



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Estudio jurisprudencial de la prueba ilícita en el proceso civil

Presentado por:

Carlota Pilar Carranza Burgueño

Tutelado por:

M.^a Begoña Vidal Fernández
M.^a Ángeles Gallego Mañueco

Valladolid, 1 de julio de 2021

RESUMEN: En este trabajo se procede a analizar desde un punto de vista eminentemente jurisprudencial la prueba ilícita en el proceso civil, entendida como aquella que se obtiene a través de la vulneración de derechos fundamentales y que no puede ser admitida por el juez en el proceso. Su concepto dependerá de la perspectiva doctrinal que se siga y es importante no confundirlo con otros términos como la prueba irregular y la prohibida. El Derecho español regula el derecho a la prueba en la Constitución española y la prueba ilícita en la LEC y en la LOPJ que declaran que no podrá surtir efectos. Respecto al modo de su exclusión en el proceso civil, la LEC regula en la primera instancia un incidente de ilicitud probatoria en el que se distingue un periodo de alegaciones, debate, resolución del incidente y recurso. Después podrá acudir a la apelación y como última instancia a ciertos recursos e incidentes extraordinarios. El trabajo se cierra con una alusión a supuestos específicos de prueba ilícita: intervención de las comunicaciones, grabaciones de conversaciones, entrada y registro en domicilio, prueba biológica, prueba audiovisual e informes de detectives.

ABSTRACT: This work proceeds to analyze from an eminently jurisprudential point of view the illegal evidence in the civil process, it is understood as that obtained through the violation of fundamental rights and that cannot be admitted by the judge in the process. Its concept will depend on the doctrinal perspective that is followed and it is important not to confuse it with other terms such as irregular and prohibited evidence. Spanish law regulates the right to evidence in the Spanish Constitution and illegal evidence in the LEC and the LOPJ, which establishes that illegal evidence may not take effect. Regarding its processing in the civil process, the LEC regulates in the first instance an incident of evidentiary illegality in which a period of allegations, debate, resolution of the incident and appeal is distinguished. Afterwards, an appeal may be made and, as a last resort, certain appeals and extraordinary incidents. The work closes with an allusion to specific cases of illegal evidence: interception of communications, recordings of conversations, entry and registration at home, biological evidence, audiovisual evidence and detective reports.

PALABRAS CLAVES: derechos fundamentales, interés público, prueba ilícita, *exclusionary rule*, medios de prueba, incidente ilicitud probatoria, efecto reflejo, efecto psicológico, intervención de las comunicaciones, grabaciones de conversaciones, entrada y registro en domicilio, prueba biológica y prueba audiovisual.

KEY WORDS: fundamental rights, public interest, illegal evidence, *exclusionary rule*, means of proof, incident of evidentiary illegality, reflex effect, psychological effect, Intervention of communications, recordings of conversations, entry and registration at home, biological test and audiovisual test.

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN	5
2.LA PRUEBA EN GENERAL	6
2.1. Concepto	6
2.2. Objeto de la prueba.	7
2.3. Función de la prueba	11
2.4. Distinción entre las fuentes de prueba y los medios de prueba	12
2.5. Derecho a la prueba en la CE	12
2.5.1. <i>Contenido del derecho a la prueba</i>	13
2.5.2. <i>Características esenciales</i>	13
2.5.3. <i>Límites</i>	14
3.LA PRUEBA ÍLICITA EN EL PROCESO CIVIL	15
3.1. Concepto	15
3.1.1. <i>Concepción amplia</i>	15
3.1.2. <i>Concepción restringida</i>	16
3.1.3. <i>Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita (exclusionary rule)</i>	16
3.2. Diferenciación ente la prueba prohibida, la prueba irregular y la prueba ilícita	18
3.2.1. <i>Prueba ilícita y prueba prohibida</i>	18
3.2.1.1. <i>Doctrina</i>	18
3.2.1.2. <i>Jurisprudencia</i>	19
3.2.1. <i>Prueba irregular</i>	19
3.3. Clases de prueba ilícita	20
3.4. Regulación de la prueba ilícita en el Derecho español	21
3.5. Postura del TC respecto a la prueba ilícita	22
3.6. Postura del TEDH respecto a la prueba ilícita	23
4.TRATAMIENTO EN EL PROCESO CIVIL DE LA PRUEBA ILICITA	24

4.1. Primera instancia	24
4.1.1. <i>El incidente de ilicitud probatoria (art 287 de la LEC)</i>	24
4.1.1.1. A instancia de parte y de oficio	25
4.1.1.2. Las alegaciones.....	26
4.1.1.3. El debate.....	27
4.1.1.4 Resolución del incidente	29
4.1.1.5 Recursos.....	29
4.2. Apelación	30
4.3. Tutela judicial extraordinaria	31
4.3.1. <i>Recurso de casación</i>	32
4.3.2. <i>Recurso extraordinario por infracción procesal</i>	32
4.3.3. <i>Incidente excepcional de nulidad de actuaciones</i>	34
5.CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA PRUEBA ÍLICITA EN EL PROCESO CIVL	35
5.1. Ineficacia de la prueba ilícita	35
5.2. Teoría del efecto reflejo o de los frutos del árbol envenenado	35
5.3. Efecto psicológico de la prueba ilícita	36
6. SUPUESTOS ESPECIFICOS	37
6.1. Intervención de las comunicaciones y presentación de grabaciones de conversaciones	37
6.2 Entrada y registro en domicilio	40
6.3. Prueba biológica	41
6.4. Prueba audiovisual	43
6.5. Informes de detectives	44
7.CONCLUSIONES	46
8. BIBLIOGRAFÍA	50
9.JURISPRUDENCIA	51

1.INTRODUCCIÓN

La búsqueda de la verdad dentro del proceso debe tomarse muy en serio, debe basarse en la realidad fáctica, es decir, en cómo ocurrieron realmente los hechos. Dichos hechos se valorarán en el juicio, donde las partes buscarán principalmente convencer al Juez de su veracidad. En este trabajo nos vamos a centrar en analizar la actividad procesal dedicada a convencer al Juez de la verdad de esos hechos: la actividad probatoria, es una de las materias más complejas dentro del campo procesal.

El derecho a la prueba es uno de los derechos fundamentales recogidos y protegidos por la Constitución española en su art 24.2, en el cual se recoge que *“asimismo, todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”*, es decir, todos tenemos derecho a emplear los medios de prueba necesarios para demostrar la certeza de los hechos alegados. Este derecho, por tanto, está muy relacionado con el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, recogidos en el mismo art 24. 2 de la CE.¹

Por consiguiente, existe un interés público en que en los procesos se alcance la verdad, pero a su vez, se exigirá que se respeten en dichos procesos los derechos fundamentales, surgiendo así un conflicto: ¿Qué prima más en estos casos el interés público en encontrar la verdad o la protección de otros derechos fundamentales?

Para solucionar este conflicto, se establecerán una serie de límites constitucionales que regulen este derecho a la prueba y su aplicación, de manera que no podrá considerarse que tiene un carácter absoluto, ya que estará limitado, por ejemplo, por el respeto a otros derechos fundamentales.

Este derecho a la prueba puede ejercitarse en todos los órdenes jurisdiccionales, pero en este trabajo nos vamos a centrar en analizar la prueba en el ámbito civil cuya regulación está recopilada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), concretando más, se centrará principalmente en el estudio de la prueba ilícita en el proceso civil. Hay que destacar que el estudio y tratamiento de la prueba ilícita tiene su origen en el ámbito penal y que muchos de sus conceptos y categorías se han trasladado al ámbito civil.

¹ CE, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 24.2: *“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.”*

Para realizar este análisis de la prueba ilícita en el proceso civil se dividirá el trabajo en cuatro partes y cada una de ellas desarrollará un estudio teórico y doctrinal y sobre todo jurisprudencial, introduciendo en todas ellas ejemplos de sentencias que permitan ilustrar las ideas planteadas:

En la primera parte del trabajo se introduce el concepto de la prueba en general, necesario para comprender las siguientes tres partes ya más centradas en la prueba ilícita en el proceso civil. Se estudiarán las distintas concepciones sobre la prueba, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española, cuál es su función y objeto y el derecho a la prueba recogido en la CE, destacando sus límites.

En la segunda parte se entrará a explicar la prueba ilícita en el proceso civil, analizando su concepto desde un punto de vista amplio y restringido. A continuación, se hará referencia a la influencia del ámbito penal de la que hemos hablado anteriormente a través de la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) y se introducirá el conflicto terminológico tan discutido en la doctrina española sobre el uso de los términos prueba ilícita, prueba prohibida y prueba irregular. También se hablará de las clases de pruebas ilícitas que existen, su regulación en el derecho español y las posturas del TC y TEDH sobre la prueba ilícita.

La tercera parte se centrará en el tratamiento de la prueba ilícita en el proceso civil, siguiendo el *iter* procesal de primera instancia, apelación y tutela judicial extraordinaria y se hará referencia a los recursos e incidentes que se podrán plantear ante la ilicitud probatoria civil.

En la cuarta y última parte se explicarán las tres principales consecuencias de la prueba ilícita en el proceso civil, entre ellas su ineficacia. Después, se analizará una serie de supuestos específicos de ilicitud probatoria en el proceso civil y su tratamiento judicial y finalmente, se cerrará el trabajo con una serie de conclusiones tras el análisis de todos los puntos anteriores.

2.LA PRUEBA EN GENERAL

2.1. Concepto

Para entender el concepto de prueba (regulada en el Capítulo V, libro II, de la LEC) es importante aclarar que con este término no nos referimos únicamente a la actividad probatoria, sino también al resultado de dicha actividad y al medio por el cual se consigue ese resultado.

Una vez hecha esa aclaración, podemos definir la prueba desde un punto de vista técnico-jurídico como: *“actividad de las partes encaminadas a convencer al Juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”*.²

De este concepto se deducen dos características esenciales de la prueba:

En primer lugar, que la actividad probatoria no busca únicamente demostrar que las afirmaciones planteadas en el proceso se produjeron tal y como han sido alegadas por las partes, es decir, no busca solo una verdad material sino también un resultado formal: convencer al Juez buscando la coincidencia entre los hechos probados y los realmente ocurridos. Así lo establece el TC en su sentencia 33/2000, de 14 de febrero: *“las auténticas pruebas son las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador, para conseguir así, en su caso, la convicción de este sobre los hechos enjuiciados mediante el contacto directo con los elementos utilizados”*.

En segundo lugar, que la prueba es una *“actividad procesal de parte”*³, ya que será a las partes a las que les corresponderá introducir unos hechos determinados en el proceso y posteriormente acreditarlos a través del uso del medio de prueba adecuado y previsto legalmente. Sin embargo, existen una serie de excepciones: la prueba acordada de oficio por el propio órgano judicial o las pruebas practicadas antes del proceso (aunque estas segundas también serán interesadas por el interesado en el ulterior proceso). Así viene establecido en el art 282 de la LEC: *“Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”*.

Hay que destacar que para tener una concepción completa de la prueba es importante hacer también una referencia a su naturaleza. Como hemos dicho anteriormente la prueba es una actividad fundamentalmente de las partes, se desarrolla en el proceso y va dirigida a obtener la convicción del Juez, en definitiva, se trata de una actividad de naturaleza eminentemente procesal.

2.2. Objeto de la prueba.

² ALMAGRO NOSETE, José. GIMENO SENDRA, Vicente. CORTES DOMINGUEZ, Valentín. MORENO CATENA, Víctor. *Parte general proceso civil 1*. Tomo I (Vol.I). 5º edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, pp. 403.

³ Ibidem.

El objeto de la prueba se encuentra regulado en el art 281.1 de la LEC, según el cual “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”, y añade en su apartado nº2 que también serán objeto de prueba: la costumbre, salvo cuando las partes estén conformes en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público y el Derecho Extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia. Este último, también es reconocido como objeto de prueba en el art 12.6 del CC “*Los Tribunales y las autoridades aplicaran de oficio la norma de conflicto de derecho español. La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la ley española. Sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando a los efectos las providencias oportunas*”⁴.

Sin embargo, el Derecho nacional no debe ser probado de acuerdo con el principio *iura novit curia*.⁵ Este principio permite, incluso, que el Tribunal resuelva aplicando normas que no han sido alegadas por los litigantes (Art. 218.1, párr. segundo LEC⁶).

Pero si hablamos del objeto típico de la prueba, entonces tenemos que hacer referencia a los hechos o alegaciones fácticas.

Las alegaciones fácticas o hechos podemos definirlos como los acontecimientos que han tenido lugar en la realidad y que poseen existencia por sí mismos. Pero no todos los hechos han de ser objeto de prueba, pues algunos de ellos no necesitarán ser probados. En consecuencia, podemos distinguir entre:

1. Hechos necesitados de prueba:

Los hechos controvertidos: aquellos hechos en los que las partes no están de acuerdo y que constituyen el *thema probandi*⁷ y *thema decidendi*.⁸ Son una consecuencia del principio de contradicción, uno de los más importantes

⁴ Idem, pp. 409.

⁵ El tribunal conoce el derecho

⁶ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 218.1, párr. segundo: “*El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*”

⁷ Objeto o tema de la prueba

⁸ Objeto del proceso o cuestión litigiosa

principios del proceso civil. Y en este sentido, tanto los arts. 428.1⁹, para el juicio ordinario, como el 443.3¹⁰, para el juicio verbal, ambos de la LEC exigen que las partes, en la audiencia previa para el primer caso y en la vista para el segundo, fijen los hechos sobre los que exista contradicción, puesto que será sobre éstos sobre los que se han de proponer las pruebas.

2. Hechos no necesitados de prueba:

a) Hechos admitidos: aquellos alegados por una de las partes y que son aceptados por la parte contraria, por tanto, no podrán ser considerados como objeto de prueba. De acuerdo con el principio dispositivo estos hechos deberán ser tenidos en cuenta por el Juez a la hora de dictar sentencia sin posibilidad de modificarlos, “salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes” (Art. 281.3 LEC). La aceptación de estos hechos podrá ser expresa o implícita. La primera, cuando una de las partes reconozca los hechos alegados por la otra parte y la segunda, cuando las actuaciones defensivas de una de las partes presupongan la aceptación de lo alegado por la otra. También cabe la posibilidad de que una de las partes guarde silencio, responda evasivamente o con negativas genéricas, en estos casos también se presume la admisión de los hechos a los que se refiere la otra parte.

b) Hechos imposibles: aquellos hechos que carecen de la capacidad para acontecer en el mundo real. Este tipo de hechos no pueden producirse y, por tanto, su prueba carece de sentido y es inútil. Dentro de esta imposibilidad de los hechos se puede distinguir dos tipos: la imposibilidad física, que será “la carencia absoluta de posibilidad que acontezca el hecho, como, por ejemplo, que un

⁹ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 428.1: “En su caso, la audiencia continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes”

¹⁰ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 443.3: “Si no se hubieran suscitado las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, formuladas, se resolviese por el tribunal la continuación del acto, se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. Si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas”

padre sea más joven que su hijo”¹¹ y la imposibilidad metafísica, concepto influido por el lugar, tiempo, avance científico u otro factor en el que la imposibilidad de que suceda no es absoluta, pero si muy difícil.

- c) Hechos notorios: definidos por Prieto Castro como “*aquellos que, por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social son conocidos o tenidos como ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media*”¹². Con esta definición Prieto Castro no se refiere a los hechos que pueda conocer el Juez privadamente, sino a los hechos de reconocimiento general o de cultura común a todos los hombres y que, por tanto, no necesitan ser probados.

Por otro lado, la doctrina del TS en su sentencia 24/2016, de 3 de febrero indicó que “*La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general", para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta", expresando a continuación que "tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad"* . En esta misma sentencia, se añadió que la generalidad y notoriedad de los hechos está sometida a dos límites: el límite temporal y el límite espacial. El tribunal que los conozca debe tener la convicción de que el conocimiento es compartido y generalizado en el momento y ámbito espacial en que tiene lugar la controversia.

Es importante de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 486/3013, de 22 de octubre, no confundir la notoriedad absoluta y general que acabamos de explicar, regulada en el art 281.4 de la LEC, con la facilidad de acceso a información. Que en la actualidad sea sencillo acceder

¹¹ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Sobre la función y objeto de la prueba”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Núm. 55, 2002, pág. 333.

¹² Idem, pág. 334.

a información como, por ejemplo, a través de internet, no significa que esa información deba considerarse notoria y generalizada.

Finalmente, hay que aclarar que las facultades de revisión que tienen los órganos de apelación se extenderán también a los hechos que han sido reputados como ciertos o notorios por el Juez de instancia, así lo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 291/2017, de 14 de junio.

2.3. Función de la prueba

Las distintas posturas sobre la función de la prueba que se pueden observar en la doctrina pueden agruparse en las tres siguientes concepciones:

1) Fijar hechos

Fijar los hechos controvertidos con la mayor seguridad posible y de acuerdo con unas reglas jurídicas de valoración de la prueba, aunque ello no conduzca siempre a descubrir la verdad.

2) Convencer al Juez

La función principal de la prueba no es obtener la realidad objetiva de unos hechos, sino la de conseguir la convicción psicológica del Juez sobre la realidad de los mismos. En este sentido el art. 209.2 LEC exige que las sentencias recojan en el apartado de los antecedentes de hecho la referencia “a las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso” y el art. 218.2 y 3 LEC requieren que el Juez exprese esa convicción, al disponer que las sentencias deben redactarse de forma motivada “*expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas ... ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón*”.

3) La Certeza

No se trata tanto de conseguir la completa convicción psicológica del juez, sino solo una mera certeza, entendiendo por certeza aquello que es altamente probable, pues la certeza absoluta solo puede producirse en el campo de las ciencias.

2.4. Distinción entre las fuentes de prueba y los medios de prueba

Las fuentes de prueba son elementos que existen previamente e independientemente al proceso, se trata de un concepto extrajurídico y sirve para crear convicción respecto a hechos. En cambio, los medios de prueba solo pueden existir dentro de un proceso y son las actividades jurídico-procesales a través de las cuales se introducen dentro de él las fuentes de prueba necesarias para fijar determinados hechos como ciertos y convencer así al Juez de la certeza positiva o negativa de estos. Por ejemplo: en la prueba testifical el conocimiento del testigo sería la fuente de prueba: existe independientemente de que se inicie un proceso o no. La declaración testifical practicada en el proceso por una de las partes es el medio de prueba.

En el proceso civil los medios de prueba están recogidos en una lista “*numerus apertus*”¹³ en el art 299 de la LEC, es decir, el legislador prevé la apertura de los medios de prueba a “*cualquier otro medio no expresamente previsto del que pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes*”¹⁴ y no solo de los recogidos en el art 299 de la LEC.

2.5. Derecho a la prueba en la CE

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes forma parte del contenido del derecho de defensa o del derecho a un proceso con todas las garantías y la actividad probatoria se articula bajo el respeto de los principios procesales como el igualdad, legalidad y contradicción.

¹³ Lista abierta

¹⁴ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 299: “*Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados.*

4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos.

También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los 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. +

Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.”

Las pruebas solicitadas por las partes, siempre que cumplan los requisitos necesarios indicados en el art 281 LEC, deberán ser admitidas y practicadas, de lo contrario supondría la vulneración del art 24.2 de la Constitución Española. El TC en su sentencia 173/2000, de 26 de junio estableció que *“el art. 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso que “garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento”*.

2.5.1. Contenido del derecho a la prueba

La doctrina del TC establece como contenido esencial del derecho fundamental a la prueba el poder que faculta a las partes del proceso a practicar la actividad probatoria necesaria para convencer al órgano judicial de la existencia o inexistencia de unos hechos relevantes en la decisión sobre el conflicto.¹⁵

2.5.2. Características esenciales

- 1) Es un derecho de configuración constitucional, es decir, que el legislador participa activamente en la delimitación de su contenido protegido constitucionalmente a través del establecimiento de las normas reguladoras de la prueba.¹⁶
- 2) Es un derecho que carece de carácter absoluto, por consiguiente, los órganos judiciales no admitirán todas las pruebas planteadas por las partes, solo admitirá las pertinentes y útiles.¹⁷
- 3) Es un derecho que exige a los órganos judiciales, al inadmitir las pruebas propuestas, hacerlo de forma motivada y razonada, evitando la arbitrariedad.¹⁸

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2004, de 14 de enero de 2004.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2013, de 9 de septiembre de 2013.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2004, de 14 de enero de 2004.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 de abril de 2002.

2.5.3. Límites

Aunque el derecho a la prueba se encuentra recogido en el capítulo relativo a los derechos fundamentales de la CE (art 24.2 de la CE), como hemos visto en el anterior apartado, el TC dice que es un derecho que no tiene carácter absoluto y que, por tanto, está sometido a una serie de límites todos ellos recogidos en la LEC (art 283¹⁹) y confirmados por el propio TC:

- 1) Pertinencia de la prueba: es definida por el TC como *“la relación entre los hechos que se pretenden probar y el thema decidendi”*²⁰, es decir, la prueba vinculada al objeto del proceso. Su revisión le corresponderá al Juez de primera instancia y supletoriamente, en caso de impugnación de la sentencia, al órgano jurisdiccional superior (art 283.1 de la LEC).
- 2) Utilidad de la prueba: debe esclarecer los hechos controvertidos, es decir, aquellos en los que las partes no están de acuerdo (art 283.2 de la LEC). La Sentencia de la AP de A Coruña 7/2015, de 16 de enero, establece que para que una prueba sea declarada inútil es necesario que el Juez actúe en base a criterios razonables e indiscutibles, basados en fundamentos lógicos y máximas de experiencia que refuercen que la prueba en cuestión no puede ayudar a esclarecer los hechos controvertidos.
- 3) La innecesidad de la prueba: no nos referimos aquí a la prueba innecesaria por versar sobre hechos notorios, admitidos de contrario o imposibles, sino a la prueba innecesaria por redundante que es aquella *“prueba que siendo útil por sí sola, parece perder sentido cuando la certeza o incerteza del hecho al que se refiere se induce del resto de la prueba propuesta en autos o aquellas pruebas que, se presume no habrán de concurrir en la formación de la convicción del juzgador.”*²¹

¹⁹ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 283: *“No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.*

2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.”

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2008, de 31 de enero de 2008.

²¹ LEÓN LEÓN REINA, Juan. *La prueba en el proceso civil. La prueba documental*. Colección: Cuadernos Digitales de Formación, N° volumen 2 , 2021, CGPJ.

- 4) La prueba ilícita: las actividades probatorias consideradas ilícitas por el ordenamiento jurídico nunca serán admitidas como pruebas en el procedimiento judicial (art 283.3 de la LEC, art 11.1 de la LOPJ y art 287 de la LEC).
- 5) Respeto a otros derechos fundamentales: el principal límite de un derecho fundamental como el de la prueba es el respeto del resto de derechos fundamentales.

3.LA PRUEBA ÍLICITA EN EL PROCESO CIVIL

3.1. Concepto

La prueba ilícita se puede definir como aquella que se obtiene mediante la vulneración de derechos fundamentales y que, por consiguiente, no podrá ser admitida en un proceso.²²

Por tanto, la base para declarar la ilicitud de la prueba está en la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, pero hay que aclarar que no existe un derecho constitucional de desestimación de la prueba ilícita, siempre habrá que tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad para encontrar el equilibrio entre la verdad y la protección de derechos fundamentales.²³

El concepto de prueba ilícita es muy complejo y ha sido debatido por la doctrina. Encontramos dos posturas distintas:

3.1.1. *Concepción amplia*

Este sector doctrinal defiende que la ilicitud de la prueba no solo se produce como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, sino también con la violación de cualquier tipo de normas jurídicas (tanto constitucionales como ordinarias) incluso de principios generales, es decir, una concepción

²² Sentencia del Tribunal Supremo 278/2011, de 28 de abril de 2011.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre de 1984. Establece que “Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.”

amplia de la ilicitud de la prueba como una infracción del ordenamiento jurídico. En esta concepción destacan autores como Montón Redondo o Denti.

3.1.2. *Concepción restringida*

Este sector de la doctrina en contraposición con la postura amplia establece que serán consideradas pruebas ilícitas exclusivamente las que sean obtenidas mediante vulneración de un derecho fundamental. Es esta postura por la que se decanta la mayoría de la doctrina, entre quienes podemos destacar autores como Pico i Junoy²⁴ o Asencio Mellado.²⁵

3.1.3. *Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita (exclusionary rule)*

La *exclusionary rule* es una regla cuyo origen se encuentra en el proceso penal norteamericano, que previene el empleo de evidencias o pruebas obtenidas a través de la violación de los derechos fundamentales constitucionales en el proceso judicial.

Para entender el fundamento de esta regla debemos analizar dos modelos teóricos:

1) Modelo norteamericano:

Este modelo propio del proceso penal norteamericano se caracteriza por la desconstitucionalización de esta regla de la exclusión. El origen de esta regla fue la defensa de los derechos recogidos en la IV y V enmienda de la Constitución de EEUU relativos a la prohibición de detenciones y registros arbitrarios sin causa que los justifique. Sin embargo, esta teoría evolucionó hasta establecer que su verdadero fundamento era la disuasión de actividades ilícitas por parte de los policías en los procesos de obtención de pruebas. Se trata, por tanto, de una razón pragmática (evitar conductas policiales ilícitas) y no tanto de protección de los derechos constitucionales, una solución de creación judicial que se aplica si no pueden

²⁴ Citado por CASANOVA MARTÍ, Roser. *La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate*. Universitat Rovira i Vigili: Bosch Editor, 2016. Para Pico i Junoy “la prueba ilícita es “aquella cuya fuente probatoria esta contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”

²⁵ Citado por CASANOVA MARTÍ, Roser. *La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate*. Universitat Rovira i Vigili: Bosch Editor, 2016. Asencio Mellado entiende que “la prueba ilícita se refleja en una prohibición de utilización en el proceso tanto de determinados datos de imposible captación y manejo por su contenido o por el sujeto que posee, cuando de una idéntica prohibición de uso de ciertas fuentes de prueba cuando las mismas han sido obtenidas con infracción de derechos fundamentales”

utilizarse otras alternativas más eficaces en la disuasión como por ejemplo las sanciones disciplinarias o penales.

2) Modelo europeo continental:

Este modelo reconoce, a diferencia del norteamericano, un origen ético y constitucional de la regla de exclusión y resulta de aplicación tanto en el proceso civil como en el proceso penal, pues la regla va dirigida no solo a los cuerpos judiciales sino también a los particulares y al propio Juez. A este modelo se adscribe el Derecho español. En el Derecho español el fundamento de la regla de exclusión es la *“garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).”*²⁶

En este sentido la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que el TC estableció que: *“deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental.”*

Pero no faltan autores²⁷ que defienden que la jurisprudencia española se ha ido desmarcando de este modelo y aproximándose al modelo norteamericano. Dichos autores citan en apoyo de esta tesis la STC 49/1999, de 5 de abril, que pese a ratificar la doctrina tradicional sobre la prevalencia de la posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolables, contenida en la sentencia ya citada *ut supra* STC 114/1984, de 29 de noviembre, introduce el matiz novedoso de que no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales la consecuencia procesal será la prohibición de su admisión y valoración, pues ello dependerá de la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental, o de la propia entidad objetiva de dicha vulneración. De

²⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista catalana de seguretat pública*. Mayo 2010, pp. 6.

²⁷ *Idem*, pp. 137.

ello se deduce que la regla de exclusión (*exclusionary rule*) deja de tener un carácter absoluto.

3.2. Diferenciación ente la prueba prohibida, la prueba irregular y la prueba ilícita

Un tema complejo en la prueba ilícita es la falta de uniformidad en la terminología que se viene utilizando por la jurisprudencia y la doctrina. Frecuentemente se usan términos como prueba prohibida, prueba irregular o prueba ilícita.

3.2.1. Prueba ilícita y prueba prohibida

3.2.1.1. Doctrina

En la doctrina encontramos distintas posturas:

- 1) Un primer sector de la doctrina apoya un uso exclusivo de uno o de otro término, es decir, aquí los autores emplean únicamente uno de los términos para hacer referencia a las pruebas obtenidas mediante la vulneración únicamente de derechos fundamentales, dando un trato distinto a la infracción de normas infra constitucionales. En este sector destacamos a López Barja de Quiroga que se decanta por el uso exclusivo del término prueba prohibida porque lo considera el más genérico.²⁸
- 2) Un segundo sector de la doctrina opta por utilizar como sinónimos ambas expresiones, sin que sean excluyentes. Ambas se refieren a las pruebas que lesionan en su obtención derechos fundamentales. En este caso, hay que destacar a Medina Capero.²⁹
- 3) Existe un tercer sector de la doctrina que prefiere usar exclusivamente el termino prueba ilícita, bien en sentido amplio (prueba que se obtenga con vulneración de una ley ordinaria o constitucional), bien en sentido estricto (prueba que se

²⁸ GINER ALEGRÍA, César Augusto. *Prueba prohibida y Prueba ilícita*. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 26 ,2008. pp. 579.

²⁹ MADRID BOQUÍN, Christa María. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020. pp. 47. (píe de página 39).

obtenga exclusivamente con vulneración de derechos fundamentales). En esta postura debemos destacar a Pico i Junoy.³⁰

- 4) Un cuarto bloque de la doctrina aboga por una concepción totalmente distinta de la prueba ilícita y la prueba prohibida. Mientras que la primera hace referencia a la infracción de garantías procesales legales, la segunda hace referencia a la infracción de derechos fundamentales. En verdad esta postura plantearía una diferenciación entre prueba ilícita o prohibida e irregular que explicaremos posteriormente. En esta concepción debemos destacar a Gimeno Sendra.³¹
- 5) El quinto y último sector de la doctrina opta por utilizar otros términos como “prueba obtenida con violación de derechos fundamentales” para evitar la problemática terminológica planteada.

3.2.1.2. Jurisprudencia

En la jurisprudencia la STC 114/1984, de 29 de noviembre, fue la primera sentencia en incorporar la prueba ilícita como figura procesal, para ello utilizó términos como “prueba ilícitamente obtenida” o “prueba obtenida violentando los derechos o libertades fundamentales”. En cambio, posteriormente, las sentencias STC 128 y 129/1993, de 19 de abril, se decantaron por utilizar el término de prueba prohibida.

Hoy en día, entendemos que ambos términos son correctos y podemos utilizar indistintamente ambas expresiones como sinónimos para referirnos específicamente a las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales.

3.2.1. Prueba irregular

Por otro lado, para referirnos a aquellas pruebas que infringen las normas con rango de ley, debemos hablar no de prueba ilícita o prohibida, sino de prueba irregular. En estos casos la

³⁰ Idem, pp. 47. (píe de página 40).

³¹ Citado por GINER ALEGRÍA, César Augusto. *Prueba prohibida y Prueba ilícita*. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 26 ,2008. pp. 579: “Gimeno Sendra distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Para este autor mientras que la primera es la que infringe cualquier ley (no sólo la Fundamental sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge, con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales”

prueba irregular no será inadmitida y excluida del proceso como la ilícita, sino que se le impondrá la correspondiente sanción de acuerdo a la norma que haya infringido.

Respecto a la prueba irregular, como hemos dicho anteriormente, debemos hacer referencia no a las pruebas que vulneran los derechos fundamentales protegidos en la constitución española como sucede en la prueba ilícita, sino a aquellas pruebas que infringen normas con rango de ley. Las pruebas ilícitas o prohibidas solo se pueden producir en el momento en que se está adquiriendo una fuente de prueba, mientras que la prueba irregular puede surgir en cualquier momento del procedimiento de prueba. Por último, hay que destacar que la prueba irregular puede conllevar diversos efectos con estas posibles declaraciones del Tribunal:

- Subsanación de la prueba, recogida en el art 231 de la LEC³².
- Inadmisión de la prueba, recogida en el art 285 de la LEC.³³
- Declaración de nulidad de la prueba, recogida en el art 225 y 227 de la LEC³⁴.

3.3. Clases de prueba ilícita

³² LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 231: “El Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes”

³³ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 285: “El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. Contra la resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.”

³⁴ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 225: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1.º Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria. 5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Letrado de la Administración de Justicia. 6.º Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia. 7.º En los demás casos en que esta ley así lo establezca.”

LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 227: “La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.”

Para la clasificación de la prueba ilícita vamos a usar dos criterios que viene utilizando la doctrina: un criterio temporal y en criterio material.

a) Criterio temporal

De acuerdo con este criterio podemos distinguir dos tipos de prueba ilícita según el momento en el que se produce:

- La ilicitud extraprocesal: aquella que se produce durante la obtención de la fuente de prueba, es decir, fuera del proceso.
- La ilicitud intraprocesal: aquella que se produce en el momento de proposición, admisión o práctica de la prueba, es decir, dentro del propio proceso.

b) Criterio material

De acuerdo con este criterio podemos distinguir tres tipos de prueba ilícita en función de la causa que da lugar a la ilicitud de la prueba y a las que ya hemos hecho referencia anteriormente en el trabajo:

- La Prueba prohibida expresamente por la ley: actualmente son muy escasas
- La Prueba irregular: aquella prueba que se desarrolla sin ajustarse a los procedimientos previsto por la legalidad ordinaria.
- La Prueba obtenida infringiendo derechos fundamentales de personas.

3.4. Regulación de la prueba ilícita en el Derecho español

El primer artículo que debemos destacar en la regulación de la prueba ilícita en el Derecho español es el art 11.1 de la LOPJ, el cual establece que: *“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”*. Este artículo es el origen de la regulación de la prueba ilícita tras su incorporación como figura procesal como consecuencia de la doctrina del TC en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.

La regulación del art 11.1 de la LOPJ se debe completar con la legislación de carácter general de la LEC y con la legislación más específica de cada medio probatorio.

Centrándonos en la LEC, debemos destacar, en primer lugar, el art 283.3 de la LEC: *“Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”* y, en segundo lugar, el art 287 de la LEC (situado en el Capítulo V, Título I y Libro II) que establece que: *“1. Cuando alguna de las*

partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.”. Este artículo introduce lo que conocemos como “incidente de ilicitud probatoria”, procedimiento que debe iniciarse cuando se entiende que se ha producido durante la obtención de pruebas una vulneración de derechos fundamentales para evitar así que se tengan en cuenta en el proceso dichas pruebas.³⁵

Por último, hay que hacer referencia al art 24.2 de la CE: *“Asimismo, todos tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”*, ya que este precepto constitucional supone un límite al alcance de la prueba ilícita, acotándola únicamente a los supuestos en los que se produce una vulneración de derechos fundamentales, todo ello con el objetivo de que el derecho fundamental a la prueba sea lo más eficaz posible.

3.5. Postura del TC respecto a la prueba ilícita

De acuerdo con el art 41 de la LOTC el recurso de amparo constitucional se interpondrá contra las infracciones de derechos fundamentales cometidos por un poder público. Dicho precepto podría hacer pensar que no se puede recurrir en amparo cuando la vulneración del derecho fundamental en la obtención de prueba ha sido realizada por un particular como habitualmente ocurre en el proceso civil. Lo que sucede es que la prueba ilícita debe ser admitida o inadmitida por el Juez. Desde el momento en que Juez admite una prueba ilícita (o cuando es el propio juez el que, de oficio o a instancia de parte la admite o práctica) se abre paso al recurso de amparo por vulneración de un derecho fundamental.

El art 49. 1 de la LOTC especifica que *“El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.”*. A las exigencias de este precepto se añaden las establecidas por el art 44 de la LOTC:

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 278/2011, 28 de abril de 2011.

En primer lugar, que se agoten previamente todos los medios de impugnación legales, es decir, que se haya recurrido en reposición, apelación, extraordinario por infracción procesal e, incluso, que se haya planteado un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

En segundo lugar, que la vulneración del derecho fundamental pueda imputarse directamente a una acción u omisión del órgano judicial, sin tener en cuenta los hechos que originaron el proceso, los cuales el TC no entrará a conocer. Con este requisito el TC busca evitar que el recurso de amparo se vuelva una tercera instancia.

En tercer y último lugar, que se denuncie de manera inmediata en el proceso la vulneración de derechos constitucionales en caso de haberla. Aquí el TC en su STC 16/2011, de 28 de febrero, aclara que *“El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su nomen iuris, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, de reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo”*.

No solo será necesario atender a los requisitos de los art 44 y 49 de la LOTC, sino que será necesario también cumplir ciertas exigencias establecidas por la propia jurisprudencia del TC. En este sentido, encontramos, por ejemplo, la STC 133/2003, de 30 de junio, que establece que será necesario que la indefensión causada a la parte recurrente sea efectiva: *“no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa”*.

3.6. Postura del TEDH respecto a la prueba ilícita

El TEDH aborda en sentencias como la STEDH de 12 de julio de 1988 (Schenk c. Suiza) la cuestión de las pruebas ilícitas y su admisibilidad, desde la perspectiva del art 6.1 de la CEDH que establece que *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”*

En esa misma sentencia del TEDH se acogió una postura intermedia entre los que defienden la admisibilidad de pruebas que estamos calificando como ilícitas en sentido amplio y los que optan por su radical exclusión, basada principalmente en el estudio de las circunstancias individuales de cada caso concreto.

La admisibilidad o exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente no tiene una regulación en el CEDH, por tanto, deberá aplicarse el derecho interno de cada Estado, así lo indica el TEDH en el Caso Teixeira de Castro c. Portugal de 9 de junio de 1998: *“La Corte reitera que la admisibilidad de la prueba es principalmente una materia para la regulación por la ley nacional y, como regla general, serán los tribunales nacionales los que deban evaluar las pruebas que tienen ante sí. La tarea de la Corte bajo la Convención no es pronunciarse sobre si las declaraciones de los testigos fueron debidamente admitidas como prueba, sino más bien determinar si todo el proceso, incluida la forma en que se tomaron las pruebas, fueron justas.”*

Por tanto, el TEDH no se pronuncia sobre la admisión o inadmisión de las pruebas ilícitas, sino sobre si el procedimiento en su conjunto, incluyendo la obtención de la prueba, fue equitativo (art 6.1 de la CEDH). Para ello, el TEDH sigue un sistema de análisis basado en dos niveles:

El primer nivel, consiste en examinar si durante el proceso de obtención de las pruebas se vulneró alguno de los derechos recogidos en la CEDH como, por ejemplo, el derecho a la libertad y a la seguridad del art 5 o derecho al respeto a la vida privada y familiar del art 8.

En el segundo nivel, el TEDH establece si la admisión de las pruebas que se obtuvieron ilícitamente vulnerando los derechos de la CEDH (primer nivel), lesionan también el derecho a un proceso equitativo (art 6.1 de la CEDH).

En conclusión, para que la exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente tenga relevancia ante el TEDH, deben conllevar una violación de la CEDH en ambos niveles.

4. TRATAMIENTO EN EL PROCESO CIVIL DE LA PRUEBA ILÍCITA

4.1. Primera instancia

4.1.1. El incidente de ilicitud probatoria (art 287 de la LEC)

En España se carecía de una norma legal que regulará el proceso de ineficacia de las pruebas ilícitas. El art 11.1 de la LOPJ de 1985 únicamente sancionaba con la ineficacia las pruebas ilícitas, pero no establecía un procedimiento concreto para su declaración como tal. Como consecuencia, en la práctica se recurría a medios como los recursos de reposición o nulidad de actuaciones. Fue en el año 2000 con la nueva LEC cuando finalmente se estableció un procedimiento para regular la exclusión de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales: el incidente de ilicitud probatoria recogido en el art 287 de la LEC, según el cual:

“1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.”

4.1.1.1. A instancia de parte y de oficio

Si interpretamos literalmente el art 287 de la LEC podemos deducir que la regla general será que podrán tomar la iniciativa para plantear un incidente de ilicitud probatoria quienes formen parte del proceso, siendo crucial que dicha ilicitud se alegue inmediatamente. Además, nos encontramos en un proceso civil donde la obtención de las fuentes de prueba se desarrollará de manera privada y extraprocesalmente, de manera que las partes tendrán más facilidades para conocer si se ha producido una vulneración de derechos de aquellas personas a las que pudiera afectar en sus derechos fundamentales pero que no sean parte.

Por tanto, los terceros no litigantes cuyos derechos fundamentales sean vulnerados por la prueba ilícita no podrán presentar el incidente de ilicitud probatoria, deberán iniciar un proceso independiente. Solo excepcionalmente, en aquellos casos en el que el tercero tiene un interés legítimo en el proceso podrá intervenir como coadyuvante e impugnar la prueba ilícita, así lo establece el art 13.1 de la 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”*.

Sin embargo, hay que destacar que el propio art 287.1 de la LEC en su párrafo segundo indica que los incidentes de ilicitud probatoria también puedan ser planteados de oficio por el órgano jurisdiccional que conoce el proceso. Así lo reafirma el Tribunal Supremo en su sentencia 43/2013, de 6 de febrero, en la que establece que *“si el Juez, sin instancia de parte albergase alguna incertidumbre acerca de si alguna prueba puede tener o no está calidad, debe promover de oficio la cuestión oportuna, formal y tempestivamente”*.

4.1.1.2. Las alegaciones

De acuerdo con el art 287 de la LEC se debe presentar a instancia de parte una alegación de ilicitud probatoria o plantearse de oficio, manifestando cómo en la obtención de las pruebas se ha producido una vulneración de un derecho fundamental. Pero la cuestión que se suscita aquí es: ¿En qué momento procesal debe plantearse ese incidente de ilicitud?

Un indicio que nos permite saber en qué momento debe presentarse es la expresión de “prueba admitida” utilizada en el art 287. 1 de la LEC, ya que hace referencia a que se está poniendo en cuestión un medio de prueba que ya ha sido propuesto por la parte contraria y admitido por el órgano jurisdiccional.

Por tanto, el incidente de ilicitud podrá presentarse antes de que se pongan en práctica los medios de prueba (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 476/2006, de 20 de noviembre³⁶), es decir, que las partes o el propio Juez podrán plantear este incidente tras la admisión de la prueba, ya sea en la audiencia previa del juicio ordinario o al inicio del juicio como establece el art 433.1 de la LEC³⁷ (este precepto se aplica tanto al juicio ordinario como al juicio verbal, pues a él se remite el art 445 de la LEC al hablar de la prueba en el juicio verbal). En función del momento en que se plantee la ilicitud se seguirá un procedimiento u otro:

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 476/2006, de 20 de noviembre de 2006. Establece *“el designio del Art. 287 es que la cuestión haya quedado resuelta antes de comenzar a practicar las pruebas en el acto del juicio”*

³⁷ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 433.1: *“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”

- 1) Si la alegación se realiza oralmente en la audiencia o al inicio del juicio oral o vista, no será necesario dar traslado por escrito a las partes gracias a la oralidad de las actuaciones.
- 2) En cambio, si la alegación de ilicitud se presenta por escrito posteriormente a que se haya celebrado la audiencia previa o en el tiempo que media entre ésta y la celebración del juicio ordinario, entonces sí que será necesario dar traslado a las partes por escrito.
- 3) En la contestación a la demanda se puede anticipar también, respecto a los documentos, grabaciones o informes periciales que acompañan a la demanda, esa posible ilicitud (Art. 405 LEC).

4.1.1.3. El debate

El art 287.1 de la LEC establece que las partes podrán proponer las pruebas que consideren oportunas para acreditar o desvirtuar las alegaciones de ilicitud probatoria a través de un debate contradictorio. La carga de la prueba le corresponderá a la persona que haya formulado la alegación de ilicitud, así lo establece la doctrina del TS en su sentencia 278/2011, de 28 de abril: *“la carga de acreditar la ilicitud de las pruebas corresponde a quien la sostiene, a quien la ley obliga a ponerlo de manifiesto inmediateamente después de su admisión”*.

Las pruebas que propongan las partes serán evaluadas previamente por el Juez para comprobar la pertinencia y utilidad de la prueba y si cumplen los criterios de admisión exigidos. Antes de admitir o inadmitir el Juez permitirá a las partes que se defiendan con un periodo de alegaciones (art 185.2 de la LEC)³⁸ Si las pruebas son admitidas por el Juez podrán ponerse en práctica y en todo caso cabrá siempre recurso de reposición.

Es importante distinguir en esta fase de debate entre el juicio ordinario y el verbal (art 287.1, párr. 2 de la LEC)³⁹:

³⁸ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 185.2: *“Seguidamente, informarán, por su orden, el actor y el demandado o el recurrente y el recurrido, por medio de sus abogados, o las partes mismas, cuando la ley lo permita.”*

³⁹ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 287.1, párr 2: *“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.”*

- En el juicio ordinario, será en el acto del juicio donde se lleve a cabo el debate entre las partes y se practiquen los medios de prueba propuestos (solo los considerados como útiles y pertinentes por el Tribunal), cuando las propias partes o el Tribunal de oficio haya planteado una cuestión sobre la licitud de un determinado medio o fuente de prueba, siempre que no se haya resuelto con anterioridad en la audiencia previa (art 429 de la LEC). El Tribunal deberá resolver oralmente esta cuestión y podrá interponerse, con independencia del contenido, un recurso de reposición que se resolverá oralmente en ese mismo acto de juicio (art 287.2 de la LEC). Para ir en contra de ese pronunciamiento que resuelve el recurso de reposición habrá que acudir a segunda instancia al recurrir la sentencia (art 458 y ss de la LEC), así lo confirma la Audiencia Provincial de Málaga en su sentencia 27/2009, de 29 de enero, al indicar que *“obliga a interponer recurso de reposición para poder reproducir la impugnación de la supuesta prueba ilícita en la apelación”*

- En el juicio verbal, las partes o el Tribunal de oficio deberán plantear la cuestión de ilicitud de la fuente o medio de prueba al inicio de la vista. La Audiencia Provincial de Córdoba en su sentencia 232/2009, de 21 de septiembre, añade a este respecto que, si el Tribunal impidiese a la parte afectada presentar dicha cuestión de ilicitud al inicio de la vista, se producirá una vulneración de los derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva (art 24 de la CE) y se producirá una causa de nulidad de las previstas en el art 225.3⁴⁰ de la LEC. Después de su planteamiento al inicio de la vista, se procederá a debatir entre las partes y, igual que hemos visto en el juicio ordinario, se practicarán las pruebas que hayan sido consideradas pertinentes y útiles por el Tribunal. Contra esta resolución cabrá recurso como hemos visto en el ordinario, y si se inadmite la parte podrá hacer constar una protesta al efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia conforme a lo establecido en el art 446⁴¹ de la LEC.

Hay que aclarar que en el incidente de ilicitud la proposición y práctica de las pruebas es facultativo, no imperativo y que en caso de que no exista contradicción entre las partes, sino

⁴⁰ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 225.3: *“Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.”*

⁴¹ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 446: *“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.”*

conformidad sobre la ilicitud de la prueba, entonces no será necesario proceder a la práctica de las pruebas que se apartarán del proceso.

4.1.1.4 Resolución del incidente

Una vez finalizado el periodo de alegaciones y de práctica de la prueba, el Juez deberá pronunciarse mediante un auto de resolución oral, en el que se deberá incluirse el fallo y la motivación correspondiente. La necesidad de motivación en las resoluciones ha sido muy destacada en la jurisprudencia con sentencias como por ejemplo la STS 43/2013, de 6 de febrero, que establece: “ *La resolución habrá de revestir las solemnidades de "auto" es decir, de una resolución obligatoriamente motivada (art 208.de la2 LEC) a pronunciar oralmente y consignándose en el acta el sentido de la decisión y sucintamente su fundamentación (art 210 de la LEC).*”. El pronunciamiento del Juez deberá hacerse en el mismo acto del juicio o vista y deberá ser documentado.

En el auto, el Juez podrá tomar dos determinaciones sobre la ilicitud de la prueba:

- 1) Estimar que la prueba es ilícita y excluirla del proceso.
- 2) Desestimar la ilicitud de la prueba y determinar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales al obtener la prueba y, por tanto, debe ser considerada lícita y mantenerse en proceso.

4.1.1.5 Recursos

Una vez pronunciada la resolución por el Juez las partes pueden decidir: no recurrir ante la decisión tomada, produciéndose así la firmeza del pronunciamiento de acuerdo con el art 210.2 de la LEC, o al contrario interponer un recurso.

Concretamente contra el auto que resuelve el incidente de ilicitud probatoria únicamente cabe recurso de reposición ⁴², que se deberá interponer en el acto del juicio o vista.

En el recurso de reposición se deberá especificar la infracción que se ha cometido al admitir la prueba (art 452 de la LEC) y será examinado y resuelto a través de auto oral. Contra la resolución del recurso de reposición no cabe interponer recurso, sin perjuicio de que

⁴² LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 287.2: “*contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.*”

Sentencia del Tribunal Supremo 43/2013, de 6 de febrero de 2013.

posteriormente se pueda volver a impugnar la ilicitud de la prueba en apelación de la sentencia, solo si se ha formulado tras la exposición de la resolución oral por el Juez la oportuna protesta por el letrado de la parte afectada.

4.2. Apelación

Como hemos dicho anteriormente, la ilicitud de la prueba en caso de desestimarse el recurso de reposición podrá volver a plantearse en apelación frente a la sentencia definitiva (art 287.2 y art 446 de la LEC).

El recurso de apelación deberá especificar cuál ha sido la norma o garantía procesal infringida en primera instancia y cuál es motivo. Es muy importante que el recurrente acredite que previamente ha habido en primera instancia alegación de la infracción. Así lo establece la SAP de Málaga 27/2009, de 29 de enero, en su fundamento jurídico cuarto: *“El art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia”*.

Hay que destacar que el recurso de apelación puede interponerse en dos sentidos en la materia que es objeto de este estudio:

- 1) Cuando el Juez excluyó del proceso la prueba por considerarla ilícita:

En este primer caso, en el que el Juez de Primera Instancia ha excluido del proceso a la prueba ilícita, la parte recurrente deberá solicitar concretamente la valoración y, en su caso, práctica de dicha prueba de nuevo ante el Juez de apelación con celebración de vista (Arts. 459 y 464 LEC).

- 2) Cuando el Juez consideró válida y lícita la prueba y admitió su práctica en el proceso, desestimando el incidente de ilicitud.

En este segundo caso, en el que el Juez de Primera Instancia practicó la prueba considerándola lícita, la parte recurrente deberá volver a alegar la ilicitud probatoria, pero en apelación.

Cabe también la posibilidad de que se susciten nuevas cuestiones de ilicitud probatoria que no se pudieron plantear en primera instancia, como es el caso, por ejemplo, del recurso

interpuesto por un demandado rebelde. De acuerdo con el art 460. 3 de la LEC: *“El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho”*. Este artículo a lo que se refiere es a que el demandado rebelde a través del recurso de apelación podrá formular las pruebas que no pudo proponer en primera instancia o impugnar las pruebas ilícitas que se practicaron.

La Audiencia Provincial deberá analizar la prueba de acuerdo con el criterio de relevancia. Si la Audiencia estima que la prueba tiene la suficiente relevancia para el fallo, entonces entrará a analizar el fondo del asunto de la ilicitud probatoria, pero si desestima la relevancia de la prueba para el fallo, el Tribunal no se pronunciará sobre la ilicitud probatoria. Además de examinar la relevancia de la prueba el tribunal *ad quem* también deberá de comprobar las actuaciones y valoraciones que se realizaron en primera instancia y la sentencia impugnada.

4.3. Tutela judicial extraordinaria

En este punto vamos a estudiar los distintos tipos de recursos e incidentes extraordinarios que se pueden interponer para impugnar la ilicitud probatoria.

Al igual que en apelación:

- Estos recursos se interponen para solicitar la exclusión de una prueba que la parte recurrente considera ilícita o para que se practique una prueba que fue excluida como lícita.
- Las pruebas deben de tener la suficiente relevancia para que el Tribunal entre a valorar el fondo del asunto de ilicitud.

Por el contrario, a diferencia de la apelación, los recursos extraordinarios se interponen contra las sentencias de la Audiencia Provincial.

La duda que se plantea respecto a esta cuestión es: ¿Qué tipo de recurso extraordinario debe interponerse?

Una parte de la doctrina defiende que el recurso que debe utilizarse es el recurso de casación ya que hay una vulneración de derechos fundamentales al obtener la prueba, mientras que otro sector doctrinal opina que se debe acudir al recurso extraordinario por infracción procesal ya que lo que se infringen son garantías procesales.

Para intentar aclarar un poco esta cuestión vamos a proceder a analizar estos recursos:

4.3.1. Recurso de casación

El recurso de casación permite corregir aquellas infracciones cometidas por las normas materiales que se aplican en la resolución procesal. De acuerdo con el art 477.2 de la LEC “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.”

Respecto al recurso de casación el TS ha aclarado que únicamente se refiere a normas materiales y no procesales, por tanto, no podrá pedirse mediante el recurso de casación la revisión de cuestiones sobre la ilicitud probatoria, así lo establece también el art 477.1 de la LEC: “El recurso de casación habrá de fundarse, como único motivo, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Por ejemplo, el TS en su Auto de 19 de enero de 2010, recurso 1569/2008, inadmitió un recurso de casación al motivarse en una infracción procesal.

Si nos centramos en el primer motivo de casación “Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución”, el TS aclara que será necesario que el objeto del juicio en el que se ha dictado la sentencia impugnada sea la tutela judicial civil de unos derechos fundamentales. Por tanto, quedarán excluidas del recurso de casación aquellas sentencias que hayan sido dictadas en juicios cuyo objeto principal no sea la tutela judicial civil de derechos fundamentales, incluso aunque se hayan vulnerado también derechos fundamentales.

Centrándonos ya en segundo lugar en el segundo y tercer motivo de casación: “2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.”, el TS explica también en estos casos que al igual que en el anterior motivo, el criterio de sustantividad del objeto será aplicable.

4.3.2. Recurso extraordinario por infracción procesal

Es el recurso que se utiliza en la práctica para impugnar sentencias planteando como motivo una ilicitud probatoria. Este recurso permite pedir la anulación de la anterior resolución y el restablecimiento de las actuaciones anteriores a la infracción.

El art 469.1 de la LEC establece que *“El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:*

- 1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.*
- 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.*
- 3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.*
- 4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.”*

Por tanto, cuando se produzca una ilicitud probatoria la parte recurrente podrá plantear alguno de los tres últimos motivos en función de los hechos impugnados. A continuación, vamos a ir analizando uno a uno estos tres últimos motivos:

En primer lugar, si recurrente se basa en el motivo *“Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.”*, deberá acreditar la existencia de una vinculación entre la ilicitud de la prueba y la infracción procesal cometida en la sentencia. En este caso, a diferencia del recurso de casación, vemos cómo se habla de normas procesales (por ejemplo, las relativas a la carga de la prueba) y no materiales.

En segundo lugar, si se recurre en base al motivo *“3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.”*, se está haciendo referencia de una manera más amplia a infracciones que se haya cometido en el proceso y que hayan generado de alguna manera indefensión. Dicha indefensión exige el TS, de acuerdo con la doctrina del TC, que cumpla dos condiciones: que sea relevante y que sea imputable al órgano judicial.

En tercer y último lugar, el motivo *“4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.”* es considerado el cauce normal de este recurso para impugnar las pruebas ilícitas. Si se plantea este motivo es importante que el recurrente especifique qué derechos fundamentales del art 24 de la CE se han vulnerado, ya que la prueba ilícita puede infringir a la vez varios.

4.3.3. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones

Se trata de un incidente regulado en los art 228 de la LEC y 241 de la LOP, que permite solicitar cuando no se ha podido plantear el motivo antes de que se dictase sentencia, la nulidad de resoluciones firmes frente a la vulneración de un derecho fundamental.

El hecho de que se utilice el término incidente para referirse a esta cuestión ha dado lugar a un debate y algunos han defendido que no puede definirse como un incidente, pero tampoco como un verdadero recurso, sino más bien como una actuación autónoma que permite impugnar y dar lugar como consecuencia a un nuevo proceso.

Serán requisitos esenciales para interponer este incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art 228.1 de la LEC):

- *“1. Haber sido parte del proceso, o haber debido serlo;*
- *2. Que exista una resolución que ponga fin al proceso y que contra ella no quepa recurso ordinario ni extraordinario;*
- *3. Que se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que podría ser tanto sustantivo como procesal;*
- *4. Que la denuncia no se pudiera haber hecho antes de que se dictara la sentencia;*
- *5. Que se interponga el escrito ante el órgano judicial que dictó la sentencia que adquirió firmeza;*
- *6. Y que se solicite dentro del plazo establecido en la ley.”⁴³*

Debe destacarse que este incidente tiene naturaleza subsidiaria y excepcional, en el sentido de que solo procede cuando se haya ya agotado la vía de recursos que correspondan (reposición o apelación). En relación con este aspecto se pronuncia el TS en su Sentencia 1215/2008, de 9 de diciembre, estableciendo que *“la excepcionalidad con que se configura el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en la LEC 2000 , conlleva un riguroso examen de los presupuestos a los que el referido precepto condiciona su admisibilidad e impone la perfecta delimitación de su ámbito, en evitación de que se articule una vía de impugnación alternativa al margen de los recursos ordinarios que procedan, o que se habilite un nuevo cauce impugnatorio, cuando, como es el caso, no está legalmente previsto ninguno”*.

⁴³ MADRID BOQUÍN, Christa María. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020. pp, 371.

5.CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA PRUEBA ÍLICITA EN EL PROCESO CIVL

5.1. Ineficacia de la prueba ilícita

La principal consecuencia de la obtención de pruebas ilícitas, como se desprende del art 11.1 de la LOPJ será la sanción mediante la ineficacia procesal: *“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”*. Concretamente esta sanción de ineficacia se aplicará a través de la regla de exclusión del proceso de las pruebas prohibidas (art 287 LEC), derivada de la defensa constitucional de los derechos fundamentales. Esta regla de la exclusión conlleva, por tanto, una ineficacia integral: las pruebas no podrán ser admitidas, practicadas, ni valoradas.

La ineficacia de la prueba ilícita tiene las siguientes características:

En primer lugar, podemos describirla como una ineficacia plena, es decir, que las actuaciones a través de las que se obtuvieron las pruebas y que vulneraron los derechos fundamentales no podrá ser subsanadas. El hecho de que se hayan dañado derechos protegidos constitucionalmente impide su subsanación.

En segundo lugar, las pruebas ilícitas quedarían excluidas del proceso. Sin embargo, los hechos siguen existiendo en la realidad fáctica, por tanto, podrían llegar a demostrarse a través de otros medios de prueba distintos, válidos y legales o incluso, en determinadas ocasiones cuando las condiciones lo permitan, se podrá repetir desde un principio la misma diligencia con la que se obtuvo la prueba ilícita, pero en este caso respetando la ley.

En tercer y último lugar, la ineficacia de la prueba ilícita tendrá un efecto reflejo, es decir, que sus efectos se extenderán a todas aquellas pruebas que deriven de la prueba ilícita. De esta característica hablaremos más extensamente en el siguiente punto.

5.2. Teoría del efecto reflejo o de los frutos del árbol envenenado

Como venimos explicando, las pruebas obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales son sancionadas con la ineficacia y exclusión del proceso (art 11.1 de la LOPJ). Sin embargo, estas consecuencias no solo afectan a dichas pruebas, sino también a aquellas otras pruebas que por sí mismas son lícitas, pero que derivan de la prueba ilícita. Esto es lo que la doctrina española denomina efecto reflejo o teoría de los frutos del árbol envenenado,

que se aplicará principalmente en el ámbito del proceso penal, pero que también encontraremos en el proceso civil.

La razón por la que se produce este efecto reflejo, por la que se excluyen las pruebas derivadas de la prueba ilícita se debe a que si se permitiese admitir y valorar las pruebas derivadas, la sanción de ineficacia pasaría a ser una mera ilusión. Se dejaría desprotegido el sistema constitucional de derechos fundamentales porque al final, indirectamente, el Juez terminaría valorando las pruebas.

El TS habla de este efecto reflejo en resoluciones como la STS 1203/2002, de 18 de julio, en la que confirma que *“la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”*, y el TC en sentencias como la 197/2009, del 28 de septiembre, en la que se establece que *“conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida) como lo que hemos denominado “conexión de antijuridicidad”, esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. De lo contrario, si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivadas de la Constitución”*.

5.3. Efecto psicológico de la prueba ilícita

Uno de los problemas que se plantea en torno a la prueba ilícita es el efecto que puede tener en la conciencia del Juez el hecho de presenciar pruebas ilícitamente obtenidas.

Existen muchas dudas sobre si la mera ineficacia de la prueba ilícita es suficiente para que el Juez que ha presenciado dicha prueba pueda sustraerse de esa influencia que ha podido recibir y formar su convicción.

¿Cómo se puede garantizar entonces una ineficacia plena cuando las pruebas ilícitas ya han sido conocidas por el Juez?

Para una parte de la doctrina la mejor solución sería la abstención/recusación del Juez (art 208 y 219 de LOPJ), ya que una vez que éste ha conocido estas pruebas ilícitas no podrá no estar influenciado psicológicamente. Para garantizar la imparcialidad será necesario nombrar a uno nuevo. El problema de esta propuesta es que si cada vez que se descubriese que hay una prueba ilícita el juez tuviese que abstenerse o se le recusara y hubiese que repetir todos

los actos probatorios, entonces los procesos se retrasarían constantemente con un gran coste procesal.

Para otra parte de la doctrina, el posible efecto de contaminación del Juez por la prueba ilícita, se deberá controlar exigiendo a dicho Juez que en la sentencia que dicte exponga cuidadosamente los motivos y fundamentos jurídicos en los que ha basado su decisión, pudiendo constatar así que no se ha tenido en cuenta la prueba ilícita y que la resolución se ha fundamentado en el resto de medios de prueba lícitos presentados. Esta es la postura que se ha acogido en la práctica.

Algún autor⁴⁴ ha llegado a sugerir una tercera solución basada en la intervención en el proceso de dos órganos jurisdiccionales distintos, el primero se encargará de la admisión y contestación de la demanda y de la audiencia previa y, el segundo se encargará de la celebración del juicio y la correspondiente práctica de la prueba, evitándose a través de esta separación que el Juez sentenciador (el segundo) no haya sido influido por una prueba ilícita. El problema de esta solución es que, como ya hemos visto anteriormente, excepcionalmente en determinadas ocasiones la ilicitud de una prueba podrá plantearse posteriormente a su puesta en práctica, por tanto, el Juez quedaría influenciado.

6. SUPUESTOS ESPECIFICOS

6.1. Intervención de las comunicaciones y presentación de grabaciones de conversaciones

Hoy en día encontramos una proliferación de supuestos de intervención de comunicaciones, como por ejemplo la grabación de conversaciones, debido al imparable avance de las tecnologías y el fácil acceso de todo el mundo a ellas.

Es verdad que la LEC de 2000 no recoge ninguna autorización para la intervención de las comunicaciones para obtener hechos que pueden ser relevantes en el proceso civil, pero esto no significa que las autorizaciones judiciales que permitan esta intervención vulneren un derecho fundamental si se respetan las exigencias constitucionales. Esta prueba, que exige

⁴⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*. Probática, Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL, 2012.

siempre autorización judicial, se práctica eminentemente en el ámbito del proceso penal, y se llevarán a cabo por agentes de la autoridad.

Pero también podemos encontrar algunas manifestaciones de la misma en el ámbito del proceso civil. Existen determinadas disposiciones concursales como la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal, que permiten afectar los derechos fundamentales de los deudores como son, por ejemplo, el derecho a inviolabilidad de su domicilio o el secreto de las comunicaciones⁴⁵.

En todo caso, para llevar a cabo una intervención de comunicaciones será necesario, de acuerdo a la doctrina del TC y del TEDH, realizar previamente un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Así lo establece el TC en sentencia del Pleno 49/1999, de 5 de abril: *“no es suficiente con constatar que la petición y la autorización persiguieron un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución, sino que, además, ha de ser necesaria para la consecución de ese fin.*

Para que pueda apreciarse esta necesidad es preciso verificar, en primer lugar, que la decisión judicial dirigida a tal fin apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después, si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad).”

Supuesto distinto es el de la presentación en juicio de grabaciones de conversaciones: el TC añade en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que *“no hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje.”*, es decir, cuando la conversación es grabada por uno de los interlocutores no puede considerarse que se vulnere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art 18.3 de la CE). Este mismo planteamiento fue reiterado posteriormente por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 236/2009, de 4 de

⁴⁵ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal. Artículo 1.1: *“Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas:*

- 1.ª La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.*
- 2.ª El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.*
- 3.ª La entrada en el domicilio del deudor y su registro.”*

mayo, en la que la parte demandada alegaba como ilícita la grabación por la otra parte de una conversación sobre un contrato de compraventa con pacto de arras que habían celebrado ambas partes. A este respecto, la Audiencia estableció que *“La obtención de la prueba no fue ilícita, ni vulneró el derecho a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones de los demandados, pues fue grabación de una conversación mantenida por quien efectuó el registro y otras personas. No fue grabación de conversación mantenida por terceros ajenos a quien grabó”*.

Siguiendo esta misma línea, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 22/2009, de 3 de febrero, estableció que *“quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución”*. Por tanto, este tipo de actos no suponen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art 18.3 de la CE), solo en caso de difusión de la información que se ha obtenido en la intervención se podría considerar que se ha vulnerado el derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen y el secreto de las comunicaciones, recogidos respectivamente en los art 18.1 y 3 de la LEC⁴⁶.

Hay que aclarar que cuando hablamos de la intervención de comunicaciones, no siempre nos referimos a soportes electrónicos, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 49/2010, de 28 de enero, afirmó que : *“el sobre cerrado que dirige una empresa a sus trabajadores con la hoja salarial en su interior constituye una modalidad de comunicación postal cuyo secreto frente a terceros protege el artículo 18.3 CE, por más que eventualmente el contenido de aquella comunicación escrita pueda ser conocido por terceros a través de otros conductos.”*

Finalmente, hay que destacar la sentencia 517/2005, de 30 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao que expresa que *“no es reprochable que una empresa decida recuperar la información que contiene un ordenador de su propiedad, instalado en un centro productivo y destinado, precisamente, a facilitar la prestación laboral de sus empleados. Pero desde el momento que ese ordenador está conectado a la red, es posible que un trabajador tenga acceso, desde el mismo, a su propio servidor, y que utilice su correo electrónico particular. Esa circunstancia impide entonces la obtención del contenido del rastro de información que pueda haber dejado en el ordenador de la demandante, puesto que aunque el terminal desde el que se accede sea de su titularidad, el lugar al que entra es particular, y en consecuencia, puesto que ofrece*

⁴⁶ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 18.1 de la CE: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”*

LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 18.3 de la CE: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

un sistema de comunicación universal, queda amparado por el art. 18.3 de la Constitución y el art. 8 del CEDH.”

6.2 Entrada y registro en domicilio

Al igual que la intervención de las comunicaciones, la entrada y registro en domicilio es una prueba que se práctica principalmente en el ámbito penal. Por consiguiente, la regulación legal de este tipo de prueba será más deficiente en la LEC.

El art 261.2 de la LEC establece que *“Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen: si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.”* El problema de esta medida es que entra en conflicto con el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio recogido en el art 18.2 de la CE⁴⁷, por tanto, habrá que atender al principio de proporcionalidad, que introduce el propio precepto, para ponderar los intereses en conflicto: por un lado, el derecho a una tutela judicial efectiva y por el otro, el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Por tanto, toda resolución judicial que autorice la entrada y registro de un domicilio deberá de cumplir dos condiciones: que la resolución este suficientemente motivada, que se detalle expresamente, como hemos dicho anteriormente, el juicio de proporcionalidad y que se establezcan con precisión las circunstancias temporales y espaciales.⁴⁸

Hay que aclarar dos cuestiones respecto a la prueba de entrada y registro de domicilio, la ley en ningún momento autoriza expresamente la posibilidad de que se pueda acordar la entrada y registro de un domicilio durante un proceso cuando una de las partes solicite la exhibición de documentos a la otra parte y esta se niegue a ello (art 328 y 329 de la LEC), pero lo autoriza en los casos de reconocimiento judicial la posibilidad de acordar la entrada al lugar que debe

⁴⁷ CE, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 18.2: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”*

⁴⁸Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2000, de 29 de mayo de 2000.

reconocerse o donde se encuentre el objeto o persona que tenga que reconocerse (art 354.1 de la LEC⁴⁹).

Es importante destacar que en los supuestos de entrada y registro en un domicilio debe existir siempre un fin constitucional legítimo. En esta línea, la sentencia del TEDH 24755/94, de 23 de septiembre de 1998, “El caso McLeod c. Reino Unido”, relativo a un proceso de divorcio en el que se exigió a la mujer la entrega de determinados bienes, de los cuales solo dio unos pocos omitiendo el resto, provocando que los policías británicos entraran en domicilio de la mujer, estableció que *“El poder que permite a los agentes de policía entrar en locales privados para prevenir una alteración del orden público persigue evidentemente un objetivo legítimo para los fines del artículo 8, a saber, la defensa del orden público o la prevención de las infracciones penales”*, es decir, que la entrada de los policías en la casa de la mujer para evitar alteraciones en el orden público y prevenir infracciones penales, cumple el requisito de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo que justifique la medida restrictiva (entrada y registro de domicilio) de un derecho fundamental (inviolabilidad de domicilio).

Por último, hay que hacer referencia a otro supuesto de entrada y registro de domicilio, el recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 663/2009, de 2 de diciembre, en el que la parte demandante alega que la otra parte obtuvo las fotos de un edificio en construcción tomándolas desde dentro de dicho edificio, vulnerando así el derecho a la inviolabilidad de domicilio del art 18.2 de la CE. La Audiencia en primer lugar, aclaró el concepto de domicilio estableciendo que *“el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”*, indicando a continuación que *“a vista de las fotografías, efectivamente se desprende que fueron tomadas desde el interior del edificio en construcción del demandado. Ahora bien, no consta que efectivamente el mismo estuviese vallado de modo que se impidiese a alguien su acceso (...) y que el concepto de domicilio constitucional, a nuestro entender, no puede predicarse de una obra en construcción como la que nos ocupa”*.

6.3. Prueba biológica

La prueba biológica (art 767.2 de la LEC) en los casos de filiación es uno de los supuestos más típicos de la problemática de la prueba ilícita en el proceso civil. En este tipo de pruebas

⁴⁹ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 354.1: *“El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.”*

se produce un conflicto entre el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y el derecho a la intimidad (art 18.1 de la CE) e integridad física (art 25 de la CE).

El TC abordó este conflicto en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, en la que estableció las siguientes conclusiones:

- 1) La prueba biológica será esencial en aquellos casos en los que la filiación por sí sola o por otros medios no resulte probada.
- 2) No es lícito que por la negativa de una persona a someterse a una simple prueba biológica no se obtenga la prueba más fiable en base a la cual se tomará la decisión judicial.
- 3) La necesidad de otorgar tutela judicial exige a los jueces que garanticen la práctica de estas pruebas biológicas.
- 4) El demandado de un proceso de filiación únicamente podrá negarse a realizar la prueba biológica cuando no existen indicios suficientes de la filiación o por razones graves de salud.

En relación a estos 4 puntos que introdujo el TC, es importante destacar que *“la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad no determina, en el ordenamiento español, una ficta confessio, al establecer el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada”*...siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medio⁵⁰, es decir, que la negativa injustificada de una persona a someterse a una prueba biológica en estos casos no puede entenderse como una confesión de acuerdo con el art 767.4 de la LEC⁵¹, ya que este mismo artículo exige que existan otras pruebas e indicios que demuestren la filiación.

En esta misma línea la Audiencia Provincial de Cádiz en su reciente sentencia 104/2020 ,de 7 de febrero, expresó que *“Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio "valioso" o "muy cualificado" que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una*

⁵⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas 453/2014, de 17 de octubre de 2014.

⁵¹ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 767.4: *“La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.”*

paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta” y añadió que “de este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho, una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurran los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil”.

6.4. Prueba audiovisual

Otro supuesto que puede llegar a constituir prueba ilícita en el proceso civil es la prueba audiovisual, en atención a cómo haya sido conseguida. Se encuentra regulada como medio de prueba en el art 299.2⁵² de la LEC. En este caso el derecho fundamental afectado es el derecho a la intimidad recogido en el art 18.1 de la CE⁵³.

La jurisprudencia, en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Córdoba 136/2002, de 25 de mayo, declaró al respecto de esta prueba, que de acuerdo con el art 11.1 de la LOPJ, serán ineficaces aquellas pruebas audiovisuales obtenidas sin consentimiento del afectado o autorización judicial, vulnerando así el derecho a la intimidad protegido constitucionalmente en el art 18.1 de la CE.

Por tanto, ¿Debemos entender que toda grabación de video de una persona sin su consentimiento supone una vulneración de sus derechos recogidos en el art 18,1 de la CE?

De acuerdo con el TS, en su Sentencia 196/2007, de 22 de febrero, en la que busca determinar si el derecho a la imagen de una persona se vería vulnerado al captar su imagen en la vía pública a través de un video, con el fin exclusivo de prueba en el juicio, realizado por un detective privado que seguía a una tercera persona, se puede afirmar lo siguiente:

“a.- La finalidad de las imágenes está admitida -servir de medio de prueba reconocido por la Ley (LEC art.261.1.5º -EDL 2000/77463-) en un proceso-;

b.- Que la grabación fue realizada por detectives privados -sujeto a un marco normativo y con deber de reserva

⁵² LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 299.2: *“También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los 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.”*

⁵³ CE, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 18.1: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”*

- c.- *La grabación tuvo lugar en lugares abiertos al público -en horas de día y en plena calle pública-;*
- d.- *La imagen del actor es del todo aséptica, careciendo de cualquier matiz humillante o que afecte a su dignidad como persona, ni a su vida íntima, o, en fin, de cualquier otro modo lesiva al derecho fundamental que se invoca;*
- e.- *El empleo que se hizo de la imagen tampoco se considera abusivo, arbitrario o atentatorio al derecho, y,*
- f.- *No se ha acreditado ningún otro tipo de utilización del vídeo, cuyo original se conserva, sometido al deber de reserva, por la agencia de detectives demandada.”*

En conclusión, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, por consiguiente, en determinados casos puede quedar supeditado a otros intereses constitucionales como el derecho de prueba, pero siempre respetándose el principio de proporcionalidad.

6.5. Informes de detectives.

Los informes de los detectives privados son utilizados en la actualidad como medios de prueba, aunque hay que destacar que no siempre llegan al proceso judicial. Estos informes están reconocidos y regulados en nuestro ordenamiento jurídico en los siguientes artículos:

- El art 265.5 de la LEC establece que *“toda demanda o contestación habrán de acompañarse de: 5.º Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical.”*
- El art 326.1 de la LEC confirma la fuerza probatoria de los documentos privados como los informes detectives indicando que *“Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.”*
- El art 299.3 de la LEC reconoce que *“Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.”*

La Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 63/2021, de 3 de febrero, estableció que *“lógicamente, el testimonio emitido por los detectives privados tiene, en favor de su veracidad, no sólo la garantía de profesionalidad exigible y, en principio, presumible en una profesión, reglamentada legalmente, sino también la que, de modo innegable, proporciona la precisa y continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir, que en el caso se practicó en el acto del juicio, así como de las complementarias acreditaciones, gráficas o sonoras, de que suele ir acompañado.”*

Al igual que hemos vistos en los anteriores supuestos, la prueba de los informes de detectives y su trabajo también estará limitada por el respeto de los derechos fundamentales de las personas a las que investigan, así lo indica la Audiencia Provincial de Madrid en su reciente Sentencia 1344/2021, de 2 de febrero, en la que declara que *“el art. 102 del Real Decreto 2364/1994 ponga como límite a la actuación de los detectives privados el que "en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra la derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones"*.

Por último, debemos aclarar una de las principales dudas que surgen respecto a los informes de detectives privados: ¿Deben tener el valor documental o testifical?

La Audiencia Provincial de Cádiz en su sentencia 1424/2019, de 20 de septiembre, concluyó a este respecto que *“el informe será pues una prueba documental; no obstante, si los hechos sobre los que versa no son reconocidos como ciertos, el detective que lo haya elaborado deberá ser llamado a la vista con el fin de someter a contradicción las afirmaciones recogidas en dicho informe, teniendo valor de prueba testifical”*.

7.CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y la doctrina sobre la prueba ilícita en el proceso civil realizado en este trabajo se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La actividad probatoria en el proceso civil es principalmente una actividad de parte que busca tanto demostrar los hechos alegados como convencer al Juez de la veracidad de estos.
2. El derecho de prueba forma parte del contenido del derecho fundamental recogido en el art 24.2 de la CE, es decir, es un derecho de configuración constitucional ínsito en el derecho de defensa y en el derecho a un proceso con todas las garantías.
3. Carece la prueba de carácter absoluto, por tanto, estará sometida a una serie de límites: debe ser pertinente, útil, necesaria, lícita y no vulnerar otros derechos fundamentales protegidos por la CE
4. El Derecho español se adscribe al modelo continental europeo que, a diferencia del norteamericano, defiende un origen constitucional (defensa de los derechos fundamentales) de la regla de exclusión, la cual será aplicable tanto al proceso civil como al proceso penal y no irá dirigida exclusivamente a los cuerpos policiales sino también a los particulares y al propio Juez.
5. La prueba ilícita o prohibida es aquella que se obtiene a través de la vulneración de derechos fundamentales y que, por tanto, no podrá ser admitida en el proceso, será ineficaz y no podrá ser valorada por el tribunal. En cambio, la prueba irregular será aquella que infringe normas con rango de ley lo que conduce no necesariamente a su inadmisión sino, en ocasiones, a su subsanación como, por ejemplo: presentación de un documento sin copia para la parte contraria (art 276.1 de la LEC) o la presentación de informe pericial con posterioridad a la contestación sin acreditar cumplidamente la imposibilidad de pedirlo y obtenerlo dentro del plazo para contestar (art 336.4 de LEC).

6. La inadmisión de una prueba debido a su ilicitud dará lugar a su ineficacia y la del resto de pruebas relacionadas con ella (teoría del efecto reflejo).
7. Los casos más significativos contemplados por la jurisprudencia española sobre la prueba ilícita en el proceso civil son: Intervención de las comunicaciones y presentación de grabaciones de conversaciones, entrada y registro en domicilio, prueba biológica, prueba audiovisual e informes de detectives.

Aparte de estas conclusiones generales, el estudio de la prueba ilícita realizado en este trabajo suscita una serie de cuestiones que considero especialmente problemáticas y sobre las que he reflexionado y tomado postura, como son las siguientes:

- En primer lugar, tras llevar a cabo una profunda búsqueda y recopilación de información para poder elaborar este trabajo, he comprobado que la mayor parte de la doctrina se ha centrado en el estudio y desarrollo de la prueba ilícita en el ámbito del proceso penal y solo una parte muy reducida ha desarrollado esta prueba ilícita en el ámbito procesal civil, por lo que este ámbito civil requiere un mayor desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial.
- En segundo lugar, me he planteado la siguiente cuestión: ¿Sería viable crear un *numerus clausus* de pruebas ilícitas? Es verdad que esta proposición aportaría mayor seguridad jurídica, pero el problema es que también reduciría en la misma medida la protección de los derechos fundamentales. Por consiguiente, opino que es mejor mantener un *numerus apertus* de pruebas ilícitas y estudiar caso por caso cada una de las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales en la obtención de la prueba.
- En tercer lugar, una de las cuestiones que más dudas me ha suscitado es qué ocurre si la prueba se obtiene vulnerado un derecho, pero no intencionadamente sino por error o leve negligencia. ¿Deben considerarse ilícitas este tipo de pruebas? ¿Qué debe primar, el derecho a la prueba o el derecho fundamental vulnerado? Todas estas preguntas son muy difíciles de responder y se han aportado distintas soluciones. En mi opinión, lo esencial es estudiar cada caso concreto y ponderar los derechos en juego (derecho a la prueba *versus* derecho fundamental) y determinar cuál de ambos derechos debe prevalecer en cada caso según las circunstancias.

- En cuarto lugar, sin llegar al extremo de la separación del enjuiciamiento en dos órganos distintos como propone algún autor *de lege ferenda* (el primero se encargaría de la admisión y contestación de la demanda y el segundo de la celebración del juicio, práctica de la prueba y de dictar sentencia), sí que creo que pueden existir casos de contaminación por una prueba ilícita que justifiquen, en un momento dado, la abstención e, incluso, la recusación del Juez. Pero salvo, en esos casos extremos, entiendo que una adecuada motivación de la sentencia que excluya expresamente la prueba ilícita y se funde en otras pruebas lícitas y suficientes solventa el eventual peligro de la “contaminación” del Juez sentenciador.
- En quinto y último lugar, ¿Es suficiente y adecuado el incidente del art. 287 de la LEC⁵⁴ para excluir la prueba ilícita del proceso?

En mi opinión la solución prevista por el legislador en el art 287 de la LEC es adecuada para resolver el problema de la prueba ilícita. Hay que tener en cuenta que el sistema procesal español es un sistema completo y muy garantista que no cuenta únicamente con el incidente regulado en el art 287 de la LEC para abordar el problema de la prueba ilícita, sino que recoge otros tres filtros que permiten excluir la misma del proceso civil en distintos momentos procesales. Existe un primer filtro que verifica el juez al admitir la prueba presentada por las partes. En este primer momento el juez ya puede detectar la existencia de prueba ilícitas y excluirlas de oficio, pues las pruebas ilícitas constituyen una cuestión de orden público que puede ser abordada directamente por el juez. Si el anterior filtro no funciona, bien porque el carácter ilícito de la prueba pasa desapercibido, bien porque dicho carácter aún no se ha manifestado en los autos, podrá plantearse entonces, de oficio o a instancia de parte, el incidente de ilicitud probatoria recogido en el art 287 de la LEC, que termina con un auto pronunciado por el juez de forma oral. El tercer filtro viene dado por la posibilidad de interponer recurso de reposición contra el auto que resuelve el incidente de ilicitud probatoria y el cuarto filtro tiene lugar a través del recurso de

⁵⁴ LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero. Artículo 287: “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 oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.”

apelación, puesto que la parte que vea desestimada su recurso de reposición podrá todavía reproducir la impugnación de la prueba ilícita al apelar la sentencia definitiva.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, José. GIMENO SENDRA, Vicente. CORTES DOMINGUEZ, Valentín. MORENO CATENA, Víctor. *Parte general proceso civil 1*. Tomo I (Vol.I). 5ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990.

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio. “Breve estudio comparativo del Derecho Constitucional a la Prueba”. *Diario La Ley*. N.º 9533, Sección Dossier, 10 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer.

BELLIDO PENADÉS, Rafael. “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 89, mayo-agosto (2010), págs. 77-114.

CASANOVA MARTÍ, Roser. *La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate*. Universitat Rovira i Vigili: Bosch Editor, 2016.

ELDERECHO.COM, *La aportación de la prueba videográfica al proceso civil*, 09-03-2015, LEFEBVRE. Disponible en: <https://elderecho.com/la-aportacion-de-la-prueba-videografica-al-proceso-civil> (Consulta: 2 de mayo de 2021).

ELDERECHO.COM, *La prueba ilícita en el proceso civil*, 02-06-2011. PÉREZ CEBADERA, María Ángeles. LEFEBVRE. Disponible en: <https://elderecho.com/la-aportacion-de-la-prueba-videografica-al-proceso-civil> (Consulta: 26 de abril de 2021).

GINER ALEGRÍA, César Augusto. *Prueba prohibida y Prueba ilícita*. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 26 ,2008. págs. 579-590

MADRID BOQUÍN, Christa María. “La prueba prohibida ante el tribunal europeo de derechos humanos: luces y sombras del caso Zherdev c. Ucrania”. *Revista de Estudios Europeos*. N.º extraordinario monográfico -1-2017-78-93.

MADRID BOQUÍN, Christa María. *La prueba ilícita en el proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Sobre la función y objeto de la prueba”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Núm. 55, 2002, págs. 323-338.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista catalana de seguretat pública*. Mayo ,2010.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*. Probática, Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL, 2012.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. “Prueba ilícita obtenida por particulares: ausencias y discordancias en la STC, Pleno, 97/2019”. *Diario La Ley*, N.º 9529, Sección Doctrina, 2 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer.

ROLDÁN MARZO, Amaya. *Valoración de la prueba ilícitamente obtenida*. Trabajo fin de grado en derecho, Universidad Pública de Navarra, junio 2016.

9. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de julio de 1988. Schenk c. Suiza, (Tol 216238)
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. Teixeira de Castro c. Portugal (44/1997/828/1034)
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998. McLeod c. Reino Unido, (72/1997/856/1065)

2. Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre de 1984. ECLI:ES:TC:1984:114
- Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1993, de 19 de abril de 1993. ECLI:ES:TC:1993:129
- Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero de 1994. ECLI:ES:TC:1994:7
- Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 6 de mayo de 1998. ECLI:ES:TC:1998:81
- Sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno 49/1999, de 5 de abril de 1999. ECLI:ES:TC:1999:49
- Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2000, de 14 de febrero de 2000. ECLI:ES:TC:2000:33

- Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2000, de 29 de mayo de 2000.
ECLI:ES:TC:2000:136
- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2000, de 26 de junio de 2000.
ECLI:ES:TC:2000:173
- Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 de abril de 2002.
ECLI:ES:TC:2002:70
- Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2003, de 30 de junio de 2003.
ECLI:ES:TC:2003:133
- Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2004, de 14 de enero de 2004.
ECLI:ES:TC:2004:3
- Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2008, de 31 de enero de 2008.
ECLI:ES:TC:2008:22
- Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2009, de 28 de septiembre de 2009.
ECLI:ES:TC:2009:197
- Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2011, de 28 de febrero de 2011.
ECLI:ES:TC:2011:16
- Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2013, de 9 de septiembre de 2013.
ECLI:ES:TC:2013:151

3. Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo 1203/2002, 18 de julio de 2002.
ECLI:ES:TS:2002:5439
- Sentencia del Tribunal Supremo 196/2007, de 22 de febrero de 2007.
ECLI:ES:TS:2007:1042
- Sentencia del Tribunal Supremo 1215/2008, de 9 de diciembre de 2008.
ECLI:ES:TS:2010:16369AA
- Auto del Tribunal Supremo 19 de enero de 2010, recurso 1569/2008.
ECLI:ES:TS:2010: 676^a
- Sentencia del Tribunal Supremo 278/2011, de 28 de abril de 2011.
ECLI:ES:TS:2011:2457
- Sentencia del Tribunal Supremo 43/2013, de 6 de febrero de 2013.
ECLI:ES:TS:2013:1011

- Sentencia del Tribunal Supremo 24/2016, de 3 de febrero de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:92

4. Audiencias Provinciales

- Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba 136/2002, 25 de mayo de 2002.
ECLI:ES:APCO:2002:798
- Sentencia Juzgado de la Mercantil de Bilbao 517/2005, de 30 de diciembre de 2005. ECLI:ES:JMBI:2005:82
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 476/2006, de 20 de noviembre de 2006. ECLI:ES:APGC:2006:2989
- Sentencia Audiencia Provincial de Málaga 27/2009, de 29 de enero de 2009.
ECLI:ES:APMA:2009:152
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 22/2009, de 3 de febrero de 2009.
ECLI:ES:APM:2009:493
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 236/2009, de 4 mayo de 2009.
ECLI:ES:APB:2009:4550
- Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba 232/2009, de 21 septiembre de 2009.
ECLI:ES:APCO:2009:1211
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia 663/2009, de 2 de diciembre de 2009.
ECLI:ES:APV:2009:5876
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 49/2010, de 28 de enero de 2010.
ECLI:ES:APB:2010:357
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 486/2013, de 22 de octubre de 2013.
ECLI:ES:APB:2013:10455
- Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas 453/2014, de 17 de octubre de 2014. ECLI:ES:APGC:2014:2916
- Sentencia Audiencia Provincial de A Coruña 7/2015, de 16 de enero de 2015.
ECLI:ES:APC:2015:56
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 291/2017, de 14 de junio de la 2017.
ECLI:ES:APB:2017:8618
- Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz 1424/2019, de 20 de septiembre de 2019.
ECLI:ES:APCA:2019:1424

- Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz 104/2020, de 7 de febrero de 2020.
ECLI:ES:APCA:2020:239
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 1344/2021, de 2 de febrero de 2021.
ECLI:ES:APM:2021:1344
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 63/2021, de 3 de febrero de 2021.
ECLI:ES:APB:2021:386