material o real)¹³.

Al mismo tiempo, no debemos omitir que el verdadero destinatario de la prueba mediante la cual las partes pretenden probar los hechos o actos jurídicos es el Juez que conozca del asunto. Por ende, toda actividad probatoria desplegada por las partes tiene que estar encaminada a conseguir el convencimiento del Juez en el sentido que plantean en sus alegaciones¹⁴.

3.1.3 Finalidad

Tal y como hemos venidos adelantando en apartados anteriores, en líneas generales podemos afirmar que la función básica o principal de la prueba consiste en demostrar la veracidad o falsedad de los hechos que se alegan por las partes. Sin embargo, siendo cierto lo que acabamos de afirmar, la prueba cumple igualmente una función fundamental de formación de la convicción del juez conocedor del asunto.

Por tanto, es evidente como ambas funciones se encuentran directamente relacionadas, pues para poder conseguir convencer al juez será necesario previamente poder acreditar la veracidad de los hechos que se alegan o demostrar la falsedad de los alegados por la parte contraria. En esta línea, cabe volver a recordar el papel fundamental que juega la verdad formal o procesal por

¹² Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 307

¹³ Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 307

¹⁴ Sigüenza López, Julio (2018) 'Fundamentos de la actividad probatoria en el proceso civil español'. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, pág 698-717

encima de la realidad fáctica de los hechos, pues si no se puede acreditar dicha verdad a través del proceso probatorio, de nada vale para convencer al Tribunal¹⁵.

3.1.4 Objeto

En cuanto al objeto de la prueba, diremos que éste está constituido por las afirmaciones de los hechos que cada una de las partes tienen la carga de alegar e introducir en el proceso, tal y como dispone el artículo 216 LEC¹⁶.

Ahora bien, es necesario destacar un matiz importante relativo a esta concepción, el cual se refiere a qué hechos han de ser probados dentro de un proceso, ya que no todos los hechos requieren de prueba, pues esto solo sucede así con los hechos controvertidos. Así, entendemos como hechos controvertidos aquellos afirmados y no admitidos por la parte contraria o sobre los que la adversa guarda silencio¹⁷.

Sin embargo, el legislador ha impuesto al demandado la carga de tener que pronunciarse sobre los hechos en la contestación a la demanda, admitiéndolos o bien negándolos, pues en caso contrario, el Juez puede considerar dicho silencio como una admisión tácita de los hechos¹⁸.

Seguidamente, analizando la LEC más en detalle, subyace del artículo 281 la determinación del objeto de la prueba a través de una cláusula general relativa a los hechos, una cláusula particular relativa a las normas jurídicas y dos dispensas de probar los hechos cuando se trate de hechos notorios o sobre los que ambas partes hayan prestado su conformidad.

De esta forma, dispone de forma literal el citado precepto lo siguiente:

Artículo 281 Objeto y necesidad de la prueba

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

¹⁵ Sigüenza López, Julio (2018) 'Fundamentos de la actividad probatoria en el proceso civil español'. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. ob. cit. pág 698-717

¹⁶ Art. 216 LEC: *Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.*

¹⁷ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, pág 22

¹⁸ Art. 405.2 LEC: *En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.*

2. *También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*

3. *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 disposición de los litigantes.*

4. *No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.*

Por ende, tal y como se puede observar de la literalidad del artículo y en relación a lo expuesto anteriormente, el apartado primero recoge la cláusula general que se refiere a los hechos. Por su parte, el apartado segundo se basa en la cláusula particular relativa a las normas jurídicas. En último lugar, los apartados tercero y cuarto recogen las dispensas por conformidad entre las partes y por hechos notorios.

4. SUJETOS Y CARGA DE LA PRUEBA

Los procesos civiles y mercantiles se rigen por el principio dispositivo, lo que impide de cualquier forma que el Juez pueda solicitar pruebas de oficio con el fin de investigar los hechos alegados por cada una de las partes.

En este sentido se pronuncia la LEC, a través del principio de justicia rogada, en su artículo 216 disponiendo que <<los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales>>, por lo que el Juez tan solo podrá basar su juicio en base a las pruebas presentadas por las partes, careciendo de cualquier facultad probatoria en este tipo de procesos¹⁹.

Sin embargo, sí permite la ley al Tribunal llevar a cabo dos acciones diferentes en relación a prestar apoyo en el procedimiento probatorio a las partes. Por un lado, vista la prueba propuesta, podrá el Tribunal indicar a cualquier parte la existencia de insuficiencia probatoria en relación a uno o varios

¹⁹ Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 308 y 309

de los hechos que se pretenden probar con dichas pruebas²⁰. Por otra parte, se reconoce la posibilidad igualmente que el Tribunal, en caso de apreciar una deficiencia probatoria, sugiera a la parte interesada de qué medio probatorio ha de valerse para corregir dicha deficiencia ²¹.

En todo caso, el principio de aportación de parte que rige para los procesos civiles y mercantiles cuenta con una excepción para aquellos casos especiales previstos por la Ley. Es decir, el Juez podrá solicitar de oficio las pruebas que considere oportunas, además de las practicadas por el Ministerio Fiscal y las partes, cuando nos encontremos ante un proceso especial, tal y como establece la LEC en su artículo 752.1²². Estos procesos especiales se refieren a las materias de filiación, menores, matrimonio e incapacitación, dónde el Tribunal sí cuenta con facultad para practicar prueba.

En cuanto a los sujetos dentro de la actividad probatoria, es decir, quién prueba, tal y como venimos advirtiendo, corresponde a las partes la función de determinar las fuentes de prueba y su aportación al proceso del que se trate y, es por ello, por lo que ellas ostentan la carga de la prueba, así como las contingencias en caso de falta de prueba²³. Básicamente, estas líneas resumen el principio de aportación de prueba explicando con anterioridad.

Además, junto con la facultad de poder solicitar la admisión y práctica de las pruebas, las partes cuentan igualmente con la facultad de exigir la efectividad de las mismas²⁴. Esta exigencia o reclamación otorga a las partes dos facultades esenciales. En primer lugar, que las pruebas que hayan sido admitidas por el Tribunal sean igualmente practicadas y se valoren en la sentencia que se emita. Por otro lado, en caso de indebida inadmisión de prueba, las partes cuentan con la facultad de poder solicitar la revisión de la misma por el mismo órgano judicial u otro superior, con objeto de que finalmente pueda ser admitida y valorada en sentencia²⁵.

²⁰ Art 429.1 LEC: ... Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

²¹ Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 308 y 309

²² Art. 752.1 LEC: ... Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

²³ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, pág 22

²⁴ STC de 11 de septiembre de 1995, FJ 2º

²⁵ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*, ob. cit. pág 39

Para lograr la eficacia de ambas facultades, las partes presentar los escritos pertinentes ante el Juzgado y procurar la protección de su derecho a la prueba mediante la interposición de un recurso ordinario (apelación y reposición) o recursos extraordinarios (amparo e infracción procesal)²⁶.

Seguidamente, la tercera facultad dispuesta para las partes del proceso corresponde a su deber de solicitar la prueba en el tiempo y forma que establezca la Ley²⁷. En virtud de este deber, las partes deberán proponer las pruebas atendiendo a los requisitos formales que exigen las normas del proceso, así como a los requisitos temporales, que estudiaremos más adelante en el capítulo del procedimiento probatorio.

En último lugar, las partes ostentan el deber solicitar el medio de prueba legal²⁸. Esta exigencia viene definida por el hecho de que las partes no podrán proponer pruebas que nuestro ordenamiento jurídico o pruebas obtenidas bajo la vulneración de derechos fundamentales (pruebas ilícitas), que son precisamente el objeto de este trabajo.

En contraposición, en caso de existencia de la prueba, dejamos a un lado las normas relativas a la carga de la prueba, de tal suerte que hemos de centrarnos en las reglas que dispone la Ley para la valoración de la prueba.

En consecuencia, el deber del juez consistirá en admitir o inadmitir los medios de prueba propuestos por las partes, así como también se encuentra obligado a valorar las pruebas con el fin de emitir una sentencia correctamente motivada²⁹.

Este deber de valoración impuesto al Juez viene impuesto desde un doble rango legal. Así, viene primeramente determinado como exigencia legal a través del artículo 218 LEC, que ya hemos analizado previamente.

En segundo lugar, esta exigencia legal impuesta al Juez es elevada a rango constitucional, pues nuestra Constitución recoge igualmente este deber de valoración de la prueba con el fin de que todas las sentencias emitidas por los Jueces cuenten con la suficiente motivación adquirida tras valorar las diferentes pruebas en sus artículos 24.2 y 120.3³⁰.

²⁶ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. ob. cit. pág 39

²⁷ STC de 14 de enero de 2004, FJ 2º

²⁸ Ídem

²⁹ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. ob. cit. pág 22

³⁰ Art. 120.3 CE: *Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*

A continuación, una vez estudiados los distintos sujetos relacionados con la prueba o proceso probatorio, corresponde analizar más en detalle el concepto de carga de la prueba y sus elementos esenciales.

El concepto de carga de la prueba nace como consecuencia del principio de aportación de parte y la necesidad de dotar al Juez de los recursos y facultades necesarias para poder alcanzar un juicio en caso de ausencia de pruebas o insuficiencia probatoria³¹.

Del mismo modo, encontramos otra concepción que vendría a establecer que la carga de la prueba, a través de las normas que la regulan, determina a qué parte corresponde probar y, por ende, es esa misma parte quién asume las consecuencias de la falta prueba³². Esto provoca que sea la parte sobre la que recae la carga de la prueba la que procure suministrar al Tribunal los elementos necesarios que fundamenten su posición el proceso³³.

Seguidamente, es importante distinguir los dos aspectos en los que se puede presentar la carga de la prueba. Por lado, y comentado con anterioridad, nos encontramos con el aspecto objetivo o formal de la carga de la prueba, el cual se refiere a la regla que advierte al Tribunal sobre la parte que ha de verse perjudicada ante la falta o insuficiencia de prueba de los hechos, sirviendo al Juez igualmente de guía en el modo de dictar sentencia. Mientras que, de otro lado, debemos analizar la carga subjetiva o formal, la cual hace referencia a que son las partes las que han de solicitar la apertura del proceso aprueba y fijar los medios de prueba que pretenden emplear en el proceso³⁴.

Finalmente, para concluir con este capítulo, sería conveniente analizar los dos elementos que caracterizan a la carga de la prueba.

En primer lugar, nos referimos a la imperatividad, en el sentido de que las normas que regulan este concepto son de orden público y, por tanto, son normas imperativas, careciendo las partes de cualquier facultad o disposición para alterarlas de forma convencional. Por ello, carecen de efecto vinculante para el juez los pactos que las partes alcanzaran fuera o dentro del proceso.

El segundo de los elementos caracterizadores de la carga de la prueba es el referido a la subsidiariedad, carácter que establece que se aplicarán las normas relativas a la carga de la prueba en el proceso, única y exclusivamente, cuando, una vez se haya valorado la prueba propuesta, a la hora de dictar

³¹ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. ob. cit. pág 51

³² Ídem

³³ STS de 6 de febrero de 2006, FJ 4º

³⁴ Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. ob. cit. pág 51 y 52

sentencia el Juez considere que los hechos que fundamentan la pretensión sigan siendo inciertos o dudosos. En este sentido, se pronuncia el artículo 217 apartado 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil con mucha claridad³⁵.

En conclusión, cuando nos encontramos ante un asunto dónde los hechos han sido suficientemente probados no se dará el supuesto de carga de la prueba y no se aplicarán las reglas de distribución.

5. LOS MEDIOS DE PRUEBA

Con el fin de abordar este capítulo, consideramos necesario realizar unas consideraciones generales sobre los medios de prueba. Por esta razón, es imprescindible hacer una distinción entre las fuentes de prueba y los medios de prueba.

En relación con las fuentes, éstas pueden definirse como los elementos que albergan la información que se trata de transmitir al Tribunal. Un ejemplo puede ser cualquier tipo de documento en la prueba documental³⁶.

En lo que refiere a los medios de prueba, son considerados como la forma a través de la cual las fuentes de prueba son introducidas en el proceso. Un ejemplo de ello es la declaración de una parte o un testigo a través de una declaración³⁷.

5.1 LOS MEDIOS DE PRUEBA PERSONALES

Los medios de prueba personales son aquellos caracterizados por ser la fuente de prueba una persona, quién debe demostrar la veracidad o falsedad de los hechos afirmados por cada una de las partes en sus escritos de demanda y contestación a la demanda. Existen tres medios de prueba personales que analizaremos a continuación con más detalle.

³⁵ Art. 217.1 LEC: *Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.*

³⁶ Banachloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 319

³⁷ Ídem

5.1.1 El interrogatorio de parte

El interrogatorio de parte es un medio de prueba personal consiste en preguntar a la contraparte sobre hechos que recoge en su escrito de demanda o contestación en los que ella misma ha participado con el fin de que confirme si esos hechos se produjeron o no, tal y como se desprende de los escritos de alegaciones³⁸.

En relación con los sujetos del interrogatorio, la LEC solo permite que pueda realizarse un interrogatorio a la parte contraria, pues no se puede proponer el interrogatorio del propio cliente, ya que lo que tenga que declarar ya lo ha debido hacer en su escrito de demanda o contestación. A pesar de ello, sí dispone la Ley la posibilidad de interrogar a cualquier sujeto que se halle en la misma posición procesal que el interesado cuando sus intereses sean distintos dentro del mismo proceso³⁹.

Sin embargo, cuando una de las partes llama a declarar a la contraparte, una vez finalizado dicho interrogatorio, la LEC permite, al litigante que acaba de ser interrogado por el letrado de la parte contraria, que su defensa pueda formularle cualquier cuestión, dando así por concluido el interrogatorio, sin perjuicio de que en última instancia el propio Tribunal pueda igualmente formular cualquier pregunta con el fin de aclarar o adicionar algo ya declarado previamente⁴⁰.

A modo de conclusión, debemos hacer mención a la valoración del interrogatorio de parte. En este sentido, salvo que resulten refutados por otro medio de prueba, las respuestas que perjudiquen al litigante en su declaración convertirán en ciertos los hechos sobre los que se le está preguntando. En caso contrario, si la declaración beneficia al declarante, dicho interrogatorio será valorado libremente por el Juez⁴¹.

³⁸ Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 321

³⁹ Art. 301.1 LEC: *Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.*

⁴⁰ Art. 306.1 LEC: *Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declare podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar.*

⁴¹ Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 322 y 323

5.1.2 El interrogatorio de testigos

El interrogatorio de testigo es una prueba de naturaleza personal consistente en la acreditación de la veracidad o falsedad de un hecho que una de las partes afirma mediante de la declaración de una tercera persona, quien tiene conocimiento de tal hecho.

Respecto a al requisito subjetivo, podrá ser testigo cualquier persona física que tenga conocimiento sobre algún de los hechos que afectan al proceso, siempre que dicha persona cuenta con la capacidad necesaria para poder relatar lo conocido⁴². Por ello, dispone la LEC que no pueden ser testigos aquellos que se encuentren de forma permanente privados totalmente de razón⁴³.

Seguidamente, debemos advertir sobre la existencia de dos supuestos especiales de prueba testifical. El primero de ellos es la denominada prueba por informes, que surge cuando una entidad es solicitada para que aporte al proceso una información de la que dispone, sin importar la persona física que firma dicho informe⁴⁴.

Por otro lado, la LEC recoge un segundo supuesto de testifical particular, el conocido como testigo-perito, siendo aquella persona que, teniendo conocimientos técnicos y específicos en la materia, ha presenciado igualmente el hecho al que se refieren el proceso. Por ello, su testimonio dentro del proceso adquiere un valor especial⁴⁵.

Finalmente, en cuanto a la valoración de este tipo de medio de prueba debemos destacar que en todo caso será libre, atendiendo tanto a las conocimientos técnicos y científicos con los que el testigo pudiera contar como a las circunstancias personales que rodean al mismo.

5.1.3 Los informes periciales

La prueba pericial supone la aportación dada por una persona experta y con conocimientos concretos, técnicos o científicos en la materia con objeto de

⁴² Art. 360 LEC: *Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio.*

⁴³ Art. 361 LEC: *Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. ...*

⁴⁴ Art. 381 LEC: *Cuando, sobre hechos relevantes para el proceso, sea pertinente que informen personas jurídicas y entidades públicas en cuanto tales, por referirse esos hechos a su actividad, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, la parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio o a la vista. ...*

⁴⁵ Art. 370.4 LEC: *Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.*

valorar los hechos concretos del asunto en cuestión o para adquirir certeza sobre los mismos⁴⁶.

La LEC regula este medio de prueba en el procedimiento civil en su artículo 335 y siguientes, debiendo hacer distinción entre los peritos designados por las partes y los que designa el Tribunal.

El demandante, en su escrito de demanda, deberá presentar el dictamen pericial del que pretende valerse en el proceso. De idéntica manera sucede con el demandado en su escrito de contestación a la demandada. Sin embargo, establece la LEC que, en el caso de que no se pueda aportar el dictamen pericial al momento de presentación de la demanda o la contestación, tendrán las partes que anunciar en su escrito los dictámenes de los que se pretenden valer, para trasladarlos a la contraparte cuando se disponga de ellos⁴⁷.

Seguidamente, tal y como hemos anunciado anteriormente, también existe la posibilidad de que las partes, en sus escritos iniciales, soliciten la designación de perito al Tribunal, en cuyo caso hablamos de designación judicial de perito⁴⁸.

5.2 LOS MEDIOS DE PRUEBA REALES

5.2.1 Los documentos

Los documentos como medio de prueba real en el proceso civil han sido definidos por la doctrina como el soporte cuyo contenido consiste en la expresión escrita de un pensamiento humano⁴⁹. Además, la LEC, a través de artículo 333,

⁴⁶ Iberley, 'Regulación del dictamen pericial dentro del proceso civil' <[⁴⁷ Art. 337.1 LEC: *Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.*](https://www.iberley.es/temas/regulacion-prueba-pericial-proceso-civil-57011#:~:text=Regulaci%C3%B3n%20del%20dictamen%20pericial%20dentro%20del%20proceso%20civil&text=La%20prueba%20pericial%20en%20el%20procedimiento%20civil%20aparece%20regulada%20en,peritos%20designados%20por%20el%20tribunal.>></p></div><div data-bbox=)

⁴⁸ Iberley, 'Regulación del dictamen pericial dentro del proceso civil' <[⁴⁹ Por su parte, el Código Penal, sí dispone de una definición legal de documento contenida en su artículo 26: "a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".](https://www.iberley.es/temas/regulacion-prueba-pericial-proceso-civil-57011#:~:text=Regulaci%C3%B3n%20del%20dictamen%20pericial%20dentro%20del%20proceso%20civil&text=La%20prueba%20pericial%20en%20el%20procedimiento%20civil%20aparece%20regulada%20en,peritos%20designados%20por%20el%20tribunal.>></p></div><div data-bbox=)

emplea este término para referirse al soporte utilizado para recoger todo tipo de información no escrita como fotografías, vídeos, etc. Sin embargo, nuestro Código Civil no contempla una definición para el concepto.

Seguidamente, atendiendo a clase de sujeto que elabora el documento, podemos encontrar documentos privados, siendo aquellos que son elaborados por un particular; públicos, si se trata de documentos confeccionados por un fedatario público como puede ser un Notario o Registrador; y los documentos oficiales, que son los elaborados por un funcionario público que carece de facultad para dar fe pública, por lo que su eficacia probatoria está condicionada las normas que los regulan, admitiéndose incluso prueba en contrario⁵⁰.

Todo documento que las partes consideren fundamental como medio de prueba en un proceso, ha de ser aportado junto con la demanda o contestación de la demanda. Por ello, solo se podrán presentar en una fase posterior, audiencia previa, aquellos documentos que tengan que ver con el fondo del asunto en cuestión, pero no se consideren fundamentales. Otro caso previsto por la LEC se da cuando, a la vista de las alegaciones realizadas por el demandado en su contestación, resultara necesario la aportación de un documento no presentado con anterioridad (artículos 265.3 y 426.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por último, tal y como advierte la LEC en su artículo 270, también se prevé la excepción a la presentación de documentos en un momento procesal posterior a la demanda o contestación hasta el juicio o la vista cuando se trate de documentos de nueva noticia o nuevos.

Finalmente, en cuanto a la valoración de este medio de prueba, hemos de advertir que en cuanto los documentos públicos, éstos hacen prueba plena de su contenido, salvo que se demuestre la falsedad de dicho documento.

Igualmente, los documentos privados gozarán de la misma eficacia de prueba plena si la autenticidad de los mismos no es impugnada por la otra parte, tal y como reconoce el artículo 326 LEC⁵¹.

5.2.2 Los instrumentos

La prueba instrumental es aquella consistente en la presentación de una serie de medios técnicos que recogen los datos o hechos de lo sucedido y

⁵⁰ Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 331

⁵¹ STS 198/2010, de 5 de abril: “el carácter de prueba plena al que elude el artículo 26.1 LEC no significa que el Tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas.

permiten probar que han sucedido⁵². El artículo 299.2 LEC establece que constituyen la fuente de prueba “os medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”.

En este caso, la presentación de este medio de prueba se produce en la misma fase procesal que los documentos, demanda y contestación, con las mismas excepciones que establece la LEC. En cuanto a la práctica de este tipo de medio, se llevará a cabo mediante su reproducción examen en sede judicial en el acto del juicio.

Por último, la valoración de la prueba instrumental es libre por parte del Tribunal, por lo que la convicción que pueda alcanzar el juzgador dependerá en gran medida del contenido de la misma y de que no se haya podido impugnar con éxito la misma (arts. 382.3 y 384.3).

5.2.3 El reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial es el medio de prueba a través del cual el tribunal examina personas, lugares o cosas que son objeto de prueba, por lo que, a diferencia del resto de medios de prueba, en el reconocimiento judicial es el propio juzgador quién percibe la prueba de forma directa y personal⁵³.

La parte solicitante del reconocimiento judicial deberá determinar el alcance del reconocimiento y si propone igualmente que un técnico o experto en la materia de que se trate acompañe en el acto de reconocimiento. Por el contrario, la contraparte puede realizar proposición de otro alcance del reconocimiento que sea más favorable para sus intereses, así como si asistirá igualmente acompañado por un exerto. Por ello, el reconocimiento judicial y pericial pueden ser llevados a cabo de forma conjunta⁵⁴.

Para llevar a cabo el reconocimiento judicial pueden emplearse cuantos medios o instrumentos sean necesarios como equipos de grabación de imagen

⁵² Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. ob. cit. pág. 331

⁵³ Iberley, ‘El reconocimiento judicial como forma de prueba en el proceso civil <<https://www.iberley.es/temas/reconocimiento-judicial-forma-prueba-proceso-civil-52031>>

⁵⁴ Iberley, ‘El reconocimiento judicial como forma de prueba en el proceso civil <<https://www.iberley.es/temas/reconocimiento-judicial-forma-prueba-proceso-civil-52031>>

y sonido que acrediten el objeto del reconocimiento, y todo ello debe quedar constatado en el acta del reconocimiento.

Sin embargo, la realidad es que en la actualidad es cada vez menos frecuente que se lleven a cabo reconocimientos judiciales, ya que cada vez existen más medios para que el Tribunal pueda conocer de primera mano las personas, lugares o cosas que se pretenden reconocer, por lo que el Tribunal solo admitirá la prueba cuando considere que el reconocimiento sea necesario o conveniente⁵⁵.

⁵⁵ Artículo 353.1 LEC: *El reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.*

6. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA CIVIL

6.1 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

En los últimos tiempos, la prueba ilícita viene siendo identificada de forma general por la comunidad jurídica internacional como el mecanismo procesal que trata de garantizar el respeto a los derechos fundamentales en el procedimiento de obtención de pruebas. Por consiguiente, dada la trascendencia de esta figura dentro de los procesos civiles, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado un análisis y regulación de la prueba ilícita.

Además, debemos señalar que en la actualidad no existe un concepto de prueba ilícita único cuya validez sea universal, pues cada Estado determina la eficacia y alcance de la figura dentro de su ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como es evidente, sí que podemos señalar cuestiones o elementos comunes relativos a las prohibiciones probatorias, que cada Estado decide establecer a través del Derecho Comparado.

En consecuencia, las bases comunes de las que debemos partir a la hora de analizar el concepto de prueba ilícita son: derecho a un proceso justo y con todas las garantías y el respeto a los derechos fundamentales. A partir de esta premisa, podemos abarcar el estudio de la figura de la prueba ilícita en nuestro sistema legal y, más concretamente, dentro del proceso civil.

En lo relativo, al análisis terminológico del concepto, podemos llegar a concluir que el concepto de “prueba ilícita” puede llegar a resultar ambiguo en el sentido que puede referirse a cualquier acción contraria a las normas del proceso probatorio⁵⁶.

Seguidamente, consideramos que el concepto como tal ha de atribuirse en función del incumplimiento cometido, pues no es lo mismo la obtención de una prueba bajo la vulneración de un derecho fundamental de cualquier persona que la obtención de pruebas contraviniendo otro tipo de derechos y las normas reguladoras del proceso probatorio.

⁵⁶ 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])

La primera vulneración devendría en la ineficacia de la prueba, y es la que, a nuestro parecer, ha de atribuirse al concepto de prueba ilícita, mientras que para el segundo supuesto consideramos más apropiado la aplicación del término de prueba ilegal. Esta violación de las normas también acarrea consecuencias procesales, que no tiene porque concluir en ineficacia de la prueba, ya que ello dependerá de la disposición incumplida y el derecho afectado.

6.2 CONCEPTO

Actualmente y, a diferencia del orden penal, la prueba ilícita en el orden civil no cuenta con una definición establecidas en la Ley. Por ello, la determinación del concepto de prueba ilícita puede llegar a ser muy amplia y nada sencilla.

La realidad es que la prueba ilícita ha de ser entendida como una prohibición de aportar al proceso cualquier prueba, aunque pudiera tener una trascendencia fundamental en él, debido a que en el procedimiento para su obtención se han vulnerado derechos fundamentales de una de las partes inmersas en el proceso, por lo que la prueba obtenida deber ser excluida del proceso para no contaminarlo⁵⁷.

Además, esta prohibición tiene su base en la preferencia que otorga nuestro ordenamiento jurídico al respeto y protección de los derechos fundamentales por encima la búsqueda de la verdad en el proceso.

Por último, advertir que la consecuencia procesal inmediata y principal de la ilicitud probatoria sería la ineficacia de la prueba impugnada.

7. ELEMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

7.1 ELEMENTO OBJETIVO: VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

El elemento objetivo se configura como la causa legal por la que se produce la ilicitud de una prueba, consistente en la vulneración de un derecho

⁵⁷ Wolters Kluwer, 'El concepto de prueba ilícita'
<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU5DC2MztlUouLM_DxblwNDY0MjQ0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAeIMOVzUAAAA=WKE>

reconocido en nuestra Constitución cuya categoría o rango ascienda a la de derecho fundamental.

En nuestra legislación, el elemento objetivo de la prueba ilícita viene recogido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: ... *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

Ahora bien, cuando en el proceso probatorio se ha obtenido cualquier prueba mediante vulneración de derechos fundamentales, nos encontramos con dos intereses dentro del proceso que chocan entre sí.

De una parte, la pretensión de impartir justicia en base a los hechos y a las pruebas aportadas al proceso. En este caso, los defensores de esta postura otorgan una mayor importancia a la búsqueda de la verdad por encima de la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de cualquier prueba necesaria para la búsqueda de esa verdad y el reparto de justicia, pues entienden que ninguna prueba que ayude a emitir una sentencia justa puede ser excluida del proceso, y que el derecho vulnerado sea protegido mediante sanción directa al infractor de dicha vulneración en el ámbito del derecho en el que se produjera (penal, administrativo, civil), no afectando así al normal desarrollo del proceso civil⁵⁸.

En contraposición, encontramos el elemento objetivo como tal; la vulneración de un derecho fundamental. Esta posición ha de venir necesariamente respaldada por el propio Estado, quién tiene la obligación de salvaguardar nuestros derechos y garantías, por lo que no puede permitir la aportación a ningún proceso de material probatorio que haya sido obtenido bajo la vulneración de esos derechos. Por ende, el Estado, a través de sus jueces y magistrados, no puede tolerar ni permitir que se infecte el proceso mediante la tolerancia y permanencia de un elemento espurio⁵⁹. Esta postura predica que no solo es necesario que se castigue a la persona que ha vulnerado el derecho fundamental de otra, sino que también se excluya del proceso la prueba contaminada fruto de la esa vulneración.

En cuanto al choque de ambas posturas, tanto la legislación, jurisprudencia y doctrina se han pronunciado a favor de la segunda de ellas, al entender que prima el respeto a los derechos fundamentales por encima del esclarecimiento de la verdad en un proceso.

⁵⁸ GUASP, J., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Aguilar, Madrid 1947, tomo II, vol. II, 1947, pp. 583-584

⁵⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M., El concepto de prueba ilícita..., cit., pp. 53-65;

Sin embargo, tal y como hemos distinguido en el capítulo 1.1 del presente bloque teórico sobre la *delimitación del concepto de prueba ilícita*, esta prevalencia se produce cuando nos referimos a derechos fundamentales de nuestra CE, por lo que si se produce una violación de cualquier otro tipo de derecho, prevalecerá la búsqueda de la verdad por encima de la vulneración de un derecho no fundamental durante la obtención de la prueba⁶⁰.

7.2 ELEMENTO SUBJETIVO: SUJETOS

Cuando nos referimos al elemento subjetivo de la prueba ilícita, realmente estaríamos hablando de quién ha obtenido la prueba vulnerando algún derecho fundamental. En general, suelen ser las partes las que obtienen las pruebas y las aportan al proceso, aunque como veremos a continuación, también cabe la posibilidad que sean otros sujetos quienes vulneren derechos fundamentales en el procedimiento de obtención de pruebas.

7.2.1. La obtención de prueba por las partes

En la mayoría de las ocasiones, las partes cuentan en su poder con las pruebas que pretenden aportar antes de dar inicio al como pueden ser contratos, fotos, facturas, etc.

En este sentido, demandante y demandado, mediante la ayuda técnica de sus letrados, proceden a aportar las pruebas necesarias para alcanzar la convicción del Tribunal, empleando para ello todos los medios probatorios que pone a su disposición nuestro ordenamiento jurídico⁶¹.

En línea con el fondo de este trabajo, si cualquiera de las partes llevase a cabo la vulneración de un derecho fundamental a la hora de obtener una prueba y la aportase al proceso, ésta debe ser excluida del mismo.

⁶⁰ 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”.

⁶¹ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.

Por último, debemos aclarar que cuando nos referimos a este apartado, realmente queremos hacer mención a que son las partes quién impulsan la búsqueda de elementos probatorios, con independencia de que luego obtengan ellas de forma personal o no.

7.2.2 La obtención de la prueba a cargo de investigadores privados

Al igual que sucede con las pruebas obtenidas por las partes, las pruebas que hayan sido obtenidas a cargo de detectives privados podrán ser utilizadas en juicio siempre y cuando en su obtención no se ha producido una violación de derechos fundamentales.

Por tanto, cuando el Juez considere que en la obtención de cualquier de cualquier prueba ha habido vulneración de derechos fundamentales, se deberá excluir la prueba, así como la aplicación de las sanciones correspondientes al investigador privado por la vulneración de un derecho fundamental de un particular⁶².

Uno de los casos más relevantes en este contexto es el caso “Falciani”, donde el TS mediante su sentencia de 23 de febrero de 2017 da por buena la “lista Falciani” para fundar una condena por delito fiscal, dando validez a las pruebas obtenidas, a sabiendas de la ilicitud en su forma de obtención por un tercero. Sin embargo, el Tribunal ha considerado esta prueba a la hora de formar su decisión.

En este sentido, señala el Magistrado D. Alfredo Montoya que *no existe en el caso enjuiciado vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías ni a la presunción de inocencia por la obtención de datos bancarios de la lista Falciani*⁶³.

Posteriormente, el TC confirma la sentencia del TS en el siguiente sentido: *que no es revisable en amparo la consideración del Tribunal Supremo conforme*

⁶² 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).

⁶³ STS, Sala de lo Penal, núm. 116/2017 de 23 de febrero de 2017.

sí se había vulnerado el derecho fundamental a la intimidad, como derecho fundamental sustantivo...

que el sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el artículo 24.2 de la Constitución es el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas⁶⁴.

7.2.3 La participación del órgano judicial en la obtención de la prueba

Analizada la obtención de prueba de forma privada, es momento de examinar el procedimiento de obtención probatorio a través de la participación judicial.

Respecto a este punto, debemos advertir que la participación judicial surge como una necesidad que la Ley contempla para aquellos casos en los que las partes no tengan a su disposición los medios de prueba para fundamentar sus alegaciones y no puedan obtenerlos de forma personal⁶⁵, pues en caso contrario esa imposibilidad de las partes de hacerse con las pruebas necesarias, obligaría a las mismas a conseguir la prueba por cualquier medio, pudiendo acabar con la violación de un derecho fundamental.

En consecuencia, nuestra LEC ha previsto la regulación de una serie de mecanismos que faciliten esa labor de aportación de prueba al proceso de cada una de las partes:

- Diligencias preliminares (Arts. 256 al 263 LEC).
- Anticipación y aseguramiento de la prueba (Arts. 293 al 298 LEC)
- Insuficiencia probatoria (Art. 429 LEC)
- Diligencias finales (Arts. 435 y 436 LEC)
- Prueba de oficio de los procesos no dispositivos (Art. 752.1 LEC)

7.2.4. La obtención de prueba realizada por el Ministerio Fiscal

En materia probatoria, la actuación del Ministerio Fiscal como parte procesal se rige por el principio de imparcialidad, por lo que su intervención en

⁶⁴ STC, Pleno, núm. 97/2019, de 16 de julio de 2019.

⁶⁵ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 101

el proceso probatorio tendrá la finalidad única y exclusiva de conocer los hechos para alcanzar un resultado justo del litigio en cuestión⁶⁶. Por ende, el Ministerio Fiscal no ejerce su facultad a favor de demandante o demandado, sino en favor de la búsqueda de la verdad.

Sin embargo, también cabe la posibilidad de que el Ministerio Fiscal actúe como representante de una parte en el proceso, en cuyo caso las facultades probatorias que tiene otorgadas deben estar orientadas a la obtención del interés de la parte que representa. De esta forma, podrá solicitar que se promuevan las diligencias necesarias para la obtención de pruebas, así como la práctica de las mismas⁶⁷.

Nuestra Constitución establece para el Ministerio Fiscal la tarea de promover la acción de justicia en defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos, además de las propias funciones que establece el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁶⁸. Por ende, podemos considerar al Ministerio Fiscal como el defensor de los intereses constitucionales que se ventilen en la jurisdicción civil.

Siguiendo la línea del artículo 124.1 CE, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece como una de sus funciones principales para dar cumplimiento a dicho al citado precepto constitucional la siguiente: “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).

Por otro lado, no debemos dejar de destacar aquellos procesos privados donde además de preverse la tutela de los derechos privados de los particulares, se trata de proteger igualmente un interés social en la resolución del conflicto privado. En este sentido, debemos destacar los procesos a los asuntos de filiación y menores, la tutela de derechos fundamentales, cuestiones de competencia, la protección de usuarios y consumidores, o el estado civil de las personas.

Ahora bien, examinadas las funciones de este órgano en materia probatoria, debemos examinar si es posible que, mediante su acción en el

⁶⁶ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. ob. cit. pág. 102

⁶⁷ Ídem

⁶⁸ Art. 124.1 CE: *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.*

proceso, cometa una ilicitud probatoria. En este sentido, es primordial sentar que el Ministerio Fiscal, como órgano representante del Estado, tiene el deber de velar por el respeto a los derechos y garantías de los particulares, por lo que es extraño pensar en una extralimitación de sus funciones probatorias que pudiera afectar a un derecho fundamental.

A pesar de ello, cualquier acción cometida por el Ministerio Fiscal como una entrada ilegal en un domicilio o acceso a un correo electrónico de un particular, estaríamos ante una violación de derechos fundamentales por parte de este órgano, lo que generaría la ilicitud de las pruebas obtenidas⁶⁹.

7.3 ELEMENTO TEMPORAL

7.3.1 *Ilicitud al adquirir la fuente de prueba*

Esta tesis establece que solo devengarán ineficaces aquellas pruebas que se hayan obtenido mediante la vulneración de derechos fundamentales⁷⁰.

Por ello, cuando hablamos de obtención de prueba hemos de matizar que se refiere a búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, pues la ilicitud surge de la obtención de estas fuentes, pero nunca de la práctica de la prueba. Por su parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de esta postura años atrás⁷¹.

En consecuencia, esta postura predica que cuando la vulneración de un derecho fundamental se haya cometido en la fase de obtención de las fuentes de prueba, podrá acarrear ilicitud de la prueba obtenida. De lo contrario, si se la lesión del derecho se produce con la admisión o práctica de la prueba, se prevé únicamente la nulidad de actuaciones, pero no la ineficacia de la prueba por ilicitud.

7.3.2 *Ilicitud surgida a lo largo del proceso*

En cambio, existe también un amplio sector de la doctrina cuya interpretación del artículo 11.1 LOPJ es mucho más amplio, no limitando la

⁶⁹ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. ob. cit. pág. 102

⁷⁰ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid: pág. 167-169

⁷¹ STS, sala 1ª, núm. 386/2007 de 29 de marzo [RJ 2007\1760 "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"

ilicitud probatoria única y exclusivamente a la fase de obtención, sino que consideran que también debe extenderse al momento de incorporación de fuentes de pruebas al proceso en cuestión⁷².

Bien es cierto que la gran mayoría de los casos en lo que se produce ilicitud de la prueba se durante la obtención de las pruebas. Sin embargo, este sector doctrinal, a pesar de reconocer dicha circunstancia, afirman que también se ha dado la ilicitud probatoria en supuestos producidos en el momento de admisión y práctica de los medios de prueba.

En este sentido, se refieren a una violación de derechos fundamentales que pueda acontecer durante el juicio y que deba suponer la ineficacia de la prueba en el proceso. Un claro ejemplo de este tipo de supuestos podría ser el quebranto, por parte de un testigo en el proceso, del secreto profesional con la consiguiente vulneración del derecho a la intimidad de demandante o demandado, según se trate.

El fundamento básico de esta postura es poder aplicar la regla de exclusión con el fin de proteger cualquier vulneración de derechos fundamentales durante el proceso, con independencia de la fase en la que se produzca⁷³.

7.3.3. Valoración de las posturas

En conclusión, la diferencia entre ambas posturas radica en poder identificar la consecuencia procesal que ha de ser aplicada conforme a la fase del proceso en la que se comete la vulneración del derecho fundamental, identificando así las dos consecuencias que nuestra LEC prevé. De esta forma, se debe determinar si ha de aplicarse la nulidad de actuaciones prevista en el artículo 255 LEC (regla de interdicción de la defensa) o, por el contrario, el supuesto de prueba ilícita del artículo 287 LEC (regla de exclusión).

Como consecuencia de este planteamiento, nos encontramos con la idea de que una misma violación de derechos fundamentales pudiera tener una consecuencia procesal diferente en función de si se cometiera en la fase de obtención de pruebas o ya directamente en la práctica en el acto de juicio⁷⁴.

⁷² Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. ob. cit. pág. 119

⁷³ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. ob. cit. pág. 120

⁷⁴ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid: pág. 146-149

Tras el análisis de ambas posturas, consideramos que no existe una fórmula perfecta para determinar qué consecuencia procesal debe llevar aparejada la vulneración del derecho fundamental en función de si dicha ilicitud se ha producido en fase preprocesal o intraprocésal. Para resolver esta cuestión debemos atender a la estructura y naturaleza de la prueba, aunque lo más importante en el supuesto de obtención sería que la vulneración del derecho fundamental sea la causa y no la consecuencia de dicha obtención⁷⁵.

8. LOS EFECTOS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA

La figura de la prueba ilícita, como efecto procesal de la vulneración de derechos fundamentales a la hora de obtener una prueba, cobra una vital importancia a la hora de actuar como sanción procesal, pues de lo contrario estaríamos hablando de cualquier sanción independiente al proceso civil del que se trate como un delito o una infracción administrativa. Sin embargo, estas dos sanciones no darían lugar a la ineficacia de la prueba, permitiéndose igualmente la aportación al proceso una prueba obtenida bajo la vulneración de derechos fundamentales.

8.1 INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Al hablar de la ineficacia de la prueba ilícita, la disposición fundamental que la sustenta es, tal y como hemos venido adelantando a lo largo del trabajo, el artículo 11.1 LOPJ:

Artículo 11

1. 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.

Del tenor del citado artículo y lo estudiado en el presente bloque teórico, podemos advertir que las consecuencias principales de la prueba ilícita son las siguientes:

⁷⁵ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. ob. cit. pág.120

I. No surtirán efecto alguno en el proceso las pruebas en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental.

II. De igual forma, no surtirán efecto alguno en el proceso las pruebas en cuya obtención se haya vulnerado de forma indirecta cualquier derecho fundamental.

III. Si se alcanza la convicción de que se trata de una prueba ilícita, debe necesariamente ser excluida del proceso.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo resume el tenor de este artículo y las consecuencias del mismo en varios de sus pronunciamientos, entre los que destacamos el siguiente:

STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114):

“... 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...”

Además, mucho más actuales son los pronunciamientos del TS y TC sobre el caso Falciani que ya hemos comentado anteriormente y que volvemos a destacar.

STS, Sala de lo Penal, núm. 116/2017 de 23 de febrero de 2017

“... que no existe en el caso enjuiciado vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías ni a la presunción de inocencia por la obtención de datos bancarios de la lista Falciani”.

STC, Pleno, núm. 97/2019, de 16 de julio de 2019.

“...que no es revisable en amparo la consideración del Tribunal Supremo conforme sí se había vulnerado el derecho fundamental a la intimidad, como derecho fundamental sustantivo...”

... que el sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el artículo 24.2 de la Constitución es el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas.”

Por consiguiente, si razonamos en profundidad sobre esta cuestión, lo lógico es que la prueba deba ser excluida del proceso con la mayor brevedad posible con el fin de no contaminar así la convicción o pensamiento del Tribunal.

Por último, debemos aclarar que existen tres mecanismos de los que nos dota la Ley para dejar sin eficacia una prueba si se manifiesta su ilicitud, que irá en función de la etapa procesal en la que se advierta dicha ilicitud.

En primer lugar, cuando dicha ilicitud se produce al inicio del proceso, resultado de la obtención de prueba, en aplicación del artículo 283.3 LEC, la prueba ha de ser inadmitida por completo. Por su parte, si la ilicitud se manifiesta una vez la prueba está incorporada al proceso, pero de forma previa a su práctica, el artículo 287 LEC establece la exclusión de la misma a través del incidente contradictorio. En estos dos supuestos, hablamos de exclusión de la prueba del proceso.

Seguidamente, si la ilicitud de una prueba subyace una vez que ésta se haya practicado, el Tribunal tiene la obligación de abstenerse en su valoración. Esta premisa va en línea con el cumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española, pues de lo contrario, si se valorara por un Tribunal una prueba ilícita, esto supondría una vulneración del artículo 24.2 CE por no respetarse las garantías consagradas para un proceso que se le han de ofrecer a todos los individuos.

En último lugar, junto con la exclusión de la prueba y la prohibición del Tribunal de poder valorar las pruebas, existe un tercer mecanismo para lograr la ineficacia de la prueba basado en la imposibilidad de poder subsanar una prueba ilícita, con la única excepción de que se vuelva a tratar de aportar la fuente de prueba bajo ninguna infracción y el respeto a las normas del proceso y los derechos fundamentales⁷⁶.

8.2 INEFICACIA DE LA PRUEBA DERIVADA

Cuando nos refiramos a las pruebas derivadas, debemos tener en cuenta la literalidad del texto del artículo 11,1 LOPJ: *... no surtirán efecto las pruebas que se hayan obtenido indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales.*

⁷⁶ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 126

En consecuencia, para dar cumplimiento a esa sanción de ineficacia, la norma dispone igualmente que toda prueba derivada de la prueba ilícita debe ser también excluida.

Nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado la teoría desarrollada por jueces estadounidenses de los frutos del árbol envenenado. En virtud de esta teoría, la prueba ilícita original transmite el veneno a las pruebas derivadas (los frutos del árbol), por lo que ambas pruebas son igual de perjudiciales⁷⁷.

En línea con lo expuesto anteriormente, debemos esclarecer cuándo se puede considerar que una prueba deriva de otra prueba ilícita. De esta forma, esto sucederá cuando se conozca la prueba derivada mediante la información aportada por la prueba ilícita, es decir, cuando haya relación de causalidad entre ambas pruebas.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional considera pobre este único requisito, por lo que determina que, además de una relación de causalidad, debe darse entre la prueba ilícita y la derivada un vínculo de causalidad jurídica. Esta es la denominada teoría de la conexión de antijuridicidad⁷⁸

Finalmente, encontramos la denominada prueba independiente, definida como aquella que no comparte vínculo, ni deriva de la prueba ilícita. Por ello, la eficacia de esta prueba en el proceso no puede verse afectada, ya que nada tiene que ver con la prueba ilícita⁷⁹.

8.3 ALCANCE PROCESAL DE LA INEFICACIA

En nuestro ordenamiento jurídico, la sanción de ineficacia no se alcanza hasta el instante en el que el Tribunal reconoce y declara la ilicitud de la prueba. Sin embargo, esto no consiste en un proceso automático.

En primer lugar, el demandante, demandado o incluso de oficio por el Juez, han de alegar la existencia de ilicitud de una prueba dentro del proceso. Así, una vez que el Juez confirme la existencia de prueba ilícita por quedar

⁷⁷ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 127

⁷⁸ STC 81/1998, de 2 de abril: “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”.

⁷⁹ STS de 11 de octubre de 1994: “la prueba ilegítimamente obtenida no vicia las restantes practicadas en el proceso si es posible una desconexión causal entre unas y otras”.

acreditada la vulneración de un derecho fundamental en el procedimiento para su obtención, éste puede ordenar su exclusión del proceso en cuestión⁸⁰.

Por ello, tal y como hemos advertido en capítulos anteriores, hasta tanto no se produzca dicha declaración de ineficacia de la prueba ilícita, ésta seguirá formando parte del proceso con todos sus efectos y contaminando el pensamiento y convicción del Juez.

En cuanto al proceso para alcanzar la ineficacia de una prueba ilícita civil, debe seguirse el procedimiento del incidente contradictorio previsto por el artículo 287 LEC.

9. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL

9.1 TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN PRIMERA INSTANCIA

9.1.1 El incidente contradictorio del artículo 287 LEC

A través de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, el legislador español ha introducido, a través de su artículo 287, el procedimiento en materia civil que posibilita la exclusión de todas aquellas pruebas que hayan supuesto una violación de derechos fundamentales en su obtención.

Artículo 287 Ilícitud de la prueba

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

⁸⁰ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 130

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 definitiva.

El incidente contradictorio regulado en el artículo 287 LEC es el procedimiento principal para alcanzar la ineficacia de las pruebas ilícitas. Sin embargo, existen igualmente otras disposiciones contenidas en la LEC relativas a este asunto.

Por un lado, encontramos el artículo 433.1 sobre el desarrollo del acto de juicio.

Artículo 433 Desarrollo del acto del juicio

1. 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.

Asimismo, con carácter previo a la práctica de las pruebas, si se hubiesen alegado o se alegaren hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, se procederá a oír a las partes y a la proposición y admisión de pruebas previstas en el artículo 286.

En último lugar, en relación a las resoluciones que adopte un Tribunal sobre la prueba, la LEC contempla el artículo 446.

Artículo 446 Resoluciones sobre la prueba y recursos

Contra las resoluciones del tribunal sobre admisión o inadmisión de pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia.

A pesar de estas dos últimas disposiciones, tal y como hemos comentado con anterioridad, el procedimiento principal es del incidente del artículo 287, que será el que vamos a seguir para realizar el análisis del tratamiento procesal de la prueba ilícita.

9.1.2 Iniciativa de parte y de oficio

Tal y como establece el artículo 287, la iniciativa en la denuncia de la ilicitud de una prueba puede ser de las partes o de oficio por el propio Tribunal. En los supuestos en los que la iniciativa corra a cargo del demandante o

demandado, éste deberá hacerlo en el mismo instante que sea conocedor de dicha ilicitud.

Seguidamente, la LEC también ha previsto la iniciativa de oficio por parte del tribunal debido a la transcendencia en el ámbito constitucional que tiene la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, la denuncia de prueba ilícita en los procesos civiles por parte del Tribunal es muy poco frecuente. Esto sucede así porque si ha sido el propio órgano quién ha practicado en el proceso de obtención de pruebas, él mismo se ha encargado de velar por el respeto y protección de los derechos fundamentales y las garantías del procedimiento⁸¹.

Ahora bien, hemos de considerar igualmente el supuesto de que un tercero trate de denunciar la ilicitud de prueba porque sea conocedor de la vulneración de un derecho fundamental en el procedimiento para la obtención de las mismas.

En consecuencia, tanto la jurisprudencia como el propio artículo 287 LEC son bastante claros en torno a esta cuestión, pues establecen la imposibilidad de que un tercero pueda denunciar la ilicitud de una prueba, con independencia de si este mismo tercero se ve incluso afectado o no. Por tanto, si se pretende la exclusión e ineficacia de una prueba, deberá ser cualquiera de las partes o el Tribunal de oficio quién realice la denuncia de la prueba ilícita⁸².

Evidentemente, dado que la ineficacia procesal de la prueba ilícita obtenida bajo la violación de un derecho fundamental de un tercero no afecta a los intereses de éste, el tercero deberá iniciar un proceso independiente solicitando la tutela del derecho fundamental lesionado, así como la responsabilidad civil, penal o administrativa que se derive de la lesión.

Sin embargo, si el tercero considera que el proceso pudiera afectar a sus derechos e intereses, podría solicitar su participación en el proceso a través del artículo 13 LEC⁸³, pasando así a formar parte del proceso en curso bajo la

⁸¹ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 311

⁸² Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 312

⁸³ Artículo 13 LEC: 1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas

condición de parte. Así, sí que podría llevar a cabo la denuncia de la ilicitud de prueba, pero nunca actuando como un tercero ajeno al proceso.

9.1.3 Momento para para el inicio y desarrollo del incidente

El artículo 287 LEC prevé tres fases distintas en el procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. En primer lugar, tal y como explicado anteriormente, debe producirse la denuncia por una de las partes o de oficio por el órgano judicial. A continuación, el proceso sigue con la fase sustanciación y resolución del Tribunal. Por último, en caso de que cualquiera de las partes se encuentre disconforme ante la decisión del Tribunal sobre el incidente, ésta podrá interponer recurso ante esta decisión⁸⁴.

En relación a la denuncia, las partes y el Tribunal pueden promover el incidente en cuanto conocieran de dicha ilicitud en cualquier momento anterior a la práctica de la prueba en el acto de juicio.

Seguidamente, en lo que se refiere a la etapa de sustanciación del incidente, la ilicitud de una prueba del proceso ha de ser denunciada por las partes o por el órgano de judicial de oficio, concretando la prueba que considera ilícita y las razones de su ilicitud.

En este sentido, la denuncia puede llevarse a cabo de forma oral si se produjera en la audiencia previa, en el juicio oral o en la vista del juicio verbal. Sin embargo, deberá realizarse por escrito la denuncia cuando el incidente se promueva durante el período que transcurre entre la finalización de la audiencia previa y la celebración del juicio⁸⁵.

Realizada la denuncia, dado el carácter contradictorio del incidente, las partes podrán proponer las pruebas que consideren necesarias para corroborar o desvirtuar la existencia de dicha ilicitud. Así, si éstas cumplen con los requisitos de admisibilidad, serán practicadas⁸⁶.

Finalmente, sustanciado el incidente mediante la práctica de las pruebas que las partes aportan como base para el incidente de contradicción, el Tribunal deberá valorarlas con el fin de esclarecer si la presunta prueba ilícita debe

alegaciones el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

⁸⁴ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 314

⁸⁵ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 315

⁸⁶ Artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil

continuar formando parte del proceso o, por el contrario, debe excluirse del mismo.

9.1.4 Resolución del incidente contradictorio

Una vez transcurrida la denuncia de las partes o el tribunal y la sustanciación del incidente, el Tribunal tiene la obligación de pronunciarse de forma oral en el mismo acto del juicio o la vista, no pudiendo retrasar su decisión a la sentencia definitiva⁸⁷.

Tal y como hemos advertido anteriormente, el Tribunal puede emitir su pronunciamiento en dos sentidos. Por un lado, puede determinar, practicada la prueba, que en el procedimiento de obtención de la prueba impugnada no se ha producido una vulneración de derechos fundamentales, por lo que la prueba es lícita y ha de tenerse en cuenta para el proceso. Por otro lado, practicada la prueba, el Tribunal puede considerar la ilicitud de la prueba y, por consiguiente, excluirla del proceso civil en cuestión.

9.1.5 Recursos contra la ilicitud

Una vez que el Tribunal se pronuncie sobre la resolución del incidente, las partes tienen la facultad de recurrir dicha decisión. En caso contrario, si no quieren recurrir la decisión, el pronunciamiento devendría firme en ese mismo momento⁸⁸.

De esta forma, con el auto que resuelva el incidente contradictorio sobre la ilicitud de una prueba, podrá interponerse recurso de reposición, tanto el acto de juicio como en la vista del juicio verbal⁸⁹. En este caso, la parte que recurra deberá exponer los razones infracción relacionada con la resolución. Por último, el Tribunal resuelve el recurso de reposición de forma oral, resolución contra la

⁸⁷ Artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil

⁸⁸ Art. 210.2 LEC: Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.

⁸⁹ Art. 287.2 LEC: 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 definitiva.

que no cabe recurso alguno, sí pudiendo reproducir la impugnación en la apelación que contra la sentencia definitiva⁹⁰.

9.1.6 Posible preclusión del incidente

Tal y establece la LEC, a través de su artículo 287, el incidente debe ser resultado con anterioridad a la práctica de la prueba. De esta afirmación, se han desprendido dos posturas.

En primer lugar, un número reducido de autores entiende este fragmento del artículo 287 LEC como un término preclusivo, por lo que, una vez que haya comenzado la práctica de la prueba, no se podrá denunciar la ilicitud de prueba⁹¹.

Por su parte, un amplio sector doctrinal se decanta por una interpretación más flexible, pues aunque lo ideal para el proceso es sustanciar la cuestión de ilicitud con anterioridad a la práctica de la prueba, entienden que no puede establecerse un término de preclusión para este tipo de incidente. Además, establecer un término de preclusión contravendría el mandato de ineficacia impuesto por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹².

En nuestra opinión, consideramos más correcto una interpretación más flexible de este artículo 287 LEC, pues de lo contrario estaríamos conformes con que se produjera una subsanación de la prueba impugnada tras la práctica de la prueba, ya que a partir de ese momento no gozaríamos de la facultad para poder excluir una prueba del proceso, llegando a afectar incluso a las garantías establecidas para los procesos judiciales que impone el artículo 24 CE.

Seguidamente, nos encontramos incluso con varios autores que defienden la idea de poder promover la cuestión de ilicitud hasta que exista sentencia firme sobre el litigio en cuestión, abriendo así la posibilidad de alegar dicha ilicitud en segunda instancia o mediante recurso extraordinario ante instancias superiores.

Además, nuestro ordenamiento jurídico prevé igualmente la posibilidad de poder realizar la denuncia de ilicitud de una prueba incluso cuando ya hubiera sentencia firme porque se hubieran conocido los hechos relativos a esta ilicitud con posterioridad a la firmeza de la resolución. Para ello, deberá promoverse un

⁹⁰ Artículo 287.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁹¹ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 335

⁹² Ídem

incidente de nulidad de actuaciones previstos en los artículos 228 LEC y 241 LOPJ.

Por tanto, la preclusión del incidente está más ligada al momento en el que la parte afectada fue conocedora de la ilicitud probatoria y así lo denunció que a una fase procesal concreta. En este sentido, para garantizar la aplicación del artículo 11.1 LOPJ, si la parte hubiera conocido de la vulneración de un derecho fundamental una vez iniciada la práctica de la prueba, no es óbice para promover una cuestión de ilicitud y así deberá hacerlo con la mayor inmediatez posible.

Finalmente, cuando la ilicitud es denunciada en segunda instancia a través del recurso de apelación u otras instancias mediante recurso extraordinario, si esta denuncia fuera tardía porque se conocía ya en primera instancia, el Tribunal se negará a resolver el incidente como consecuencia de la negligencia por parte del demandante o demandado en relación al momento de proceder con la denuncia⁹³.

⁹³ Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*, ob. cit. pág. 336

10. RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

NUEVA YORK, S.L., a través de su representación legal, plantea en el motivo primero de su recurso que existe infracción procesal al admitir como prueba del proceso unos informes periciales – documentos número 32, 33 y 34 adjuntados con la demanda – que se obtuvieron a través de la entrada clandestina y totalmente ilícita en la finca propiedad del apelante.

En este caso, el apelante sostiene que existe una vulneración los artículos 18.2 y 33 de la CE, los cuales se refieren a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a propiedad respectivamente. En este sentido, más allá de entrar a valorar si efectivamente se ha producido una entrada ilegal en el domicilio del demandado con el fin de obtener una prueba que ha sido aportada al proceso, lo que realmente hemos de determinar es si el incidente contradictorio del artículo 287 LEC ha sido correctamente planteado para poder excluir los documentos número 32, 33 y 34 como pruebas de este proceso.

Sin embargo, la parte apelada, en su escrito de oposición, sostiene que el apelante no ha hecho constar denuncia de dicha infracción procesal con anterioridad al escrito del recurso de apelación, pues no figura ninguna manifestación al respecto ni en el escrito de contestación a la demanda, ni en la audiencia previa, ni en la vista del acto del juicio.

Tras revisar las actuaciones del proceso, es cierto que no consta que el demandado haya obrado denuncia de la ilicitud de las tres pruebas que, presuntamente, han sido obtenidas bajo la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En línea con lo expuesto, nuestro artículo 287 LEC es tajante ante esta cuestión: ... *habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes*. Establece la obligatoriedad de formular denuncia de la ilicitud tan pronto como hubiera conocido la misma, pues con ello evitamos igualmente una contaminación del proceso y de la convicción del Tribunal, así como no perjudicar los intereses de la parte litigante supuestamente afectada, en este caso, el demandado.

Por consiguiente, en aplicación de la teoría estudiada a lo largo del trabajo, debemos examinar si se han producido las tres fases del incidente contradictorio del citado artículo y si ha sido promovido de forma correcta por el demandado.

En primer lugar, en lo que se refiere a la denuncia de la ilicitud, el demandado cuenta con la posibilidad de formular dicha denuncia, tal y como

hemos estudiado, hasta el momento en el que se lleve a cabo la práctica de la prueba en el acto del juicio, aunque como bien sabemos esta regla cuenta con excepciones para cuando la ilicitud haya sido conocida con posterioridad a esta etapa procesal o no haya podido ser denunciada por causa no imputable a la parte afectada.

Analizando el litigio en cuestión, podemos observar como el demandado no ha alegado en ninguna etapa procesal de la primera instancia la vulneración de los derechos consagrados por los artículos 18.2 y 33 CE, por lo que consta denuncia alguna de las pruebas número 32, 33 y 34 antes de la formulación del recurso, cuestión que consideramos trascendental a la hora de resolver el caso, como veremos más adelante.

A continuación, la segunda fase del incidente de ilicitud se refiere a sustanciación y resolución del mismo, cuestión que en este caso debemos dejar de lado, ya que no podemos abordarla ante la ausencia de denuncia por parte del demandado en primera instancia.

Por último, igual sucedería respecto ante un posible recurso de reposición en caso de estar disconforme con el auto que resolviera la cuestión de ilicitud, pero al no haber obrado denuncia de la misma, no existe resolución y, por ende, tampoco puede formularse recurso alguno.

Finalmente, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres acaba pronunciándose en lo que se refiere al motivo primero del recurso en este sentido: *“Pues bien, examinadas las actuaciones, no obra tal denuncia previa de la infracción procesal referida en la apelación... y, por ello, no es extraño que no encontremos, efectivamente, ninguna resolución de la juez "a quo" sobre esta cuestión, simple y llanamente porque no se formuló, porque se formula por primera vez en esta alzada, lo que, sin necesidad de mayor consideración y al amparo de lo dispuesto en el art. 459 de la LEC, debe determinar el rechazo del primer motivo de apelación⁹⁴.”* Por tanto, la infracción procesal basada en prueba ilícita termina siendo rechazada por el Tribunal sentenciador.

Por tanto, acreditada ya la falta de denuncia de prueba ilícita en primera instancia necesaria para poder plantearla en el recurso de apelación, consideramos oportuno estudiar lo que dice la LEC acerca de los planteamientos dentro del recurso de apelación relativos a la infracción de normas o garantías procesales. Así, el artículo 459 LEC establece lo siguiente:

⁹⁴ SAP Cáceres Sec. 1ª 362/2012, FJ 2º

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. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.

Resulta evidente la obligación de la parte de acreditar en el propio recurso de apelación que ya ha denunciado la infracción con anterioridad, es decir, en primera instancia, además de alegar la norma o garantía vulnerada y los motivos.

En línea con este artículo 459 LEC, nos gustaría introducir un pronunciamiento de esta misma Audiencia Provincial que conoce del recurso de apelación, que resume de forma muy clara la premisa de que el Tribunal de segunda instancia solo podrá conocer de las cuestiones planteadas en primera instancia, estableciendo la siguiente doctrina: *"conforme al principio "tantum devolutum quantum appellatum", según el que el órgano de apelación sólo puede conocer de aquellas pretensiones que, resueltas en primera instancia, hayan sido sometidas nuevamente a su resolución por la parte apelante. Y tal exigencia legal reviste carácter preclusivo, en el sentido de que la apelación no podrá tener ámbito u objeto diversos del precedentemente acotado, o, en otras palabras, se exige plena correlación entre las cuestiones que como objeto del recurso se consignan en el escrito de interposición"*⁹⁵.

Ahora bien, una vez que conocemos que el demandado no cumplió con las exigencias impuestas por los artículos 287 y 459 LEC, debemos examinar si puede acogerse a las excepciones que prevé la propia Ley para poder promover el incidente contradictorio con posterioridad a las fases que se marcan en ambas disposiciones.

En este sentido, dado que no consta denuncia alguna del demandado de la ilicitud de varias pruebas con anterioridad a la formulación del recurso de apelación, debemos cuestionar si existiera alguna circunstancia que haya imposibilitado al demandado a promover la cuestión de ilicitud en el momento que correspondía.

En consecuencia, tras examinar el tipo de prueba al que se refiere el demandado en su escrito de apelación, no consideramos que exista motivo alguno para no haber denunciado la ilicitud de las pruebas desde el momento que conoció de su existencia a través del escrito de demanda del demandante, pues se trata de unos informes periciales realizados supuestamente bajo la entrada ilegítima en su domicilio, por lo que el demandado ha sido plenamente

⁹⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de enero de 2012.

conocedor de dicha ilicitud desde el momento en el que el demandante le presenta las pruebas que va a aportar al proceso.

Por consiguiente, no existe petición formal por parte del demandado de promover el incidente contradictorio hasta la segunda instancia, por lo que incumple totalmente con las normas procesales del artículo 287 y 459 LEC, que determinan el procedimiento a seguir para este tipo de cuestiones.

Consideramos que el demandado era perfectamente conocedor de la presunta ilicitud de las pruebas número 32, 33 y 34 desde el comienzo del proceso, por lo que no puede aplicarse la excepción de causa no imputable a la parte litigante o conocimiento posterior de dicha ilicitud que le permitan denunciarlo en el momento procesal en el que lo ha realizado.

Finalmente, nos posicionamos a favor del pronunciamiento de la Sala al coincidir sus motivos con nuestra fundamentación, dando por válida la práctica de la prueba de los documentos 32, 33 y 34 por el Juzgado de Primera Instancia de Logroñán, al mismo tiempo que consideramos correcto la desestimación del motivo primero de su recurso de apelación relativo a la vulneración de los artículos 18.2 y 33 CE.

En conclusión, no deben excluirse las citadas pruebas de este proceso, pues el demandado no ha procedido correctamente en cuanto al incidente contradictorio de ilicitud, dejando igualmente sin aplicación las consecuencias previstas por el artículo 11.1 LOPJ, es decir, no aplicará en este caso la ineficacia de las pruebas que se pretenden impugnar.

11. CONCLUSIONES

Llegados al último capítulo de este Trabajo de Fin de Máster, consideramos oportuno desarrollar una serie de conclusiones que hemos ido alcanzando a lo largo del desarrollo tanto de los bloques teóricos como de la resolución del caso práctico planteado.

I. En relación al concepto de prueba en general del primer bloque teórico, consideramos que se trata de un elemento muy interesante a la hora de estudiar el proceso civil español y sus elementos, pues consiste en el elemento principal con el que las partes pueden acreditar sus hechos, así como alcanzar la convicción del Tribunal que conozca del asunto.

La prueba forma parte esencial de los procesos civiles, siendo el elemento diferenciador que permite a las partes acreditar lo que exponen en sus escritos de demanda y contestación, por lo que será fundamental para alcanzar las pretensiones solicitadas en un proceso prestar aportar pruebas consistentes que soporten nuestras alegaciones y desvirtúen las de la parte contraria.

Por último, para dejar constancia de importancia que tienen las pruebas dentro del proceso civil y, en general, cualquier proceso, puede suceder que, a pesar de tener la razón, en virtud del derecho material o sustantivo, puesto que conocemos que unos hechos se han producido de una forma y se les debe aplicar una consecuencia jurídica, si no tenemos forma de evidenciarlo mediante prueba, de nada valdrá presentar esos hechos o argumentos ante el Tribunal. Es decir, el derecho formal, a través del procedimiento probatorio, puede llegar a cobrar más importancia o ser más fundamental que el derecho material.

II. En segundo lugar, la siguiente conclusión obtenida gira en torno al concepto de prueba ilícita. Tal y como hemos examinado durante el desarrollo del segundo bloque teórico dedicado a la prueba ilícita, actualmente no existe una definición otorgada por la Ley en el orden civil para el concepto, como sí ocurre en el ámbito penal.

Tras un estudio del concepto y la delimitación del mismo, doctrina y jurisprudencia recogen varias definiciones que hemos ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, coincidiendo más con unas que con otras.

Por tanto, queremos aprovechar este capítulo de conclusiones del trabajo para aportar una definición propia de lo que consideramos es el término de prueba ilícita.

En consecuencia, entendemos como prueba ilícita toda aquella prueba que cualquiera de las partes pretende aportar al proceso con el fin de acreditar los hechos y alegaciones que expone en su escrito de demanda o contestación, con la salvedad de que en el procedimiento de obtención de las mismas se ha vulnerado uno o varios derechos fundamentales de la parte contraria.

Por tanto, coincidimos nuevamente en que este tipo de pruebas han de ser excluidas del proceso, pues en nuestra opinión debe prevalecer la protección y respecto a los derechos y garantías fundamentales por encima de la búsqueda de la verdad en cualquier proceso.

III. Seguidamente, en línea con lo establecido por el artículo 287 en cuanto al momento en el que se ha de denunciar la ilicitud de una prueba, consideramos fundamental llevar a cabo la denuncia de la ilicitud de cualquier prueba en la que se haya vulnerado un derecho fundamental, pues de lo contrario, si dilatamos el promover el incidente, la prueba será aportada al proceso, con la consiguiente contaminación del mismo.

En este sentido, somos partidarios de efectuar denuncia de la ilicitud de la prueba desde el mismo instante en el que tengamos conocimiento de ello, pues la acción de denuncia solo puede favorecer a nuestros intereses dentro del proceso, ya que la aportación de la prueba al proceso, a pesar de su posterior denuncia, podría tener un efecto psicológico sobre el pensamiento del Juez y, por ende, influir en la convicción que alcance.

Por tanto, somos partidarios de hacer constar la denuncia de la ilicitud probatoria desde que la conozcamos.

IV. En relación con la conclusión anterior, también nos decantamos por una interpretación flexible del tenor del artículo 287 LEC, pues pueden ocurrir determinados supuestos en los que la ilicitud sea conocida por el litigante con posterioridad a la práctica de la prueba en el acto de juicio.

En estos casos, no somos partidarios de que se apliquen las reglas del 287 o 459 LEC, si es cierto que el incidente contradictorio no se ha formulado con anterioridad a la práctica de la prueba en juicio o en primera instancia, para el caso del artículo 459 LEC.

En nuestra opinión, consideramos más correcto una interpretación más flexible de este artículo 287 LEC, pues de lo contrario estaríamos conformes con que se produjera una subsanación de la prueba impugnada tras la práctica de la

prueba, ya que a partir de ese momento no gozaríamos de la facultad para poder excluir una prueba del proceso, llegando a afectar incluso a las garantías establecidas para los procesos judiciales que impone el artículo 24 CE.

Por tanto, consideramos que la preclusión del incidente está más ligada al momento en el que la parte afectada fue conocedora de la ilicitud probatoria y así lo denunció que a una fase procesal concreta. En este sentido, para garantizar la aplicación del artículo 11.1 LOPJ, si la parte hubiera conocido de la vulneración de un derecho fundamental una vez iniciada la práctica de la prueba, no es óbice para promover una cuestión de ilicitud y así deberá hacerlo con la mayor inmediatez posible.

V. Finalmente, la última conclusión va en línea con la primacía del derecho formal sobre el material del que hablábamos en la primera conclusión.

A través de la resolución del caso práctico, hemos podido comprobar como el demandado, debido a una negligencia en el modo de promover el incidente contradictorio, no ha podido excluir varias pruebas del proceso que, presuntamente, se habían obtenido bajo una vulneración de derechos fundamentales.

Con esta lección, queremos dejar constancia de la importancia que tiene seguir correctamente el proceso a través de las disposiciones que prevé nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de ellas va a depender que el proceso siga con curso normal y el litigio se acabe resolviendo entrando a valorar el fondo del asunto y no por una cuestión de forma.

En este sentido, advertimos nuevamente la importancia del derecho formal y su prevalencia sobre el derecho material, pues si nos fijamos en este caso en concreto, asumiendo que el demandante ha entrado en el domicilio del demandado y obtenido una prueba de forma ilegal, dado que el demandado no ha promovido de forma correcta siguiendo las disposiciones procesales para ello la cuestión de ilicitud, éste no puede excluir una prueba ilícita del proceso.

En definitiva, venimos a referirnos de que, a pesar de poder tener la razón en base a los hechos y pruebas existentes, si no seguimos el proceso correctamente, podemos perderla.

12. BIBLIOGRAFÍA

12.1. ÍNDICE DE RECURSOS EMPLEADOS

12.1.1. Autores

Abel Lluch, Xavier (2007) *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor

Banacloche, Julio y Cubillo, Ignacio José (2016) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Madrid: Wolters Kluwer

Guasp, J., (1947) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aguilar, Madrid

Madrid Boquín, Christa M (2020) *La prueba ilícita en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch

Miranda Estrampes, M. (2004) *El concepto de prueba ilícita*. Madrid: J.M. Bosch Editor

Montero Aroca, Juan (2000) *La prueba en el proceso civil*. 3ª edición. Madrid: Civitas

Sanjurjo Ríos, Eva (2010) *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. Madrid: Reus

Sigüenza López, Julio (2018) 'Fundamentos de la actividad probatoria en el proceso civil español'. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid

12.1.2. Legislación

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

12.1.3 Jurisprudencia

STC, Pleno, núm. 97/2019, de 16 de julio de 2019.

STC, Sala Primera, núm. 1/2004 de 14 de enero de 2004. FJ 2º

STC, Sala Segunda, núm. 37/2000, de 14 de febrero de 2000.

STC, Sala Segunda, núm. 190/1997, de 10 de noviembre de 1997.

STC, Sala Segunda, núm. 132/1995 de 11 de septiembre de 1995. FJ 2º

STC, Sala Segunda, núm. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114)

STS, Sala de lo Penal, núm. 116/2017 de 23 de febrero de 2017

STS, Sala de lo Civil, núm. 198/2010, de 5 de abril de 2010.

STS, Sala de lo Civil, núm. 386/2007 de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1760)

SAP Cáceres, Sección 1ª, núm. 362/2012, de 11 de julio de 2012.

SAP de Cáceres de 25 de enero de 2012.

12.2 ÍNDICE DE RECURSOS WEB EMPLEADOS

Iberley, 'El reconocimiento judicial como forma de prueba en el proceso civil' [en línea] disponible en <<https://www.iberley.es/temas/reconocimiento-judicial-forma-prueba-proceso-civil-52031>>

Iberley, 'Regulación del dictamen pericial dentro del proceso civil' [en línea] disponible en <<https://www.iberley.es/temas/regulacion-prueba-pericial-proceso-civil-57011#:~:text=Regulaci%C3%B3n%20del%20dictamen%20pericial%20dentro%20del%20proceso%20civil&text=La%20prueba%20pericial%20en%20el%20procedimiento%20civil%20aparece%20regulada%20en,peritos%20designados%20por%20el%20tribunal.>>>

Wolters Kluwer, 'El concepto de prueba ilícita' [en línea] disponible <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUxDC2MztbLUouLM_DxbIwNDY0MjQ0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAeIMOVzUAAAA=WKE>