

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA Y SU CONFIGURACIÓN LEGAL EN EL NUEVO PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Joan PICÓ I JUNOY*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Relevancia práctica de la delimitación del derecho a la prueba*. III. *Aspecto objetivo del derecho a la prueba*. IV. *Aspecto subjetivo del derecho a la prueba*. V. *Límites del derecho a la prueba*. VI. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española (CE), en su artículo 24, recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, como el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal.¹ El derecho a la prueba aparece en el apartado segundo de dicho precepto, en los términos siguientes: “Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.²

* Catedrático de derecho procesal; director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili, España; director del Programa de Doctorado Derecho de la Empresa y de la Contratación en la misma universidad.

¹ Para un estudio genérico de las garantías constitucionales del artículo 24 de la CE a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997, pp. 39-166.

² Del análisis de su evolución normativa se deduce la voluntad de mejorar la formulación constitucional del derecho a la prueba, mediante la utilización de una terminología estrictamente procesal (al respecto, véase mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1996, p. 20, nota 19).

En consecuencia, toda nueva regulación legal debe tener en cuenta este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba. Por ello, en este estudio realizaremos un análisis de su contenido y alcance, su titularidad, los límites que la LEC 1/2000 ha impuesto sobre la actividad probatoria, y sus mecanismos de protección.

El estudio que seguidamente realizaremos parte de la distinción efectuada por nuestro Tribunal Constitucional sobre el doble carácter o función, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales:

- a) En primer lugar, debemos destacar su vertiente objetiva, en cuanto que se conforman como garantías esenciales de nuestro conjunto normativo, como figuras que resumen “un valor asumido en el sistema de una comunidad”, insertándose “con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico”,³ y
- b) En segundo lugar, poseen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos (derecho), así como de reclamar su debida protección.

En este sentido, la STC 51/1985, del 10 de abril (fundamento jurídico 9), indica:

El apartado segundo del artículo 24 de la Constitución, al enumerar los que *grosso modo* pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Como todos los derechos fundamentales establecidos entre los artículos 14 y 29, presenta éste una doble línea de proyección de su eficacia, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular.

II. RELEVANCIA PRÁCTICA DE LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PRUEBA

La constitucionalización del derecho a la prueba se debe a la especial relevancia procesal que adquiere la actividad probatoria, en la medida en que cumple la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, de-

³ Martín Retortillo, L. y Otto y Pardo, I. de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 56 y 57.

terminará el derecho. La prueba se configura así como la actividad procesal clave en la historia de todo pleito, pues de ella depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y aprecie o desestime las pretensiones formuladas por las partes.

La delimitación conceptual del derecho a la prueba resulta de especial relevancia práctica tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional: para los primeros, en la medida en que determina cuándo y cómo pueden probar los hechos que configuran el *thema debatendi*, y para el segundo, ya que le ofrece los criterios para admitir y/o denegar una prueba, permitiendo al tribunal *ad quem* contrastar la corrección de la denegación de pruebas efectuada en la instancia.

Además, la exacta configuración del derecho a la prueba es fundamental para diferenciar con precisión su verdadero alcance respecto a los otros derechos del artículo 24 de la CE, aspecto éste no asumido por el Tribunal Constitucional que, como he tenido ocasión de analizar en otro trabajo,⁴ no le otorga sustantividad propia cuando debe proceder a su protección en amparo.

Finalmente, debe destacarse que la aplicación del derecho a la prueba alcanza a todo tipo de proceso, incluido el civil. *A priori*, analizando los trabajos parlamentarios del artículo 24 de la CE podría llegarse a la errónea conclusión de que el citado derecho limita su vigencia al proceso penal. Sin embargo, de los tratados y acuerdos Internacionales referentes a derechos humanos ratificados por España,⁵ se desprende que es ejercitable en cualquier orden jurisdiccional, al configurarse el derecho de toda persona a defender y proteger sus intereses, sin limitación alguna por razón del tipo de tribunal al cual se requiere su tutela.⁶ En este sentido se ha pronunciado nuestro TC, y así por ejemplo, en su sentencia 165/2001, del 16 de julio, afirma en su fundamento jurídico 2 que el derecho a la

⁴ Picó i Junoy, J., *op. cit.*, nota 2, pp. 145-156.

⁵ Véase el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, o el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950. Todos estos textos son de aplicación directa y vigentes en el ordenamiento jurídico español desde su publicación en el *BOE* (artículo 96.1 de la CE), y deben inspirar la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra carta magna (artículo 10 de la CE).

⁶ Al respecto, véase ampliamente mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso*, *cit.*, nota 2, pp. 30-33.

prueba “opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado”.⁷

III. ASPECTO OBJETIVO DEL DERECHO A LA PRUEBA

1. *Introducción*

El derecho a la prueba, al reconocerse en una norma de rango constitucional, resulta de aplicación directa e inmediata, por lo vincula a todos los poderes públicos —y muy especialmente a los jueces y magistrados— así como también a las partes (artículos 91.1 y 53.1 CE). Esta configuración objetiva del derecho a la prueba comporta las siguientes consecuencias: *a*) la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; *b*) la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba; *c*) la subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria, y *d*) la irrenunciabilidad del derecho.

2. *Consecuencias del aspecto objetivo del derecho a la prueba*

A. Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias

La constitucionalización del derecho a la prueba comporta la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva (*favor probationes*).⁸ Así, la STS del 10 de febrero de 1992 (RA 1080), en su fundamento jurídico 2, destaca que:

el artículo 24.2 de la CE ha elevado al rango de derecho fundamental el disponer de los medios de prueba pertinentes para la defensa [...] ello im-

⁷ De igual modo, *cf.* las SSTC 173/2000, del 26 de junio (foja 3); 175/1994, del 7 de junio (foja 4); 205/1991, del 30 de octubre (foja 3) *et al.*

⁸ Sobre el *favor probationes*, véase Muñoz Sabaté, Ll., *Fundamentos de prueba judicial civil*. LEC 1/2000, Barcelona, J. Ma. Bosch, 2001, p. 38.

pone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que el de su denegación.

Igualmente, la STC 1/1992, del 13 de enero, afirma en su fundamento jurídico 5 que:

la garantía del artículo 24.2 del derecho a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los Tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo.⁹

Por ello, la STC 140/2000, del 29 de mayo (fundamento jurídico 4) rechaza la decisión jurisdiccional denegadora de pruebas siempre que se fundamente en una lectura de la legalidad que suponga “la imposición de un formalismo enervante obstaculizador o contrario a la efectividad del derecho a la prueba”.

Esta lectura amplia de la legalidad, en orden a permitir la máxima actividad probatoria, comporta la necesidad de no subordinar la eficacia del derecho fundamental a la prueba a otro tipo de intereses como los de la economía procesal o la rapidez de los juicios. Así, la STC 10/2000, del 17 de enero, afirma en su fundamento jurídico 4 que “no puede frustrarse la práctica de una prueba apelando a intereses indudablemente dignos de tutela, pero de rango subordinado como la más eficaz y pronta resolución de los procesos judiciales”.¹⁰

B.

⁹ En similares términos, véanse las SSTC 236/2002, del 9 de diciembre (fundamento jurídico 4); 205/1991, del 30 de octubre (fundamento jurídico 3); 59/1991, del 14 de marzo (fundamento jurídico 2); 147/1987, del 25 de septiembre (fundamento jurídico 2), o la 30/1986, del 20 de febrero (fundamento jurídico 8).

¹⁰ De igual modo, *cf.* las SSTC 33/1992, del 18 de marzo (fundamento jurídico 5); 158/1989, del 5 de octubre (fundamento jurídico 4), o la 51/1985, del 10 de abril (fundamento jurídico 9).

Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba

El carácter fundamental del derecho a la prueba comporta que todos sus límites deban encontrar una justificación en un bien, interés o derecho constitucionalmente reconocido, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria.

Y además, comporta que estos límites a su eficacia deban interpretarse de forma restrictiva. En este sentido, podemos destacar la STC 140/2000, del 29 de mayo, en cuyo fundamento jurídico 4 se afirma:

Resultaba claro, pues, que el único hecho controvertido y sobre el que existía disconformidad [...] versaba sobre la existencia o no de dichas alteraciones psíquicas en el recurrente que le incapacitaban para el ejercicio de sus funciones, hecho sobre el que solicitaba en el otrosí de la demanda el recibimiento a prueba, aunque no lo combrara expresamente en dicho lugar. En consecuencia, la decisión judicial que denegó la prueba por no haber expresado el hecho sobre el que versaría la misma, resulta en exceso restrictiva porque aquél se desprendía fácilmente del resto del escrito de demanda y constituye, en consecuencia, la imposición de un formalismo enervante obstaculizador o contrario a la efectividad del derecho a la prueba invocado por el recurrente [...]. Todo ello, conduce, en conclusión, a la estimación del presente recurso de amparo, por la vulneración que se aprecia en ambas resoluciones judiciales.

Por último, y al igual que sucede para el resto de derechos fundamentales, la limitación de la eficacia del derecho a la prueba debe realizarse mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o deniegue la prueba solicitada. De manera concluyente, la STC 236/2002, del 9 de diciembre, en su fundamento jurídico 4, establece que el citado derecho resulta vulnerado “en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable [...] y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se

solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonablemente el por qué de su rechazo”.¹¹

C. La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria

Como reiteradamente nos destaca nuestro TC, el artículo 24 de la CE, si bien no consagra una regla general y absoluta a favor de la subsanación de los vicios o defectos procesales, si debe favorecer la subsanación de los defectos susceptibles de reparación si ello no supone una ruptura de la regularidad del proceso,¹² doctrina que ha sido recogida por el legislador (artículos 11.3, 240.2, 242 y 243 de la LOPJ, y 231 de la LEC). En consecuencia, los defectos subsanables no pueden convertirse en insubsanables por inactividad del órgano jurisdiccional, debiendo éste advertir tempestivamente de su existencia al interesado para que subsane dichos defectos y no vea, de este modo, sacrificada la eficacia de un derecho fundamental. De lo contrario, puede conculcarse el artículo 24 de la CE cuando un defecto subsanable en su día no se permite su corrección por el juzgador, a pesar de poder hacerlo, y se convierte más adelante en insubsanable, motivo por el cual luego se dicta una sentencia contraria a los intereses de la parte a la que se le ha impedido subsanar el defecto procesal.¹³

¹¹ En este sentido, véase también las SSTC 35/1997, del 25 de febrero (fundamento jurídico 5); 1/1996, del 15 de enero (fundamento jurídico 2); 233/1992, del 14 de diciembre (fundamento jurídico 2); 94/1992, del 11 de junio (fundamento jurídico 3); 52/1989, del 22 de febrero (fundamento jurídico 2) 149/1987, del 30 de octubre (fundamento jurídico 2). Al respecto, véase las reflexiones que se efectúan en el punto 2.B.1 del epígrafe IV.

¹² *Cfr.* las SSTC 210/1996, del 17 de diciembre (fundamento jurídico 3); 38/1996, del 11 de marzo (fundamento jurídico 2); 65/1993, del 10 de marzo (fundamento jurídico 3); 39/1988, del 9 de marzo (fundamento jurídico 2); 5/1988, del 7 de marzo (fundamento jurídico 4); 162/1986, del 17 de diciembre (fundamento jurídico 2); 60/1985, del 6 de mayo (fundamento jurídico 4), o la 65/1983, del 21 de julio (fundamento jurídico 4).

¹³ En este sentido, véanse las SSTC 104/1997, del 2 de junio (fundamento jurídico 4); 79/1997, del 21 de abril (fundamento jurídico 4); 152/1996, del 30 de septiembre (fundamento jurídico 2); 149/1996, del 30 de septiembre (fundamento jurídico 2); 117/1990, del 21 de junio (fundamento jurídico 3); 3/1987, del 21 de enero (fundamento jurídico 2), o la 62/1986, del 20 de mayo (fundamento jurídico 2).

Esta doctrina despliega toda su virtualidad respecto al derecho a la prueba, por lo que el órgano jurisdiccional debe permitir la subsanación de cualquier defecto en la proposición de prueba siempre que ello no comporte vulneración de derechos de la contraparte. Esta necesidad constitucional de permitir la subsanación se recoge en el nuevo artículo 231 de la LEC según el cual: “El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley”.

Así, por ejemplo, debe permitirse la subsanación de aquella pregunta que se formule a la parte contraria, a un testigo o a un perito, en el acto del juicio o vista, y que el tribunal entienda que no es del todo precisa o clara.¹⁴

En ningún caso son admisibles resoluciones como el auto del Juzgado de Primera Instancia número siete de Murcia, del 4 de julio de 2001, en el que se deniega la prueba pericial a realizar por un perito judicialmente designado, por cuanto en la demanda, a pesar de cumplirse los requisitos del artículo 339.2 de la LEC, no se procedió a indicar los motivos que justificaban dicha prueba. En concreto, dicho auto, en su fundamento jurídico único, indica:

Son requisitos necesarios para que proceda la designación de peritos por el tribunal: a) que cualquiera de las partes así lo solicite en sus escritos de demanda o contestación, y b) que el dictamen resulte pertinente y útil y necesaria la intervención del perito por ser objetivamente precisos los conocimientos periciales, de lo cual se deduce con meridiana claridad que no basta con que la parte solicitante se limite a interesar la designación de perito en su escrito de demanda y/o contestación, sino que además, *aunque la Ley no lo diga expresamente*, será necesario que la parte exprese cual ha de ser el objeto o los extremos sobre los que ha de versar el dictamen, así como los motivos de su solicitud con expresión de las razones que a su juicio hacen necesarios los conocimientos especializados del perito y las que justifican la pertinencia y utilidad del dictamen, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado en el que la parte demandante en el escrito de demanda mediante otrosí se limita a interesar “para en su momento procesal la designación de

¹⁴ Ya así lo puse de manifiesto en mis comentarios a los artículos 302 de la LEC (“interrogatorio de las partes”) y 368 (“interrogatorio de testigos”), realizados en la obra Lorca Navarrete, A. Ma. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 1815 y 1982.

un perito judicial, por ser de extremo interés tal designación y ello habida cuenta de las circunstancias del caso”, lo cual debe conducir, de modo inevitable, a la desestimación de la solicitud de designación de perito formulada.¹⁵

Como es obvio, si la LEC no exige estos requisitos, el juzgador no debería haberlos impuesto *motu proprio*, por lo que si entendió que ello le era preciso para decidir sobre la admisión o no de dicha prueba lo correcto habría sido permitir la subsanciación del defecto en el que presuntamente había incurrido el solicitante de la prueba.

D. *La irrenunciabilidad del derecho a la prueba*

Finalmente, en la medida en que estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, su aplicación no es disponible por los particulares, por lo que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba debe reputarse nulo.

En este sentido, la STC 19/1985, del 13 de febrero, en su fundamento jurídico 3, ya indicó que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto”.

Y, de igual modo, la STS del 5 de noviembre de 1982 (RA 6529), destaca la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando en su fundamento jurídico 1 que:

la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el artículo 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los <contrarios a las leyes> que el

¹⁵ La cursiva es nuestra. Este auto puede consultarse en López Alanis Sidrach de Cardona, A., *Resoluciones judiciales comentadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (III) Juzgados de Primera Instancia de Murcia*, Murcia, INFO, 2001, pp. 11-13.

artículo 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto.¹⁶

IV. ASPECTO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA PRUEBA

1. *Introducción*

Al margen de la configuración objetiva del derecho a la prueba, éste tiene también un aspecto subjetivo, en la medida en que, como todo derecho de contenido procesal, su ejercicio se atribuye a las partes, quienes libremente pueden o no ejercitarlo.¹⁷

2. *Concepto y contenido: el derecho a la admisión, práctica y valoración de la prueba*

A. *Concepto*

El derecho a la prueba lo he definido como “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.¹⁸ De este concepto del derecho a la prueba se desprende su triple contenido, que seguidamente analizaremos.

¹⁶ En la misma línea, anulan la eficacia de los pactos privados en materia probatoria, las SSTs del 12 de abril de 1962, considerando 4 (RA 1702); 31 de marzo de 1960, considerando 2 (RA 1265), o la de 22 de junio de 1950, considerando 6 (RA 1167).

¹⁷ La titularidad de este derecho corresponde a ambas partes, a pesar de que la literalidad del artículo 24.2 de la CE pueda *prima facie* inducir a pensar que sólo pertenece al demandado, en la medida en que se refiere a la “defensa”. Sin embargo, esta conclusión apresurada es incorrecta pues, en primer lugar, por “defensa” debe entenderse la postura que mantiene cada parte, defendiendo sus propios intereses, y, en segundo lugar, de lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad de armas procesales (al respecto, véase más extensamente mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso*, cit., nota 2, pp. 33-35).

¹⁸ *Ibidem*, pp. 18 y 19. En esta misma línea, las SSTC 19/2001, del 29 de enero (fundamento jurídico 4) y 246/2000, del 16 de octubre (fundamento jurídico 3) definen al derecho a la prueba como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la de-

B. Contenido

a. Derecho a la admisión de la prueba

El primer contenido del derecho a la prueba se concreta en la necesidad de admitirse toda aquella que, propuesta por alguna de las partes, respete sus límites, esto es, aquellos que en otro trabajo¹⁹ clasifiqué en intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria, y extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición, y que serán analizados con posterioridad. En consecuencia, si la prueba se solicita en el momento procesal oportuno, y es pertinente, útil y lícita, deberá admitirse.²⁰

Debido a la constitucionalización del derecho a la prueba, el Tribunal Supremo ha destacado en diversas ocasiones la obligación del juez de pronunciarse expresamente sobre la admisión o denegación de las pruebas propuestas, ya que sólo así el litigante puede reaccionar en forma contra el rechazo de una prueba, por lo que deben proscribirse las denegaciones condicionales de las pruebas. En este sentido, debo destacar su sentencia del 16 de enero de 2001²¹, en la que no se admitió parcialmente la prueba pericial propuesta al establecerse que su práctica se realizaría, en su caso, a través de las diligencias para mejor proveer, circunstancia que posteriormente no sucedió. Ante este hecho, el fundamento jurídico 3 afirma:

Esta Sala desde la Sentencia del 18 de mayo de 1993 ha rechazado la práctica viciada y un tanto extendida de rechazar recibimiento a prueba o práctica de alguna, con la fórmula “sin perjuicio de que se pueda acordar para mejor proveer”; constituye, como dice la mencionada sentencia, “una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampo-

ción del conflicto que es objeto del proceso”. De igual modo, véanse la STC 37/2000, del 14 de febrero, foja 3 y el ATC 155/2000, del 14 de junio (foja 2).

¹⁹ *Ibidem*, pp. 54 y ss.

²⁰ Al respecto, véanse Goubeux, G.: “Le droit a la preuve”, *La preuve en droit*, Bruselas, Émile Bruylant, 1981, p. 281; Perrot, R., “Le droit à la preuve”, *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung-Effectiveness of Judicial and Constitutional Order*, Bielefeld, Giesecking-Verlag, 1983, pp. 102 y 103; Walter, G., “Il diritto alla prova in Svizzera”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, IV, 1991, pp. 1192 y 1198, y Taruffo, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, I/1984, p. 78.

²¹ La Ley 163/2001.

co que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente, que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir y, desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto que esta admisión o inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista por la LEC.²²

b. Derecho a la práctica de la prueba

Como corolario del primer contenido del derecho a la prueba se origina el poder exigir la práctica de toda la actividad probatoria que haya sido admitida²³ pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del citado derecho.²⁴ Ciertamente, no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido.

Por otro lado, este aspecto del derecho a la prueba conlleva además la exigencia de asegurar la intervención en la práctica de la prueba de la contraparte. Si bien es cierto que, normalmente, los litigantes para convencer al órgano jurisdiccional de la certeza de los hechos que integran el *thema probandi* utilizan aquellos medios de prueba que estiman oportunos, no lo es menos que de igual modo puede lograrse este convencimiento a través de la prueba propuesta por la otra parte, participando activamente en su

²² En esta línea, véanse también las SSTS del 1o. de octubre de 1994 (RA 7441); 30 de abril de 1994 (RA 2950), y la del 18 de mayo de 1993 (RA 3561).

²³ En la doctrina de nuestro TC se reitera, de igual modo, la idea de que *el derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas*. En este sentido, *cf.* entre otras las SSTC 236/2002, del 9 de diciembre (fundamento jurídico 4); 165/2001, del 16 de julio (fundamento jurídico 2); 73/2001, del 26 de marzo (fundamento jurídico 2); 246/1994, del 19 de septiembre (fundamento jurídico s 3 y 5); 206/1994, del 11 de julio (fundamento jurídico 2); así como las 59/1991, del 14 de marzo (fundamento jurídico 2); 205/1991, del 30 de octubre (fundamento jurídico 3); 211/1991, del 11 de noviembre (fundamento jurídico 2), y la 1/1992, del 13 de enero (fundamento jurídico 5).

²⁴ Sobre este particular, la STC 183/1999, del 11 de octubre (fundamento jurídico 4) destaca que “la falta de práctica de una prueba admitida equivale a su inadmisión inmotivada”, y la 147/1987, del 25 de septiembre (fundamento jurídico 3), indica: “[...] el efecto de la inexecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa [...]. Objetivamente, pues, ello equivale a una inadmisión”. Esta doctrina se reproduce en la SSTC 37/2000, del 14 de febrero (fundamento jurídico 4); 26/2000, del 31 de enero (fundamento jurídico 2); 217/1998, del 16 de noviembre (fundamento jurídico 2); 50/1988 del 22 de marzo (fundamento jurídico 3) y en el ATC 2156/1988, del 22 de mayo.

desarrollo.²⁵ De esta manera, observamos que el derecho a intervenir en la práctica de los diversos medios probatorios, independientemente de quien los haya solicitado, e incluso en los realizados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional,²⁶ constituye una manifestación del genérico derecho a la prueba.

Por último, debo destacar que el derecho a la prueba alcanza también a la realización de las nuevas *diligencias finales*. Como es sabido, estas diligencias se configuran como el mecanismo idóneo para practicar aquella prueba que no haya podido realizarse en su momento procesal oportuno. En consecuencia, si la prueba ha sido admitida, su realización no ha podido llevarse a cabo a pesar de existir la debida diligencia de la parte que la ha solicitado, y existe otro momento procesal hábil para su práctica, deberá realizarse en este momento si no quiere desprotegerse el derecho a la prueba.²⁷ Al respecto, debo destacar las constantes y múltiples referencias que nuestro TC efectúa acerca de la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico teniendo como norte los derechos fundamentales y su mayor optimización. Así, podemos destacar la STC 1/1992, del 13 de enero (fundamento jurídico 5), según la cual “la garantía del artículo 24.2 del derecho de defensa, consistente en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o tribunal [y] al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los Tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo”; así como la STC 7/1994, del 17 de enero (fundamento jurídico 7), que tras subrayar que “la tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad” destaca como “en lo

²⁵ La contradicción de las pruebas aparece garantizado de un modo genérico en el artículo 289.1 LEC, según el cual: “Las pruebas se practicarán contradictoriamente [...]”. Posteriormente, en la regulación de los distintos medios probatorios vuelve a recogerse la necesidad de contradicción: así, respecto de la prueba pericial, véanse los artículos 337.2, 338.2, 345, 346, 347 y 427 de la LEC; del interrogatorio de las partes, el artículo 306 de la LEC; del interrogatorio de testigos, el artículo 372 de la LEC; del reconocimiento judicial, el artículo 354 de la LEC, y de la documental, el artículo 427 de la LEC.

²⁶ El derecho a intervenir en la práctica de las pruebas alcanza también a las diligencias probatorias propuestas *ex officio* como diligencia final (véanse artículos 435.2 y 436 de la LEC).

²⁷ Por este motivo, el artículo 460.2. 2 de la LEC, respecto de las pruebas admitidas pero no practicadas en la instancia, sólo permite su realización a través del recurso de apelación, cuando no pudieron realizarse “ni siquiera como diligencias finales”.

referente a la actividad probatoria, sí exige de jueces y tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que [...] son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión”.²⁸ En consecuencia, en estos supuestos, el órgano jurisdiccional deberá acordar la práctica de las diligencias finales si no quiere desconocer la vigencia del derecho fundamental a la prueba.

c. Derecho a la valoración de la prueba

Finalmente, y como consecuencia de los anteriores contenidos del derecho a la prueba, se origina el poder exigir la valoración judicial de la prueba que haya sido admitida y practicada, pues, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia. En esta línea, la STC 91/2000, del 30 de marzo (fundamento jurídico 3) estima vulnerado el derecho a la prueba tanto cuando un medio probatorio es inadmitido, como cuando “siendo admitido, no se practique por causas imputables al órgano judicial o que éste *no lo valore al resolver el litigio*”.²⁹

El derecho a la prueba, al tener por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si éste no valora o toma en consideración los resultados probatorios está frustrando el mencionado derecho, convirtiéndolo así en una *garanzia illusoria e meramente ritualistica*.³⁰ Todo ello se ve reforzado, además, por el deber constitucional de motivar las sentencias contenido en el artículo 120.3 de nuestra norma fundamental, y que el TC ha integrado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.³¹ Igualmente, la nueva LEC recoge la exigencia de la motivación de las sentencias en su artículo 218.2, según el cual:

²⁸ En este orden de ideas, véase igualmente la STS del 8 de mayo de 1992, fundamento jurídico 3 (RA 3893).

²⁹ La cursiva es mía.

³⁰ Así, Taruffo, M., *op. cit.*, nota 21, p. 106; Andolina, I., y Vignera, G., *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Turín, Giappichelli, 1990, p. 97, y Cavallone, B., “Crisi delle «maximen» e disciplina dell’istruzione probatoria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1976, pp. 686 y 687.

³¹ A modo de ejemplo, podemos citar la STC 325/1994, del 12 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 3 establece: “[...] la motivación de las Sentencias como exigencia constitucional (artículo 120.3 C.E.) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho a una efectiva tutela judicial, ofrece una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez

Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.³²

No obstante, acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica judicial puede soslayarse mediante el uso torticero del denominado *expediente de la apreciación conjunta de las pruebas*,³³ consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado “en conjunto” o “conjuntamente”, con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin la especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el juzgador. A pesar de la crítica doctrinal unánime que ha merecido esta práctica forense,³⁴ y del rechazo total formulado por el TS,³⁵ desgraciadamente dicha actuación judicial sigue produciéndose en nuestros tribunales de justicia.

Finalmente, debemos analizar el alcance de la valoración de la prueba, esto es, examinar si el juez debe expresamente analizar en su sentencia todos los resultados probatorios. En mi opinión, si bien lo deseable sería que el órgano jurisdiccional razonase todos estos resultados, la explicitación de los que le han permitido lograr su necesaria convicción de los he-

facilita su control mediante los recursos que procedan”. Esta doctrina la encontramos, de igual modo, en el ATC 389/1982, del 15 de diciembre (foja 1), y en las SSTC 61/1983, del 11 de julio (foja 3); 111/1985, del 11 de octubre (foja 1); 109/1992, del 14 de septiembre (fojas 3 y 4); 159/1992, del 26 de octubre (foja 3), y 174/1992, del 2 de noviembre (foja 2); entre otras. Para el estudio de esta jurisprudencia constitucional, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, *cit.*, nota 1, pp. 60-65.

³² De faltar esta motivación estaremos en presencia, según la doctrina del TS, ante un supuesto de “incongruencia omisiva” (*cf.* las SSTS del 7 de marzo de 1992, foja 2, RA 2006; 7 de marzo de 1994, foja 5, RA 2196, o la de 1 de febrero de 1990, foja 4, RA 649).

³³ Para su estudio véase Jiménez Conde, F., “La apreciación conjunta de las pruebas”, *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Madrid, Editora Nacional, 1979, pp. 207-280.

³⁴ Véase mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, *cit.*, nota 2, pp. 28 y 29.

³⁵ *Cfr.* las SSTS del 5 de junio de 1998, foja 3 (RA 4275), o la del 29 de mayo de 1997, foja 2 (RA 4117).

chos ya es suficiente,³⁶ pues puede entenderse que el resto han sido valorados negativamente. En este sentido, el artículo 218.2 LEC se refiere a la motivación de las sentencias, indicando que éstas “se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas”. De igual modo, la jurisprudencia, al analizar el deber de motivar las sentencias, entiende que en la perspectiva concreta probatoria

la facultad de los órganos jurisdiccionales de apreciación y valoración de las pruebas comporta que tal apreciación y valoración se lleven efectivamente a cabo; a lo que cabe añadir que no basta con calificar de forma abstracta un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis.³⁷

V. LÍMITES DEL DERECHO A LA PRUEBA

1. *Introducción*

El derecho fundamental a la prueba, como reiteradamente nos recuerda el TC, no tiene un carácter ilimitado o absoluto.³⁸

Si bien nuestra carta magna carece de una norma en la que se regule, de forma explícita y con carácter general, el tema de los límites de los derechos fundamentales, éstos aparecen en ocasiones limitados por el propio precepto constitucional, o son limitables siempre que ello se justifique en la debida protección de otro derecho fundamental, bien o valor constitucionalmente protegido.

Entrando ya en el análisis de los límites del derecho a la prueba, podemos distinguir, de acuerdo a una clasificación que realicé en otro traba-

³⁶ La propia LEC, en algunos casos, exige expresamente esta motivación en la sentencia, como sucede con la utilización de las presunciones: así, el artículo 386.1.II de la LEC establece: “La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior [presunción judicial] deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción”.

³⁷ STS del 12 de junio de 2000, foja 2 (artículo 5102). *Cfr.* igualmente las resoluciones que cita esta misma sentencia.

³⁸ Así, *cf.* ya la STC 11/1981, del 8 de abril (foja 4), o la 2/1982, del 29 de enero (foja 5); entre las más antiguas, o las más recientes 165/2001, del 16 de julio (foja 2), y 19/2001, del 29 de marzo (foja 4).

jo,³⁹ los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria, y los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición, que pasamos seguidamente a analizar.

2. Límites intrínsecos: la pertinencia, la utilidad y la licitud

Los límites intrínsecos del derecho a la prueba los encontramos legalmente previstos en el artículo 283 de la LEC, y son la pertinencia, la utilidad y la licitud de la prueba.

A. La pertinencia

El límite de la pertinencia de la prueba se halla en la propia literalidad del artículo 24 CE, cuando reconoce el derecho fundamental a “utilizar los medios de prueba *pertinentes*”. Legalmente, la pertinencia de una prueba se define como la relación que guarda con los hechos objeto del proceso (artículo 283.1 de la LEC). Y, de igual modo, la jurisprudencia recoge este concepto, y así podemos mencionar la STC 165/2001, del 16 de julio, en cuya fundamento jurídico 2 la define como “la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*”.⁴⁰

La prueba declarada pertinente no puede, con posterioridad, dejarse de practicar por entenderla impertinente el mismo juzgador que la admitió o el tribunal *ad quem*: así, respecto del juez *a quo*, nos encontramos con la prohibición de variar sus propias resoluciones del artículo 214.1 de la LEC, y en este sentido, la STC 246/1994, del 19 de septiembre, destaca en sus fundamento jurídico s 3 y 5 que:

si el órgano jurisdiccional estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique [...] el órgano judicial pudo, sin menoscabo del derecho invocado, declarar la prueba inadmisibles, considerando su impertinencia; pudo, asimismo, valorar la misma motivadamente con libertad de aprecia-

³⁹ *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., nota 2, pp. 39-115.

⁴⁰ De igual modo, véanse las SSTC 73/2001, del 26 de marzo (foja 2), o la 26/2000, del 31 de enero (foja 2). Sobre el límite de la pertinencia de la prueba, véanse *in extenso* mi trabajo *ibidem*, pp. 43-60.

ción en el caso de admitirla y practicarla; pero no puede, en el respeto a las exigencias que se derivan del artículo 24 CE, declararla primero pertinente, para no practicarla después, y, sin embargo, razonar en la decisión que aquellos extremos, a cuya acreditación se dirigía dicha prueba, no han resultado demostrados en el curso del proceso [...]. Ello implica la lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes.

Y, de igual modo, el tribunal *ad quem* tampoco puede dejar de practicar una prueba declarada pertinente en la instancia. Así, la STS del 11 de febrero de 2002 (RA 2891), establece en su fundamento jurídico 1 que “la Audiencia no puede negar la pertinencia y utilidad que el Juzgado apreció para admitirla. Sólo debe comprobar si no se practicó por causa imputable al proponente, no juzgar sobre su debida o indebida admisión”; y la STS del 18 de julio de 2001 (RA 5558), declara en su fundamento jurídico único que “la Audiencia no puede revocar por su propia voluntad el criterio del juzgador de primera instancia que ha estimado pertinente la susodicha prueba”.

B. *La utilidad*

El límite de la “utilidad” se encuentra expresamente recogido en el artículo 283.2 de la LEC, en el que se afirma que no deberán admitirse “aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”.

El fundamento constitucional de este límite puede encontrarse en el propio concepto del derecho a la prueba: si éste lo hemos definido como “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”, esta claro que la prueba “inútil”, en la medida en que no será apta para formar la debida convicción judicial queda excluida del contenido del derecho a la prueba.

La ambigüedad del concepto de “inutilidad” genera multitud de problemas en su aplicación práctica. Al objeto de lograr delimitar al máximo el justo alcance de este límite del derecho a la prueba entiendo que es necesario tener en cuenta que el legislador lo recoge de forma extremadamente restrictiva, y así exige, en primer lugar, que las reglas y criterios que fundamenten el rechazo de la prueba sean “razonables y seguros”, y en segundo lugar, exige que “en ningún caso” la prueba propuesta pueda

“contribuir a esclarecer” los hechos controvertidos, por lo que en caso de duda no podrá entrar en juego este límite y deberá admitirse la prueba.

De igual modo, a fin de reducir al máximo la aplicación de este límite, me parece oportuno diferenciar el término “utilidad” de otros, como los de “eficacia” o “abundancia”, y no confundirlo con la “carga de la prueba”. Así:

- a) No debe equiparse “utilidad” de la prueba con su eventual “eficacia”, esto es, no puede el juzgador denegar una prueba por entender que no dará el resultado pretendido, ya que de esta forma se está prejuzgando la eficacia de la prueba. Por ello, entiendo que el juzgador debe ser sumamente cauteloso al no admitir una prueba por este motivo, y evitar rechazarla sólo por valoraciones previas acerca de su probable resultado, pues éste sólo puede obtenerse una vez que ha sido practicada toda la prueba y no antes. Además, esta valoración amplia del concepto de “inutilidad” es susceptible de colocar a la parte perjudicada en una situación de indefensión,⁴¹ y provocar, en cierto modo, un indebido prejuicio de la decisión definitiva.⁴² Finalmente, me parece oportuno destacar aquí la jurisprudencia civil de las Cortes superiores federales alemanas, que han elevado a categoría de principio procesal el denominado *Verbot der Beweisantizipation* o prohibición de anticipar los resultados de la prueba, y en función del cual la pertinencia o utilidad de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados pretendidos. Como indica la doctrina alemana, el fundamento de la prohibición de la *Beweisantizipation* se encuentra tanto en la co-

⁴¹ Así, la STS del 16 de junio de 1992, foja 1 (RA 5397) señala que: “La conclusión anticipada de innecesariedad (de la prueba) puede llevar consigo una carga peligrosa de indefensión si se establecen precipitadas decisiones”, y la de 22 de enero de 1992, foja 3 (RA 289), igualmente destaca que: “De todas formas se trata de un problema de límites y equilibrio en tanto que los Tribunales por inclinación natural consideran muchas veces impertinentes lo que a su juicio es inútil o irrelevante, con lo que peligrosamente puede estar anticipando, precipitadamente, una postura en clara indefensión de la parte”.

⁴² En este sentido, véase Muñoz Sabaté, L., *Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*, 4a. ed., Barcelona, Praxis, 1993, p. 89.

recta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos discutidos en el proceso.⁴³

- b) No debe equiparse “utilidad” con “abundancia”, y denegarse la práctica de pruebas por entender el juez que ya existe material probatorio suficiente para lograr su convencimiento sobre los hechos litigiosos. En mi opinión, la calidad de una prueba (criterio de la utilidad) no debe verse afectada por la cantidad de prueba (criterio de la abundancia), por lo que la actividad probatoria pertinente y útil debe practicarse al margen del resto de la prueba aportada a los autos, pues su valoración tiene lugar al final del proceso, esto es, al dictar sentencia. En caso contrario, se estará peligrosamente prejuzgando el fondo del asunto, a la vez que ignorando el carácter fundamental del derecho a la prueba.⁴⁴
- c) Finalmente, no debe confundirse “utilidad” de la prueba con “carga probatoria”, para así denegar la prueba que una parte propone por entenderse que con ella se pretende acreditar un hecho cuya prueba no le corresponde debido a la aplicación de las reglas del *onus probandi*. Ello significa concebir erróneamente la institución de la “carga de la prueba”, cuya aplicación debe tener lugar sólo al final del proceso —al dictar sentencia—, para cuando el juzgador se encuentra ante hechos litigiosos que no hayan sido probados.⁴⁵

⁴³ Respecto de la *Beweisantizipation* en el proceso civil, véase Schneider, E., *Beweis und Beweiswürdigung. Ein Lehrbuch unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, 2a. ed., München, 1971, pp. 38 y ss, quien la analiza, esencialmente, desde el punto de vista de los poderes discrecionales del juez, obviándose en la mayoría de las ocasiones razonamientos referentes al derecho constitucional a la prueba, *op. cit.*, por Trocker, Nicolò, *Processo civile e Costituzionale (problemi di diritto tedesco e italiano)*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 521 y 523, especialmente nota 19.

⁴⁴ En esta línea, la STC 14/1997, del 28 de enero, destaca en su fundamento jurídico 9: “Frente a esta conclusión no resultan convincentes las razones ofrecidas para justificar la denegación de la fase probatoria del proceso. La verosimilitud, detalle y aún contundencia del acta de infracción serán o podrán ser aspectos relevantes en el momento posterior de valorar las pruebas pertinentes en el proceso, pero no en el anterior, de decidir acerca de la apertura del período probatorio. El riesgo de que alguna de las partes incurra en pruebas abusivas o excesivas no puede conjurarse denegando el recibimiento a prueba del proceso, sino rechazando de manera motivada y razonada los concretos medios de prueba propuestos que puedan resultar impertinentes o intrascendentes”. Véanse igualmente la STC 246/1994, del 14 de septiembre (fundamento jurídico s 3 y 5).

⁴⁵ Al respecto, véase mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil, cit.*, nota 2, pp. 58-60.

Además, admitir lo contrario nos llevaría al absurdo de impedir al juez valorar los resultados probatorios logrados con aquellas pruebas incorrectamente admitidas al proceder de la iniciativa del litigante no grabado con la carga de la prueba, lo que supondría una clara vulneración del principio de adquisición procesal.⁴⁶

c. La licitud

Finalmente, el límite de la “licitud” se encuentra legalmente previsto en los artículos 287.1 LEC y 11.1 LOPJ, en función de los cuales no debe admitirse aquella prueba para cuya obtención u origen se haya vulnerado un derecho fundamental.

La justificación constitucional de este límite del derecho a la prueba debe buscarse en la debida protección de los derechos fundamentales que se han visto vulnerados para obtener la prueba. Además, su recepción procesal comporta también la infracción de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. Así, la STC 50/2000, del 28 de febrero, afirma en su fundamento jurídico 2 que:

la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14 de la CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.⁴⁷

3. Límites extrínsecos

⁴⁶ Este principio, a pesar de no estar expresamente recogido en la nueva LEC, es admitido por la jurisprudencia del TS: así, vid. sus sentencias del 17 de mayo de 1994, fundamento jurídico 2 (RA 3590), la del 14 de diciembre de 1993, fundamento jurídico 2 (RA 9880), o la del 30 de noviembre de 1993, fundamento jurídico 3 (RA 9221).

⁴⁷ El origen de esta doctrina debe buscarse en la STC 114/1984, del 29 de noviembre, cuyo fundamento jurídico 5 establece que: “El concepto de <medios de prueba pertinentes> que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse <pertinente> un instrumento probatorio así obtenido”.

El ejercicio de todo derecho de contenido procesal lleva consigo la necesidad de adecuarse a una serie de cauces y formas procedimentales. Nos encontramos, por tanto, ante unos nuevos límites que vienen impuestos por los requisitos legales de proposición de las pruebas, y que he clasificado en genéricos, cuando afectan a cualquier medio probatorio, y específicos, cuando inciden sólo sobre un tipo de prueba.⁴⁸

A. Límites genéricos

En los límites genéricos nos encontramos con los requisitos de legitimación y los temporales. Para que se admita un medio probatorio debe haber una “legitimación para la prueba”, que se adquiere por el mero hecho de ser parte en un proceso. Y, respecto de los requisitos temporales, es preciso que la prueba se proponga en el momento procesal oportuno. El cumplimiento de este requisito ha sido configurado por el TC como condición *sine qua non* para el correcto ejercicio del derecho a la prueba: así, a modo de ejemplo, la sentencia 236/2002, del 9 de diciembre (fundamento jurídico 4) establece que para que se entienda vulnerado este derecho es necesario “que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos”; la sentencia 165/2001, del 16 de julio (fundamento jurídico 2) afirma que este derecho fundamental: “[...] no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo la actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer [...] Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos”, y la sentencia 246/2000, del 16 de octubre (fundamento jurídico 3), al analizar el alcance del derecho a la prueba, destaca que se trata de:

un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del artículo 24 de la CE.⁴⁹

⁴⁸ Cfr. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., nota 2, pp. 63-115.

⁴⁹ De igual modo, véanse las SSTC 19/2001, del 29 de enero (fundamento jurídico 4); 186/2000, del 10 de julio (fundamento jurídico 4); 173/2000, del 26 de junio (fun-

El cumplimiento de estos límites exige que la prueba deba solicitarse al final de la audiencia previa, en el juicio ordinario (artículo 429.1 de la LEC), o en el acto de la vista, en el juicio verbal (artículo 443.4 de la LEC), si bien, en algunos casos, la prueba debe aportarse con anterioridad, como sucede con los documentos y los dictámenes periciales de parte.

Como puede comprobarse, el ejercicio del derecho a la prueba debe tener lugar en la primera instancia, por lo que la prueba ante el tribunal *ad quem* tiene un carácter limitado, al configurarse la apelación como una *revisio prioris instantiae*. Por este motivo, la STC 170/1998, del 21 de julio, afirma en su fundamento jurídico 2 que es “ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretenden practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso”, y la STS del 16 de junio de 2000 (RA 4424) destaca en el fundamento jurídico 2 el “carácter restrictivo, limitado o excepcional del recibimiento a prueba en segunda instancia”. En consecuencia, la prueba en apelación sólo puede solicitarse en el escrito de interposición del recurso y por lo motivos tasados en el artículo 420.2 de la LEC.

B. Límites específicos

En los límites específicos nos encontramos con todos aquellos que afectan sólo a un determinado medio de prueba. La regulación de cada uno de ellos exige para su admisión, no sólo la proposición de los mismos por una de las partes en el momento procesal oportuno sino, además, la concurrencia de una serie de requisitos *ex lege*, de muy distinta naturaleza. Afortunadamente, la LEC 1/2000 ha eliminado muchos de los límites específicos que se encontraban tanto en el Código Civil como en la LEC de 1881, si bien ha introducido otros de muy difícil justificación, especialmente respecto a la prueba pericial.

damento jurídico 3); 140/2000, del 29 de mayo (fundamento jurídico 4); 96/2000, del 10 de abril (fundamento jurídico 2); 37/2000, del 14 de febrero (fundamento jurídico 3); 33/2000, del 14 de febrero (fundamento jurídico 2); 26/2000, del 31 de enero (fundamento jurídico 2); 181/1999, del 11 de octubre (fundamento jurídico 3); 52/1998, del 3 de marzo (fundamento jurídico 2); 1/1996, del 15 de enero (fundamento jurídico 2); 94/1992, del 11 de junio (fundamento jurídico 3); 211/1991, del 11 de noviembre (fundamento jurídico 2); o el ATC 155/2000, del 14 de junio (fundamento jurídico 2).

a. Interrogatorio de las partes

En la regulación de esta prueba, el artículo 301 LEC exige que el interrogado sea la parte contraria, o el colitigante siempre y cuando en el proceso exista oposición o conflicto de intereses entre ambos colitigantes, por lo que el derecho a la prueba puede ponerse en peligro en la medida en que se impide la declaración de un coligante a instancia del otro si no hay tal conflicto de intereses, pues no podrá instar su declaración ni como testigo —al no ser tercero ajeno al proceso— ni tampoco mediante el interrogatorio de las partes.⁵⁰

Otro límite lo encontramos en el artículo 302 LEC, que exige que las preguntas se formulen en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, y referidas a los hechos litigiosos.⁵¹

Finalmente, al margen de estos límites expresamente previstos en la LEC, nos encontramos con otras situaciones no resueltas en dicho texto y que puedan afectar al correcto ejercicio del derecho a la prueba: así, por ejemplo, el problema de la identificación de la concreta persona que debe someterse al interrogatorio cuando la parte sea una persona física menor de edad. Con la vigencia de la anterior normativa probatoria, se exigía “capacidad legal” al confesante (artículo 1231.II *in fine* del CC), lo que me condujo a mantener que la prueba debía realizarse con el representante legal del menor⁵². Sin embargo, la nueva LEC no la exige, y en cuanto al sujeto que debe someterse a esta prueba sólo se refiere a la “parte”, y, estrictamente, parte es la persona física menor de edad (artículo 6.1.1 de la LEC). Si bien ello podría inducir a pensar que es el menor quien debería declarar, máxime cuando su declaración se permite para el interrogatorio de testigos siempre que tenga más de catorce años y posea el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente (artículo 361.II de la LEC), no puede comparecer en juicio y realizar actos procesales vá-

⁵⁰ Al respecto, véase mi comentario al artículo 301 de la LEC “Concepto y sujetos del interrogatorio de las partes”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, t. II, pp. 1809-1812.

⁵¹ Sobre el particular, véase mi comentario al artículo 302 de la LEC (“Contenido del interrogatorio y admisión de las preguntas”) en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, pp. 1813-1816.

⁵² Véase mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., nota 2, pp. 80 y 81.

lidamente, pues para ello debe estar “en el pleno ejercicio de sus derechos civiles” (artículo 7.1 de la LEC), razón por la cual entendemos que el interrogatorio deberá realizarse con su representante legal.⁵³

b. Interrogatorio de testigos

La regulación de esta prueba exige el cumplimiento de distintos requisitos referentes, básicamente, al sujeto que puede emitir su testimonio, a la forma en que deben realizarse las preguntas, y al objeto o contenido del testimonio:

a) En primer lugar, respecto a las personas que pueden declarar, deben examinarse los artículos 361 y 363 de la LEC.

El artículo 361 de la LEC se refiere a la “idoneidad para ser testigo”, indicándose la capacidad mínima exigible a toda persona para que pueda testificar en juicio. Así, se excluyen las “que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”. Respecto a la primera limitación, para la que se precisará una sentencia en la que expresamente se establezca dicha privación de razón de la persona propuesta como testigo,⁵⁴ a pesar de su lógica, en ocasiones puede originar resultados indeseados, y así por ejemplo, podemos pensar en todos aquellos supuestos en los que dicha persona sea la única que ha presenciado los hechos litigiosos. En mi opinión, el libre y prudente arbitrio del juez en la valoración de la declaración de estas personas sería suficiente para no impedir, de un modo absoluto y genérico, la posibilidad de su testimonio si el órgano jurisdiccional lo considera oportuno.⁵⁵ Con referencia a la segunda limitación, la lógica nos conduce a admitir su validez puesto que una persona ciega o sorda no podrá declarar en juicio que vio u oyó, respectivamente. Sin embargo, para que pueda operar este límite probatorio es necesario que el ciego sea totalmente ciego y el sordo totalmente sordo, por lo que si una

⁵³ De igual modo, véase Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 173.

⁵⁴ Véase al respecto, mi comentario al artículo 361 de la LEC “Idoneidad para ser testigos”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 1963.

⁵⁵ Esta es la solución adoptada en distintos ordenamientos procesales civiles europeos, y la que se recoge en nuestra normativa procesal penal, *ibidem*, pp. 1964 y 1965.

persona es capaz de percibir sensaciones de algún tipo, por muy débiles que sean, su declaración deberá ser posible y valorable libremente por el juez.

En el artículo 363 de la LEC nos encontramos con una norma que tiene por rúbrica “Limitación del número de testigos”, lo que puede inducir erróneamente a pensar que en dicha norma existe un límite a esta prueba respecto a su admisión. Sin embargo, en su apartado primero, tan sólo se recoge una norma distributiva del pago de los gastos que se deriven de su práctica, estableciendo que respecto a unos mismos hechos discutidos, el coste del cuarto y siguientes testigos corresponde a la parte que los haya propuesto.⁵⁶ El segundo apartado del artículo 363 de la LEC establece que el tribunal que hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos en relación con un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que falten, referentes a ese mismo hecho, si se considera suficientemente ilustrado con las ya emitidas. Tampoco en esta norma se impide la admisión de la prueba testifical, sino su práctica, por lo que el juez no puede denegar dicha prueba efectuando juicios probabilísticos sobre la futura declaración de los testigos. En cualquier caso, esta previsión normativa resulta censurable en la medida en que puede frustrar el derecho a la prueba al no permitir la declaración del cuarto y sucesivos testigos. En la medida en que se desconoce el contenido de las futuras declaraciones testificales, el juez debería abstenerse de negar la práctica de esta prueba. En mi opinión, a pesar de que el juez ya esté convencido de un hecho, la declaración de nuevos testigos puede aportarle datos que le hagan recapacitar sobre el convencimiento provisional ya adquirido, motivo por el cual debería procurar lograr la plena eficacia a esta prueba y permitir la declaración de todos los testigos propuestos. Finalmente, si el juez entiende que en la práctica de esta prueba existe una actuación maliciosa de una parte, al objeto, por ejemplo, de dilatar injustificadamente la duración del juicio, podrá rechazar la declaración del testigo aplicando los artículos 247.2 de la LEC y 11.2 de la LOPJ.

b) En segundo lugar, respecto a la forma en que deben realizarse las preguntas, el artículo 368.1 LEC exige que se formulen en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, y sin incluir valoraciones ni calificaciones.⁵⁷

⁵⁶ Para una crítica de esta norma me remito al comentario que realizo del artículo 363 de la LEC, “Limitación del número de testigos”, *ibidem*, pp. 1969 y 1970.

⁵⁷ Sobre el particular, véase mi comentario al artículo 368 de la LEC “Contenido y admisibilidad de las preguntas que se formulen”, *ibidem*, pp. 1981 a 1983.

c) Finalmente con referencia al objeto o contenido del testimonio, el artículo 371 la LEC libera al testigo de declarar cuando tenga el deber de guardar secreto por razón de su estado o profesión, o sea interrogado sobre hechos referentes a una materia legalmente declarada secreta o clasificada como de carácter reservado o secreto. En esta norma encontramos una limitación al derecho constitucional a la prueba, consistente en la falta de práctica de la prueba testifical cuando exista un deber genérico de guardar secreto, distinguiendo el legislador dos hipótesis con distinta normativa.

En primer lugar, la falta de práctica de la prueba testifical para cuando el testigo alegue que, por razón de su “estado o profesión”, tiene el “deber de guardar secreto respecto de los hechos por los que se le interroge” (por ejemplo, abogados, procuradores, notarios, médicos, periodistas, psicólogos, eclesiásticos de cualquier culto religioso, etcétera). La alegación corresponde sólo al testigo, único titular del citado derecho, y no a la parte que entienda que puede verse perjudicada por el hecho (no obstante, en este caso, dicha parte podrá intentar invalidar esta declaración probando la vulneración del deber de guardar secreto, esto es, el derecho a la intimidad de la persona que ha confiado su privacidad, reconocido en el artículo 18.1 de la CE, al estar ante un supuesto de prueba ilícita).⁵⁸ Nos encontramos aquí ante una peculiar situación de conflicto que surge entre dos derechos fundamentales, a saber, el derecho a la prueba de la parte que intenta la declaración del testigo, y el derecho a la intimidad de la persona que ha confiado al tercero el secreto que se pretende revelar en el proceso civil.⁵⁹ Para averiguar el exacto alcance de esta limitación probatoria entiendo que debe analizarse conjuntamente con distintos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico. El deber de guardar secreto tiene su justificación en la propia Constitución, cuyo artículo 18.1 recoge el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.⁶⁰ Al objeto de proteger-

⁵⁸ Así, véase Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., nota 2, p. 353, nota 231.

⁵⁹ Otros preceptos constitucionales recogen el secreto profesional como un derecho a no declarar sobre los hechos concernientes al mencionado secreto. Se trata del artículo 24.2.II, con referencia a los procesos penales, y del artículo 20.1.d, respecto a los periodistas y demás profesionales de los medios de difusión, sobre datos e informaciones logrados en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁰ En este sentido, Michavila Núñez configura el secreto profesional como “una manifestación concreta del más amplio derecho a la intimidad personal y familiar”, por lo que

los, la LO 1/1982, del 5 de mayo, que desarrolla el artículo 18.1 CE, prevé en su artículo 7.4 como “intrusión ilegítima” en tales derechos “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”. Junto a dicha previsión encontramos el artículo 2.2 de la misma Ley, que permite la declaración y revelación de los secretos, bien en virtud de una autorización prevista expresamente en la ley, o bien mediante el consentimiento expreso del titular de los mencionados derechos. De esta normativa se deducen las tres siguientes consideraciones: primera, toda persona goza del derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 de la CE), lo que se materializa o concreta, en nuestro caso, en el derecho a que no se revelen, por terceros, datos privados o secretos a los que se ha tenido acceso en virtud de una actividad profesional u oficial (artículos 18.1 de la CE en relación con el artículo 7.4 de la LO 1/1982);⁶¹ segunda: la posibilidad de revelarse los citados datos secretos se subordina a la existencia de una autorización expresa de la ley o del sujeto que los ha confiado (artículo 2.2 de la LO 1/1982), y tercera: debido al carácter “expreso”, tanto de la autorización legal como del consentimiento del titular del derecho a la intimidad, deberá rechazarse toda declaración reveladora de secretos realizada con omisión de tales exigencias, al producirse la vulneración del mencionado derecho a la intimidad. En consecuencia, entiendo que dicha declaración no

—sigue indicando el autor— es “la protección del derecho a la intimidad del depositante del secreto la clave de bóveda de la institución”, “El artículo 24 de la Constitución y el derecho al secreto profesional: una visión unitaria de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 56, octubre-diciembre 1987, pp. 538 y 547.

⁶¹ Obviamente, como ha destacado la jurisprudencia del TS, la presente limitación probatoria no es absoluta, es decir, no imposibilita toda eventual declaración de un testigo que pueda guardar secretos de una de las partes litigantes, sino sólo la declaración referente a este último extremo. Así, respecto al carácter restrictivo del derogado artículo 1.247. 5 del Código Civil (CC) (de contenido similar al aquí examinado) *cfr.* la STS de 12 de noviembre de 1985, fundamento jurídico 2 (RA 5578), o la del 5 de marzo de 1981, considerando 2 (RA 899), en la que se indica: “[...] toda vez que si ciertamente el citado núm. 5 del artículo 1.247, en relación con el artículo 1.245, ambos del CC, establece la inhabilidad, por disposición de la ley, de “los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado”, la incapacidad que al respecto implica no es absoluta, en el sentido, en lo que se refiere al Abogado, de que el mero hecho de serlo pueda ser rechazado tanto *a priori* como en las manifestaciones testificales que haya rendido, sino relativa, dependiente de que por la índole de las preguntas que se hubieren formulado y contestado afecten a un real y efectivo secreto profesional [...]”. De igual modo, *cfr.* la STS del 2 de abril de 1971, considerando 1 (RA 1563).

deberá “surtir efecto”, esto es, no podrá ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional para fundamentar su sentencia, en virtud del artículo 11.1 de la LOPJ y 283.3 de la LEC, al constituir éste un supuesto de prueba ilícita. A modo de conclusión, entiendo que del desarrollo orgánico del artículo 18.1 de la CE se deriva una matización respecto al carácter genérico del límite probatorio previsto en el artículo 371 de la LEC, pues es admisible y eficaz la declaración que un testigo realice sobre datos o informaciones acerca de los cuales deba guardar secreto, cuando ello se prevea *ex lege* o exista una autorización expresa del titular del derecho a la intimidad. En caso contrario, el debido respeto a este derecho justifica el presente límite a la prueba testifical, y la consecuente prohibición del juez de valorar el testimonio logrado vulnerando el derecho fundamental a la intimidad.

Y, en segundo lugar, la limitación probatoria puede producirse cuando el testigo alegue que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, el tribunal podrá denegar la formulación de la pregunta formulada o, si lo considera necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, podrá requerir al órgano competente el documento oficial que acredite el carácter reservado o secreto de la materia sobre la que se ha preguntado al testigo. Dicha petición se hará mediante providencia, lo que pone de manifiesto la voluntad del legislador de que el juez se limite a formular dicha petición, sin que motive o razone la necesidad de la declaración testifical para la justa resolución del litigio. Si el citado órgano determina que dicha materia no tiene el carácter reservado o secreto, el testigo deberá contestar a las preguntas que se le formulen; si, por el contrario, certifica dicho carácter, el juez sólo podrá unir a los autos el documento remitido por el citado órgano y dejar constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial. La presente regulación normativa es sumamente deficiente e insatisfactoria, y en la medida en que ya he tenido ocasión de manifestarme con profundidad de razonamientos en otro lugar, me remito a lo ya indicado en dicho estudio.⁶²

Para concluir los límites a esta medio probatorio debo referirme a dos normas que establecen una injustificada limitación al derecho a la prueba.

a)

⁶² Véase mi comentario al artículo 371 de la LEC “Testigos con deber de guardar secreto”, *op. cit.*, nota 15, pp. 1992-1998.

El artículo 51 Código de Comercio (CC), según el cual la declaración de testigos no resulta bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1 500 pesetas salvo que no concurra con alguna otra prueba. A pesar de que estamos en presencia de una norma referente a la valoración de la prueba, y no su admisión, su vigencia resulta cuestionable por cuanto limita la eficacia del derecho a la prueba, y este límite resulta injustificable en la medida en que no existe otro derecho fundamental o un valor o bien constitucionalmente protegido que, en virtud del criterio de la proporcionalidad, justifique la limitación del mencionado derecho a la prueba.⁶³

- b) Y el artículo 379.1 de la LEC, en el que no se permite la prueba testifical para acreditar la tacha del testigo. Si bien esta prohibición probatoria no afecta directamente al hecho litigioso, respecto del cual se permite el interrogatorio de testigos, si alcanza el derecho a intervenir en toda su extensión en la práctica de los diversos medios de prueba, independientemente de quien lo haya solicitado, por lo que se limita de esta forma el derecho a la prueba. Mediante esta prohibición no sólo se reduce la posibilidad de contradecir la declaración del testigo, al acreditar su falta de imparcialidad, sino que se impide al juez poder valorar debidamente dicha declaración. Como indiqué con anterioridad, el carácter fundamental del derecho a la prueba impone al legislador determinadas pautas al objeto de permitir su máxima virtualidad y eficacia, esto es, posibilitar la mayor actividad probatoria, y la norma aquí comentada viene a desconocer esta realidad constitucional, sin que exista otro derecho, valor o bien constitucionalmente protegido que justifique esta limitación.

c. Prueba documental

La proposición de esta prueba presenta, desde el punto de vista del procedimiento probatorio, una singularidad: la aportación *in limine litis* de los do-

⁶³ A mayor abundamiento, es posible mantener la tesis planteada por Chozas Alonso, según la cual el artículo 51 Código de Comercio ha sido derogado tácitamente por la Disposición Derogatoria de la Ley 1/2000, *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2001, p. 88.

cumentos (públicos o privados) fundamentales,⁶⁴ tanto los procesales (artículo 264 de la LEC), como los materiales (artículo 265 de la LEC), esto es, los que recogen los hechos que constituyen la *causa petendi* invocada por el actor (o por el demandado en la hipótesis de existir reconvencción), y los que justifican la realidad fáctica en la que el demandado funda su defensa u oposición.⁶⁵

En consecuencia, de la citada normativa se desprende un límite probatorio de especial relevancia práctica: los documentos materiales poseídos por una parte no aportados en este momento procesal no podrán serlo con posterioridad (artículo 269.1),⁶⁶ precluyendo así la posibilidad de ejer-

⁶⁴ Para un análisis en profundidad de la presentación inicial de documentos en el proceso civil, vid. los trabajos de Guasp Delgado, J., “La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. I, 1945, pp. 59-99; Oliva Santos, A. de la, “La presentación de documentos”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. IV, 1970, pp. 875-899, y el de Montero Aroca, J., “Presentación de documentos materiales con la demanda y la contestación”, *Poder Judicial*, núm. 17, marzo de 1990, pp. 37-67.

⁶⁵ Al respecto, debemos destacar que la jurisprudencia entiende por documentos fundamentales o básicos, los que “generan la «causa petendi» invocada” (SSTS del 24 de octubre de 1994, foja 7, RA 7681, y 16 de julio de 1991, foja 1, RA 5389); “afectan a lo sustancial del pleito” (STS del 2 de junio de 1990, foja 1, RA 4724); aquéllos en los que “se apoya la acción ejercitada” (STS del 16 de febrero de 1990, foja 2, RA 691); los “que generan la *causa petendi* invocada, es decir, los verdaderamente fundamentales” (STS del 26 de abril de 1985, considerando 1, RA 1.991); los “que por ser básicos de la pretensión, han de ser presentados *in limine litis* en cuanto que generan la causa de pedir” (STS del 24 de octubre de 1978); los que “(conciernen) al fondo del pleito” (STS del 7 de febrero de 1970, considerando 3, RA 686); los “que generan la causa de pedir invocada en el pleito, con la consiguiente excepción de las demás” (STS del 9 de diciembre de 1960, considerando 1, RA 4110), los “fundamentales del derecho que se alega, y los demás secundarios o coadyuvantes del mismo, justificativos de hechos que guardan relación inmediata con la cuestión en el pleito y aun pudieran influir en su decisión” (STS del 3 de abril de 1954, considerando 3, RA 1011).

⁶⁶ Sobre este particular, la STS del 7 de abril de 1993, foja 1 (RA 2.795), sostiene: “La presentación de tales documentos plantea el problema de resolver sobre su oportuna aportación y, consecuente admisibilidad [...] no procede admitir los documentos por cuanto pudieron ser interesados y aportados perfectamente en primera instancia y, en todo caso, en la segunda [...] es de concluir que aquéllos no es dable entenderlos comprendidos en los artículos 506.1 y 1724 del Texto Procesal, y que procede, por tanto, rechazar los meritados documentos”. De igual modo, véanse las SSTS del 24 de octubre de 1994, foja 7 (RA 7681); 20 de abril de 1991, foja 2 (RA 3012), y 7 de mayo de 1988, foja 1 (RA 4022); así como la STC 3/1984, del 20 de enero (foja 3), según la cual: “En materia de presentación de documentos, la norma general no es, como es sabido, la de reservar su aportación para el período probatorio, sino la de adelantar el trámite al momento de presentación de la demanda o de la contestación”, por lo que la denegación por el Tribunal ordinario de la prueba documental presentada extemporáneamente —sigue indicando el TC— no supone una

citar el derecho a la prueba en cuanto a la prueba documental.⁶⁷ En función de ello, el órgano jurisdiccional deberá apreciar *ex officio* dicha circunstancia,⁶⁸ pues la aportación extemporánea de los mencionados documentos al margen de contravenir, como indican la doctrina y la jurisprudencia, el principio de la buena fe o ética procesal,⁶⁹ supone una manifiesta desigualdad para la parte sorprendida por la actuación maliciosa de su contraria, susceptible de provocarle indefensión.⁷⁰

infracción del derecho a la prueba. En esta línea, la SAP de Baleares del 1o. de febrero de 1994 (fundamento jurídico 3), destaca que “la aportación, en período probatorio, del documento en el que el demandado intentaba fundar la excepción de pago ha sido extemporánea”, razón por la cual resulta correcta su inadmisión (*cf.* *Tribunal*, núm. 3, 1994, p. 840).

⁶⁷ Evidentemente, la preclusión de esta posibilidad no comporta la inadmisión de la demanda, así como tampoco que deba inevitablemente dictarse una sentencia desfavorable sobre el fondo, pues como observa Montero Aroca, *op. cit.*, nota 65, p. 62, “a la largo del proceso puede producirse alguna contingencia que permita, a pesar de la falta de los documentos, el éxito de la demanda [por ejemplo, el demandado reconoce el hecho constitutivo en la contestación o lo admite en la confesión]”.

⁶⁸ En este sentido, el artículo 269.1 de la LEC imperativamente establece: “Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos... *no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos...*”.

⁶⁹ Al respecto, véanse mis trabajos *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 2003, pp. 157 y 158, y “Aproximación al principio de la buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2001, pp. 958 y 959.

⁷⁰ En este sentido, la STS del 18 de diciembre de 1991, fundamento jurídico 2 (RA 9400), casa y anula la de instancia por permitir “la introducción de un documento fundamental para el derecho del actor, autor de tal conducta, fuera del período expositivo del pleito, sin justificar, que se halla en las circunstancias previstas en la LECiv (artículo 506), ni por tanto con posibilidad de que la otra parte litigante alegue lo que crea oportuno (artículo 508 de la LECiv), y fuera del período probatorio también [...] cúmulo de irregularidades, generadoras de indefensiones por doquier para la recurrente, que esta Sala tiene el deber de reparar”. De igual modo, la SAP de Baleares del 1o. de febrero de 1994 (fundamento jurídico 3), destaca que el principio de la preclusión en la aportación de documentos va encaminado a evitar la indefensión, proscriba en el artículo 24 de la Constitución (*cf.* *Tribunal*, núm. 3, 1994, p. 840).

De igual modo, Montero Aroca, *op. cit.*, nota 65, pp. 47 y 48, afirma que “la finalidad o razón de ser de la especialidad del artículo 504 de la LEC de 1881 (más el artículo 503.2, en su segundo inciso), *atiende a la igualdad entre las partes, en el sentido de que no puede producirse indefensión para algunas de ellas*. Lo que se trata es de evitar que una parte presente los documentos fundamentales en que apoya su pretensión o resistencia en un momento procesal en que la otra no puede probar en contra (dice la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de octubre de 1963) o, desde un punto de vista complementario, lo que se tra-

No obstante, la exigencia de aportar los documentos materiales *ab initio* tiene tres importantes excepciones:

- a) La primera —prevista en el artículo 270 de la LEC—⁷¹ se justifica en la medida en que hay una imposibilidad para la parte interesada de realizar dicha aportación, imposibilidad que puede deberse a tres factores: a la inexistencia del documento, por ser de fecha posterior a los escritos de demanda y contestación, o en su caso a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales (artículo 270.1.1 de la LEC); al desconocimiento de su existencia, siempre que la parte que tenía la carga de su aportación justifique no haber tenido conocimiento de su existencia (artículo 270.1.2 de la LEC); o a la indisponibilidad del mismo, por causas no imputables al litigante interesado y siempre que haya designado oportunamente el archivo o lugar en que se encuentren los originales (artículo 270.1.3 de la LEC). Todos estos documentos pueden aportarse antes de que concluya la vista o juicio, de acuerdo al artículo 271 de la LEC.
- b) La segunda excepción a la necesidad de presentar los documentos materiales *in limine litis* alcanza a los no esenciales o fundamentales; los que tienen por finalidad contrarrestar las alegaciones formuladas por el demandado en su contestación a la demanda (artículo 265.3 *in fine* de la LEC);⁷² así como los que sirven para

ta es de lograr que cada parte sepa, en la fase de alegaciones, cuál es la justificación documental en que apoya su pretensión o resistencia la contraria (dice la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de noviembre de 1965)”.

⁷¹ Para un estudio más extenso de esta norma me remito a mi comentario al artículo 318 de la LEC, “Modo de producción de la prueba por documentos públicos”, *op. cit.*, nota 15, pp. 1849 a 1855.

⁷² De este modo, la STS del 9 de marzo de 1999, fundamento jurídico 1 (RA 2142) destaca que la obligación de aportar *in limine litis* los documentos no alcanza a “los documentos precisos para desvirtuar las excepciones opuestas por los demandados, pues en otro caso se causaría indefensión”; la de 9 de marzo de 1994, fundamento jurídico 1 (RA 2205), afirma que los artículos 504 y 506 de la LEC no se infringen cuando el actor aporta documentos para destruir las excepciones opuestas por el demandado, manifestando que “no puede negarse al demandante la posibilidad de probar hechos tendentes a desvirtuar alegaciones de la parte demandada”. De igual modo, la STS del 16 de junio de 1991, fundamento jurídico 1 (RA 5389), sostiene la eficacia probatoria de la documentación no aportada con la demanda “encaminada a combatir las alegaciones de su adversario, que ni conocía anticipadamente, ni podía preverlas presuntivamente”; y la STS del 2 de junio de 1990, fundamento jurídico 1 (RA

acreditar las aclaraciones, correcciones, rectificaciones o modificaciones fácticas permitidas por la ley,⁷³ respecto de los cuales cabe incorporarlos al proceso bien durante la audiencia previa (si se trata de documentos del actor respecto a las alegaciones del demandado: artículo 265.3 de la LEC) o el juicio.⁷⁴

- c) Y, por último, el momento preclusivo para la presentación de documentos no alcanza a las facultades del Tribunal, que podrá incorporar al proceso los que estime necesarios, a través de las diligencias finales (artículo 435 de la LEC).⁷⁵

Finalmente, en el artículo 332 de la LEC, que regula el deber de exhibición documental de las entidades oficiales, nos encontramos con otra previsión susceptible de limitar la eficacia del derecho a la prueba. En esta norma se prevé, en materia de aportación de documentos, un tratamiento privilegiado a favor de la Agencia Tributaria. Si bien se impone el deber de exhibición documental a las entidades oficiales, ello no alcanza a los documentos de carácter reservado o secreto, por lo que la LEC sigue manteniendo la posibilidad de que la Agencia Tributaria, amparándose en el artículo 113 de la Ley General Tributaria —que establece el carácter “reservado” de los datos obtenidos por la Administración Tributaria— se niegue a colaborar con los Tribunales. En mi opinión, en un verdadero Estado de derecho nadie puede ser inmune a la justicia y al

4724), manifiesta que “la prohibición contenida en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] no afecta, por tanto, a los (documentos) que se presentan para destruir las excepciones opuestas por el demandado [...] al tratarse de documentos no fundamentales sino dirigidos a desvirtuar las excepciones y alegaciones formuladas de contrario cuya entrada en autos es admisible en periodo probatorio”; la del 7 de marzo de 1990, fundamento jurídico 1 (RA 1675), afirma que cuando “se trate de documentos presentados con posterioridad a la demanda que tengan por objeto destruir las excepciones opuestas por la parte demandada, supuesto en el que, al admitirlos, no se infringe el artículo 506 de la LEC [...]”; y la del 14 de febrero de 1989, fundamento jurídico 1 (RA 836), indica que el artículo 504 de la LEC no afecta a los documentos “tendientes a desvirtuar la oposición de la parte contraria, esto es, para atacar las excepciones o contestación de los demandados”.

⁷³ Al respecto, véase la STS del 16 de abril de 1990, foja 1 (RA 2761) y la de 10. de julio de 1960, considerando 1 (RA 2616).

⁷⁴ Así, por ejemplo, véase la STS del 24 de octubre de 1994, foja 7 (RA 7681) y la del 16 de julio de 1991, foja 1 (RA 5389).

⁷⁵ En este sentido se pronuncian expresamente, si bien con referencia a las diligencias para mejor proveer de los artículos 340 y ss. de la LEC de 1881, las SSTS del 24 de enero de 1990, foja 2 (RA 21); 24 de marzo de 1990, foja 2 (RA 1725), o la de 8 de octubre de 1990, foja 2 (RA 7480).

deber de colaborar con la misma, y sólo en supuestos muy excepcionales (así, por ejemplo, cuando esté en peligro la seguridad del Estado) cabe negarse a lo solicitado por un juez. Si lo que pretende es garantizarse la intimidad de los datos suministrados a la Agencia Tributaria, no existe mayor garantía que la intervención del juez para velar por el respeto de dicha intimidad. Sin duda alguna, el privilegio atribuido a la Agencia Tributaria es del todo injustificado, por lo que debería suprimirse al limitar la eficacia del derecho a la prueba del solicitante. De lo contrario, podría parecer que la Agencia Tributaria, en pugna con la administración de justicia, se niega a entregar los datos que gestiona al único objeto de garantizar la eficacia del procedimiento ejecutivo de sus propios créditos ante los ciudadanos⁷⁶. No obstante, mientras no se produzca este cambio normativo, la única solución práctica al problema planteado pasa por requerir de exhibición a la parte contraria de los documentos gestionados por la Agencia Tributaria (en cuyo caso, de negarse, podrá aplicarse la sanción prevista en el artículo 329), o requerirle para que autorice a dicho órgano a librar tales documentos (en cuyo caso, la Agencia Tributaria ya no podrá negarse a entregarlos).⁷⁷

d. Dictamen pericial

La regulación que la nueva LEC ofrece de la prueba pericial plantea diferentes deficiencias constitucionales, limitando excesivamente los derechos a la igualdad procesal, a la defensa y a la prueba.⁷⁸

Así, la obligación de aportar el dictamen pericial de parte *in limine litis*, junto con la demanda y contestación (artículo 336.1) introduce múltiples factores de desigualdad, perjudicando muy especialmente al litigante con escasos recursos económicos, ya que difícilmente podrá proveerse de un inicial dictamen pericial, y ello sucederá al margen de que sea o no titular del derecho a la justicia gratuita:

⁷⁶ Ya así me pronuncié en “La ejecución de las sentencias civiles y la Agencia Tributaria: un despropósito de técnica legislativa”, *Justicia*, 1998, 1-2, p. 220.

⁷⁷ Sobre el particular, véanse las sugerentes reflexiones de Muñoz Sabaté, L., “De cómo probar los «hechos secretados» en el proceso civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1997, pp. 125-133.

⁷⁸ Para un completo estudio de esta prueba en la LEC 1/2000, véase mi trabajo *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 2001.

- a) Si el justiciable es beneficiario de dicho derecho, una vez iniciado el proceso, podrá solicitar la designación judicial del perito (artículo 339.2 de la LEC). De la lectura concordada de esta norma con el artículo 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se llega a la conclusión de que la intervención del perito no se prevé con carácter previo al proceso. De este modo, la nueva ley procesal civil viene a consagrar una evidente desigualdad de trato entre las partes litigantes, ya que a la titular del derecho a la justicia gratuita se le impide obtener un dictamen pericial previo a la elaboración de la demanda o contestación, y ello, en términos de defensa, es fundamental para el abogado que desee redactar motivadamente sus alegaciones. Por ello, entiendo que lo procesalmente correcto es que se reconozca a todos el derecho al dictamen extrajudicial, lo que exige la modificación de la LEC y la LAJG.⁷⁹
- b) Y, si el justiciable percibe más del doble del salario mínimo interprofesional, nos encontraremos con multitud de situaciones en las que no podrá pagar el coste que supone la realización de un dictamen (así, por ejemplo, en materia de responsabilidad decenal, sanitaria, etcétera). Es cierto que la LEC permite a las partes solicitar, en sus escritos de alegaciones, la designación judicial del perito, pero el dictamen deberá realizarse, en principio, a su cargo,⁸⁰ mediante el pago previo de la provisión de fondos que el juez admita al perito, y que es fijada sin audiencia a las partes, quienes no tienen así posibilidad alguna de discutir la cuantía de la provisión de fondos y la forma de efectuarse el pago (artículo 339.2.I). En definitiva, la exigencia de pagar previamente el dictamen pericial —tanto el privado como el efectuado por un perito judicialmente designado— como fácilmente puede sospecharse, en la práctica produce una evidente desigualdad de armas procesales, pues los justiciables con menos recursos económicos, al no poder afrontar el coste del dictamen pericial, no tienen más remedio

⁷⁹ De igual modo, *cf.* Blasco Soto, M. C., “La asistencia pericial gratuita en la LEC de 2000”, *La Ley*, núm. 5188, 21 de noviembre de 2000, p. 3.

⁸⁰ Salvo que sea titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita (al respecto, véase los artículos 60. de la LAJG y 38 y 39 del Reglamento de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

que renunciar tácitamente a él, cercenándose así *de facto* su derecho a la prueba.⁸¹

De igual modo, la obligación de aportar inicialmente los dictámenes periciales privados incorpora otra desigualdad, esta vez para el demandado, pues deberá en pocos días (veinte como máximo)⁸² proveerse de un dictamen que contradiga el presentado por el actor que, para efectuar el suyo, habrá disfrutado de un plazo temporal mucho mayor. Si bien es cierto que la LEC permite al demandado, que se vea imposibilitado de aportar inicialmente su dictamen privado, introducirlo antes de la audiencia previa, en el juicio ordinario, o de la vista, en el verbal (artículo 337.1), no lo es menos que para ello deberá justificar debidamente dicha imposibilidad de aportación inicial del dictamen, y esperar que el juez estime razonable su justificación. En consecuencia, al margen de la citada desigualdad, la nueva regulación incorpora una excesiva inseguridad jurídica para el demandado, pues supedita su petición a presupuestos difusos de impredecible apreciación. Pero incluso en este caso, de admitirse la posterior aportación del dictamen pericial privado al demandado, *de facto* se le restringe su derecho a la defensa en la medida en que su letrado deberá efectuar la contestación a la demanda sin ningún tipo de asesoramiento científico o técnico (a diferencia de lo que podrá haber sucedido con el actor). Probablemente, la única solución al problema aquí planteado hubiese sido permitir la prórroga o la suspensión del plazo para presentar la contestación si, debidamente justificada, se acredita la necesidad de un plazo mayor para la obtención del dictamen pericial imprescindible para fundamentar, en términos de defensa, los argumentos y razonamientos de la contestación a la demanda.

⁸¹ Igualmente crítico se muestra Esparza Leibar para quien “da la impresión que el mero hecho de pagar (de forma quizá algo incontrolada) soluciona cualquier problema en esta materia. Mientras que la circunstancia de no hacerlo, no como consecuencia de una actitud obstruccionista o de falta de lealtad procesal, sino por un desacuerdo que puede ser legítimo, acarrea graves consecuencias en relación con la actividad probatoria, en concreto con el dictamen pericial. Ello puede incidir negativamente en el principio de igualdad (desigualdades desde el punto de vista económico) que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, aún suponiendo un gran avance, no puede absolutamente garantizar”, *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 139.

⁸² Éste es el plazo para efectuar la contestación a la demanda (artículo 404).

Otro problema de especial relevancia práctica, en orden a no cercenar *de facto* el derecho a la prueba, es el de la inclusión del gasto del dictamen pericial de parte dentro de las costas procesales: en la medida en que no se pueda repercutir este gasto, es posible que el justiciable renuncie tácitamente a esta prueba ante el temor de no recuperar dicho importe de la parte vencida. A pesar de que no estamos ante una cuestión pacífica en la doctrina, a mi entender —como analicé en otro lugar—⁸³ dentro de la condena en costas debe incluirse el gasto derivado de la elaboración del citado dictamen pericial, con los límites del artículo 243.2.II de la LEC. Sólo así se evita el temor a llevar a cabo esta actividad probatoria y, en consecuencia, desaparece la posibilidad de que exista una renuncia tácita al derecho a la prueba.

Por último, el artículo 343.2.II LEC establece una limitación probatoria absolutamente injustificada, consistente en la prohibición de la prueba testifical para acreditar la tacha del perito. Si bien esta prohibición probatoria no afecta directamente al hecho litigioso, respecto del cual se permite el dictamen pericial, si alcanza el derecho a intervenir en toda su extensión en la práctica de los diversos medios de prueba, independientemente de quien lo haya solicitado, por lo que se limita de esta forma el derecho a la prueba. Mediante esta prohibición no sólo se reduce la posibilidad de contradecir el dictamen del perito, al acreditar su falta de imparcialidad, sino que se impide al juez poder valorar debidamente dicho dictamen. Como indiqué con anterioridad, el carácter fundamental del derecho a la prueba impone al legislador determinadas pautas al objeto de permitir su máxima virtualidad y eficacia, esto es, posibilitar la mayor actividad probatoria, y la norma aquí comentada viene a desconocer esta realidad constitucional, sin que exista otro derecho, valor o bien constitucionalmente protegido que justifique esta limitación.

e. Reconocimiento judicial

Para la admisión de esta prueba, el artículo 353 de la LEC sólo exige al solicitante que exprese los extremos principales sobre los que quiere que se realice el reconocimiento judicial, e indique si concurrirá al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Sobre este último extremo, no es necesario identificar dicha persona en la audiencia previa o el juicio,

⁸³ *La prueba pericial en el proceso civil español, cit.*, nota 79, pp. 162-164.

en primer lugar, porque la LEC no lo establece, y en segundo lugar, porque su identificación no añade nada nuevo en orden a admitir o denegar esta prueba. Pero en todo caso, si es necesario, si se desea que concurra a la práctica del reconocimiento judicial, ponerlo de manifiesto en el momento de proponer esta prueba.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho a la prueba posee un contenido mínimo que, en su configuración legal, debe ser siempre respetado. Este contenido mínimo se reduce a que los tribunales admitan, practiquen y valoren todas aquellas pruebas pertinentes, útiles y lícitas (límites intrínsecos) solicitadas por la parte, siempre que respeten los requisitos legales de proposición (límites extrínsecos genéricos) y se adecuen a los concretos requisitos de cada medio probatorio (límites extrínsecos específicos).

La configuración que la LEC 1/2000 realiza del derecho a la prueba es respetuosa con el citado contenido mínimo de este derecho, si bien en algunas ocasiones, como se ha analizado, la literalidad de ciertas normas puede impedir que despliegue su máxima virtualidad. Por ello, en estos casos, debe exigirse de los tribunales una interpretación flexible y amplia de dichas normas que permitan a las partes disfrutar plenamente de su derecho fundamental a la prueba.

Por último, resulta criticable la doctrina del Tribunal Constitucional que niega autonomía o sustantividad propia en amparo al derecho a la prueba, en la medida en que exige al recurrente que acredite no sólo la vulneración del citado derecho, reconocido en el apartado segundo del artículo 24 de la CE, sino además, que justifique la infracción del apartado primero de dicha norma, esto es, que se le ha causado una indefensión material. En mi opinión, el derecho fundamental a la prueba, al poseer un contenido y límites plenamente identificables y propios, debería ser amparable como tal, sin necesidad de exigir la infracción de otras garantías constitucionales, como la proscripción de la indefensión.