

LA PRUEBA ILÍCITA Y SU CONTROL EN EL PROCESO CIVIL

RAFAEL BELLIDO PENADÉS

I. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA.—II. SUPUESTOS DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL: 1. *Cuestiones generales*: A) *Formas de obtención de las fuentes de prueba*. B) *Habilitación legal de la injerencia*. 2. *Supuestos específicos*: A) *Intervención de las comunicaciones*. B) *Entrada y registro de domicilio*. C) *Prueba biológica*. D) *Prueba audiovisual*.—III. SU TRATAMIENTO PROCESAL EN EL PROCESO CIVIL: 1. *Control en la instancia*: A) *Control de oficio y a instancia de parte*. B) *Incidente contradictorio*. C) *Requisito temporal*. D) *Recursos contra la decisión del incidente*. 2. *Control en los recursos extraordinarios*: A) *Recurso de casación*. B) *Recurso extraordinario por infracción procesal*.—IV. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

La consagración de derechos y libertades fundamentales en la Constitución de 1978 y el reconocimiento de su naturaleza tanto subjetiva como objetiva ha supuesto en nuestro ordenamiento procesal el establecimiento de límites a la eficacia de la prueba mediante la cual se vulneren derechos fundamentales. Es cierto que existe un interés público y legítimo en alcanzar la verdad material en el seno del proceso. Como también lo es la necesaria protección eficaz de los derechos básicos o fundamentales de los justiciables. Y en ocasiones surgen situaciones de conflicto entre el interés público en la obtención de la verdad procesal y la protección eficaz de los derechos fundamentales, resultando preciso fijar los límites de la protección de ambos derechos e intereses relevantes constitucionalmente y alcanzar reglas para la solución de las situaciones de conflicto.

Un primer paso se dio por la jurisdicción constitucional con la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que, tras poner de manifiesto la insatisfactoria solución en la legislación procesal del problema de la prueba realizada con vulneración de derechos fundamentales ante la falta de disposición expresa al respecto, consideró que, pese a la laguna legal, la interdicción procesal de dicha prueba deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución), lo que implica la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida vulnerando un derecho o libertad fundamental, cuya garantía exige la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— vulnerador de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y la necesidad institucional de no confirmar contravenciones de los derechos fundamentales.

Como consecuencia del anterior pronunciamiento el legislador procesal incorporó una norma sobre el régimen de eficacia de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales, estableciéndose un año después en el artículo 11.1 de la LOPJ de 1985 que en todo tipo de procesos «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Este precepto poseía la virtud de sancionar con la ineficacia la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, pero, además de los problemas que entrañaba la redacción del precepto (1), no establecía el procedimiento que debía seguirse para cuestionar y, en su caso, declarar la inadmisibilidad y/o falta de eficacia de la prueba ilícita. Esa laguna la colma la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 287 (2).

En principio, podría considerarse como prueba ilícita toda aquella prueba que se obtenga o practique de forma contraria a la ley (por ejemplo, admisión de medios de prueba inútiles o impertinentes *ex art.* 283 LEC). Sin embargo,

(1) Sobre el particular *vid.* ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, 1989, págs. 82 y sigs.; DÍAZ CABIALE, J. A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos del CGPJ*, 1991, págs. 122 y sigs.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Prueba ilegítimamente obtenida», *La Ley*, 1990, I, pág. 1024, y PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas, Justicia», 1986, págs. 362 y sigs. Así mismo, sobre la distinción entre obtención directa o indirecta de fuentes de prueba y sobre la doctrina constitucional sentada en la STC 81/1998, de 2 de abril, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Universidad de Valencia, 2003, y ASENCIO MELLADO, J. M.^a, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil Práctico*, t. IV, La Ley, 2001, págs. 126-127. Más recientemente, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Tirant lo Blanch, 2009.

(2) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, pág. 326, y GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, pág. 1025.

es pacífico en la doctrina reservar el concepto de prueba ilícita para la prueba producida con vulneración de derechos fundamentales, concepto, por tanto, más restrictivo y con efectos más incisivos —ineficacia— que el de prueba irregular o ilegal. En efecto, no resulta razonable sancionar con la ineficacia todo supuesto de irregularidad procesal producida en materia de prueba, en cuanto obtenida o practicada en forma contraria a lo dispuesto en la ley, habida cuenta que la Constitución también garantiza el derecho fundamental a los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) (3). De modo que en los supuestos de pruebas irregulares, en las que se infringen normas procesales de rango infraconstitucional, el efecto jurídico será el que en cada caso establezca la norma infringida (4). Así se desprende además del artículo 11.1 de la LOPJ y del artículo 287 de la LEC, que se refieren, respectivamente, a las pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales y a la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba (5).

Así mismo, es conocida la distinción entre fuentes y medios de prueba. Las fuentes de prueba hacen referencia a los elementos existentes en la realidad con independencia del proceso y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Mientras que los medios de prueba sólo existen en el proceso, al constituir la actividad procesal mediante la que se incorporan al proceso

(3) PICÓ I JUNOI, J., «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Dir. Abel Lluch y Picó i Junoy), Bosch, 2006, págs. 19 y sigs.

(4) ASENSIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil...*, ob. cit., pág. 126, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba en el proceso civil», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 37, 2002, pág. 5. De hecho, ya en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, se introducía la distinción entre las distintas clases de infracciones que se podían cometer en materia de prueba: «En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.»

(5) En este sentido la SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) 30 de abril de 2008, JUR 2008\331706, rechaza la pretensión de nulidad del juicio, fundada en que la extracción de las muestras de las demandadas para realizar la prueba biológica lo fue en día inhábil, y en haberse realizado sin intervención de las partes y del Secretario judicial, porque «quedan excluidas de dicha inefectividad (prescrita en el art. 11 LOPJ) las pruebas obtenidas con infracción de normas civiles o de otra naturaleza ya que sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan derechos fundamentales al obtenerlas».

las fuentes de prueba a fin de obtener en el proceso la información sobre los hechos (6).

Partiendo de esa distinción, debe tenerse en cuenta, como mantiene la mayoría de la doctrina, que, aunque la ilicitud puede derivar excepcionalmente de que la vulneración del derecho fundamental se produzca con motivo de la actividad de práctica del medio de prueba, lo más frecuente será que la lesión se produzca en las actividades de búsqueda y obtención de las fuentes de prueba (7).

II. SUPUESTOS DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL

1. Cuestiones generales

A) Formas de obtención de las fuentes de prueba

La prueba ilícita se produce sobre todo en el proceso penal y con motivo de la actividad de búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, pero ésta también puede producirse en el proceso civil. Así mismo, la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la fuente de prueba puede producirse como consecuencia de la simple actuación de los particulares (8), o como consecuencia de la intervención de los órganos jurisdiccionales que conocen del proceso.

(6) En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con otros), Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 353.

(7) En este sentido, ASENSIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida...*, ob. cit., pág. 82; VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, 1993, pág. 121; GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, pág. 1025; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., pág. 359. En sentido contrario, limitan el concepto de prueba ilícita a la actividad de obtención de la fuente de prueba MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, 2005, pág. 158, y PASTOR BORGONÓN, B., *Eficacia en el proceso...*, ob. cit., págs. 39-40. En igual sentido, la SAP Islas Baleares (Sección 3.ª) 30 de abril de 2008, JUR 2008\331706, rechaza la pretensión de nulidad del juicio porque «quedan excluidas de dicha inefectividad (prescrita en el art. 11. LOPJ) las pruebas obtenidas con infracción de normas civiles o de otra naturaleza ya que sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan derechos fundamentales al obtenerlas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él».

(8) ASENSIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil Práctico*, t. IV, La Ley, 2001, págs. 128-130; MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., pág. 159, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 8. Ya la STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, declara que: «Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera

Ciertamente, en ocasiones son los particulares los que proceden a la obtención privada de las fuentes de prueba para la preparación de un determinado proceso, ya sea directamente, o ya sea encargando su obtención a profesionales de investigación privada (9). Piénsese en la lesión del derecho fundamental a la intimidad personal o familiar (art. 18. 1 CE) como consecuencia de la utilización de medios de grabación y reproducción de la palabra, del sonido o de la imagen, o por efecto del indebido acceso a instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras u operaciones matemáticas (art. 299.2 LEC); o piénsese que a través de los anteriores medios o instrumentos puede afectarse también al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Igualmente, y sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera generar, también los particulares o los profesionales de la investigación privada contratados por éstos podrían adquirir fuentes de prueba vulnerando el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE).

En esos casos, la vulneración de los derechos fundamentales, de producirse, se realizaría en la realidad extraprocésal y, como tal, no podría imputarse su lesión al órgano jurisdiccional (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 1). No obstante, la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento conllevaría la exigencia de que se inadmitiera la práctica de medios de prueba cuyas fuentes se habían obtenido vulnerando derechos fundamentales o, de practicarse, la imposibilidad de valorar esos medios de prueba, como consecuencia de la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), según ha reiterado la jurisprudencia constitucional.

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional declaró que la valoración de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales constituía vulneración tanto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como del derecho a la igualdad (art. 14 CE). Sin embargo, paulatinamente ha concretado que el derecho fundamental vulnerado en esos casos es el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (10).

del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el “deterrent effect” propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo— ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.»

(9) ASENSIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil...*, ob. cit., págs. 130-131, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., págs. 8-9.

(10) Así, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12, si bien parte de las anteriores declaraciones de la STC 114/1984, en la fundamentación jurídica acaba concluyendo que «por ello, en el presen-

Sin embargo, además del derecho a un proceso con todas las garantías, también podrá producirse la lesión de los citados derechos fundamentales sustantivos (derecho fundamental a la intimidad personal o familiar del art. 18.1 CE, derecho a la inviolabilidad de domicilio del art. 18.2 CE, o derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE) en el proceso civil para el que se obtuvo la prueba ilícita cuando la obtención de la fuente de prueba con vulneración del derecho fundamental se realice mediante resolución judicial de autorización, que infrinja los requisitos constitucionalmente exigidos para la injerencia legítima en el derecho fundamental, en cuyo caso la lesión del derecho fundamental resulta imputable a la propia resolución judicial.

B) *Habilitación legal de la injerencia*

En segundo lugar, es preciso poner de manifiesto que la vulneración de los derechos fundamentales puede provenir tanto del legislador, por insuficiente habilitación legal de injerencias en los derechos fundamentales dirigidas a la obtención de fuentes de prueba (11), como de los órganos jurisdiccionales que adoptan las resoluciones judiciales desconociendo en el caso concreto los requisitos de la afectación legítima a los derechos fundamentales.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la legislación procesal civil regula algunas actividades de obtención de fuentes de prueba que pueden afectar a derechos fundamentales de los recurrentes tales como el derecho fundamental a la intimidad personal o familiar del artículo 18.1 CE, o el derecho a la inviolabilidad de domicilio del artículo 18.2 CE. Así el artículo 767.2 LEC dispone que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

Por otra parte, en el artículo 261 LEC se establece la idoneidad de la entrada y registro, en su caso domiciliario, para obtener la información solicitada a través de la petición de diligencias preliminares, aunque no se contemple previsión semejante para obtener fuentes de prueba documentales durante el curso del proceso (arts. 330 y sigs. LEC). En efecto, la entrada y registro se

te caso, ha de declararse también vulnerado el artículo 24.2 CE, pues el debate en que consiste el juicio oral quedó viciado desde que se admitió en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos», siendo dicho derecho fundamental, y no el contenido en el artículo 14 CE, el que se considera vulnerado en el fallo. En el mismo sentido, y con cita de abundante jurisprudencia en el mismo sentido, la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9.

(11) ASENCIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil Práctico*, t. IV, La Ley, 2001, págs. 132-134.

configura como el principal mecanismo coercitivo dirigido a facilitar la ejecución en forma específica de la resolución judicial que ordene la exhibición de cosas (art. 261.3.º), la exhibición de títulos o documentos no contables (art. 261.2.º) —incluidos los relativos a la «personalidad» del futuro demandado (art. 256.1.1.º)—, o la adopción de medidas dirigidas al hallazgo de los documentos o datos precisos para la averiguación de los consumidores integrantes del grupo de afectados (art. 261.6.º).

Tras la vigencia de la Ley 19/2006 (12) la entrada y registro se prevé también para el supuesto de negativa a exhibición de la historia clínica (art. 256.1.5 bis LEC), o de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable (art. 256.1.8.º LEC), así como para el caso de documentos en que consten datos relativos a la identidad y dirección de cualesquiera partícipes en la conducta infractora de derechos de propiedad intelectual o industrial, o datos relativos a la cantidad y precio de los elementos en los que se materialice la infracción de esos derechos (art. 256.1.7.º LEC).

Así mismo, la ley también contempla la posibilidad de acordar la entrada en el lugar que deba reconocerse, o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer, a fin de lograr la efectividad de la prueba de reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC).

Por último, no se puede olvidar la novedad que supuso la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE de 10 de julio), al autorizar la afectación a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, y libertad de residencia y circulación por el territorio nacional.

Las anteriores previsiones legales mediante las que se contempla la posibilidad de afectación a los derechos fundamentales en el proceso civil con motivo de la obtención de las fuentes de prueba constituyen un innegable avance, que comienza a conquistarse con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y que resultaba necesario a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La mayoría de los derechos fundamentales que pueden ser afectados como consecuencia de las actividades de búsqueda y obtención de fuentes de prueba

(12) Mediante la disposición final tercera de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE de 6 de junio), se dio nueva redacción, entre otros preceptos dedicados a la regulación de las diligencias preliminares, a los artículos 256 y 261 de la LEC.

en el proceso civil guardan relación con los derechos reconocidos en el artículo 8 del CEDH, para cuya legítima afectación resulta esencial la previa habilitación legal (13). En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó desde pronto que uno de los primeros requisitos de la legitimidad de las injerencias en los derechos humanos establecidos en el artículo 8.1 CEDH es la previsión legal de la injerencia. Según reiterada jurisprudencia del mismo, la expresión «prevista por la Ley» del artículo 8.1 CEDH implica, en primer lugar, que exista una medida de protección legal en la legislación interna contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el artículo 8.1. Además, esta expresión no sólo requiere que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, de forma que para cumplir con la exigencia de la previsibilidad la ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas (14).

Dicha doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue recibida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de modo que puede concluirse que, en nuestro ordenamiento, toda injerencia pública en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal, la cual deberá ser suficientemente previsible y concretar los distintos presupuestos y condiciones de la intervención. Así en la STC (Pleno) 49/1999, de 5 de abril, se parte de que por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o ya limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Ahora, esa reserva de ley no es un mero requisito formal, sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley, la cual cuando autorice la afectación a un derecho fundamental «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En

(13) El artículo 8 dispone en su número 1 que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». A continuación añade en su número 2, que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

(14) Entre otras muchas, Sentencia *Malone contra el Reino Unido* de 2 de agosto de 1984, ap. 49; *Halford contra Reino Unido* de 25 de junio de 1997, ap. 67; *McLeod contra Reino Unido* de 23 de septiembre de 1998, ap. 41; *Copland contra Reino Unido* de 3 de abril de 2007, ap 46, y *Liberty y otros contra Reino Unido* de 1 de julio de 2008.

definitiva, la norma habilitante «deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos», pues vulnerará el derecho fundamental afectado «si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga» (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5).

Con todo, la propia jurisprudencia constitucional ha desvirtuado en alguna medida este requisito al delimitar los poderes del Estado a los que resultaría imputable la lesión del derecho fundamental. En este sentido, se ha considerado que la insuficiencia de la ley constituye en sí misma una vulneración del derecho fundamental imputable al legislador, que sólo resultará imputable a los órganos jurisdiccionales si la resolución judicial acuerda la injerencia en el derecho fundamental ignorando las exigencias constitucionales precisas para su afectación legítima, entre otras las dimanantes del principio de proporcionalidad (STC Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) (15).

Tras la exposición de la doctrina general, conviene hacer un breve examen de los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional respecto de algunos derechos fundamentales que pueden ser afectados con motivo de la obten-

(15) En concreto, la anterior declaración se efectuó ante la insuficiencia de la regulación de la intervención de las comunicaciones en la LECrim anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, de 25 de mayo, proclamándose por el Pleno del TC que «En segundo lugar, ha de subrayarse que estamos en presencia de una vulneración del artículo 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental. Eso es así porque la insuficiente adecuación del ordenamiento a los requerimientos de certeza crea, para todos aquellos a los que las medidas de intervención telefónica pudieran aplicarse, un peligro, en el que reside precisamente dicha vulneración (Sentencia del TEDH caso Klass, antes citado, núm. 41). La estimación de tal vulneración comporta, por lo tanto, la apreciación de que, en efecto, los recurrentes han corrido ese peligro; pero, de modo semejante a lo que sucedía en el supuesto examinado en la STC 67/1998, no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención [Sentencias del TEDH, de 12 de julio de 1988 (TEDH 1988, 4), caso Schenck, FJ 1, A, y caso Valenzuela, FJ 1). En efecto: si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el artículo 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas». Sin embargo, debe subrayarse que, pese a que la declaración se hiciera respecto de la intervención de las comunicaciones, en el FJ 4 se declaraba la necesidad de habilitación legal respecto de toda injerencia estatal en cualquier derecho fundamental.

ción de pruebas en el proceso civil, así como de la regulación realizada por la legislación procesal civil respecto de las distintas medidas restrictivas de esos derechos fundamentales y libertades públicas.

2. *Supuestos específicos*

A) *Intervención de las comunicaciones*

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la LEC de 2000 no contempla ningún supuesto de autorización de intervención de comunicaciones de las partes por hechos relevantes para el proceso civil (16). Sin embargo, según se acaba de ver, ello no comporta necesariamente que la resolución judicial que la autorizase vulnere por esa sola razón el derecho fundamental, si respeta en el caso las exigencias constitucionales para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones. Además, existen disposiciones especiales del proceso concursal, en las que se admite que este derecho fundamental resulte afectado mediante resolución judicial de autorización de intervención de las comunicaciones.

En efecto, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal, autoriza la afectación a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, y libertad de residencia y circulación por el territorio nacional. Su Exposición de Motivos, aunque reconoce que pueden resultar necesarias medidas de injerencia en los derechos fundamentales del deudor para la normal tramitación del procedimiento concursal, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, mantiene que deben ceñirse a establecer los efectos necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso, con las debidas garantías y motivando en todo caso la procedencia de la resolución. Como consecuencia de lo anterior, se establece que desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, o desde la declaración de concurso, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento, entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso (art. 1.1.^a LORC).

(16) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., pág. 360, y MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., pág. 162.

La medida se acordará, previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada, conforme a los siguientes criterios: *a)* La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso; *b)* El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta; *c)* La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido; *d)* La duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese (art. 1.3 LORC). Respecto de lo demás, la intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 1.4 LORC).

Como se puede advertir, el legislador hace un considerable esfuerzo de precisión y de incorporación en la regulación legal de los requisitos exigidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. En efecto, esta medida se encuentra entre las que restringen el derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 8 CEDH y en el artículo 18.3 CE. Recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.^a) de 3 de abril de 2007 TEDH (ap. 62), en el caso *Copland contra Reino Unido*, en síntesis de su doctrina, que «en su jurisprudencia sobre medidas secretas de vigilancia, el Tribunal ha desarrollado unas garantías mínimas, necesarias para evitar los abusos, que deben figurar en la Ley: la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a una orden de interceptación, la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento a seguir para el examen, uso y conservación de los datos obtenidos; las precauciones que se han de tomar al comunicar los datos a otras partes; y las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de las cintas».

Esos requisitos de la jurisprudencia europea se reciben (17) y, además, se precisan por la propia jurisprudencia constitucional, especialmente a través de

(17) En este sentido, la STC del Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, asume plenamente estos criterios y doctrina respecto de las injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el artículo 18.3 CE. Así, se dice «el TEDH, en el caso *Valenzuela* concreta las exigencias mínimas relativas al contenido o “calidad” de la ley en las siguientes: “la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas;

lo que viene a denominar juicios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que son igualmente exigidos para la afectación a otros derechos fundamentales. Así, se señala que el interés público propio de la investigación de un delito grave es en sí mismo constitucionalmente legítimo, «pero no es suficiente con constatar que la petición y la autorización persiguieron un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución, sino que, además, ha de ser necesaria para la consecución de ese fin. Para que pueda apreciarse esta necesidad es preciso verificar, en primer lugar, que la decisión judicial dirigida a tal fin apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después, si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad)» (STC del Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 8) (18).

las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreesamiento o puesta en libertad” (núm. 46, IV). Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la “protección adecuada contra los posibles abusos” (caso *Kruslin*, núm. 35, y caso *Klass*, núm. 50). Dado que, como indicamos anteriormente, esta doctrina específica remite a los mismos fundamentos de la que genéricamente hemos proclamado, hemos de afirmar ahora que ha de interpretarse conforme a ella lo dispuesto en el artículo 18.3 CE».

(18) Estos requisitos, requeridos también por la consolidada doctrina constitucional para la afectación al derecho a la intimidad a través de las intervenciones corporales, se expresan más recientemente y con mayor profundidad en la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6: «Precisando la anterior doctrina específicamente en relación con las intervenciones corporales practicadas como actos de investigación o prueba del delito, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, establecimos como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma sólo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés

Como se puede comprobar, el legislador realiza un notable esfuerzo por recoger los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional para la injerencia legítima en el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, establece la necesidad de que la decisión se adopte mediante resolución judicial motivada, y precisa los criterios que deben ponderarse para su adopción: *a)* La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso; *b)* El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta; *c)* La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido; *d)* La fijación de la duración de la medida. Igualmente, dispone que la intervención de las comunicaciones del deudor debe garantizar el contenido de los secretos que sean ajenos al interés del concurso (art. 1.1.^ª LORC). Finalmente, como norma de cierre y en evitación de la eventual insuficiencia legal, respecto de lo demás, se remite a la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 1.3 y 4 LORC).

No obstante, por lo que se refiere al proceso civil, en la práctica la mayoría de las injerencias en este derecho fundamental proceden de fuentes de prueba obtenidas privadamente por las partes, siguiéndose pacíficamente en la jurisprudencia menor las pautas marcadas por la jurisprudencia constitucional. Así, se ha rechazado la ilicitud de fuentes de prueba que se discutían obtenidas con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al haberse utilizado por las partes de la relación jurídica material, posteriormente constituidas como partes procesales, elementos de grabación de las conversaciones mantenidas, siguiendo la doctrina constitucional, según la cual, la grabación de las conversaciones por uno de los interlocutores no vulnera este derecho fundamental (STC 114/1984) (19).

general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).» Del mismo modo y reproduciendo esta doctrina, SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).

(19) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.^ª) de 11 de octubre de 2004 (AC 2005\342) se dicta en un proceso civil en el que, frente a la reclamación de cantidad del demandante por el importe de los últimos recibos del precio de una compraventa, el demandado aporta como prueba del fundamento de su oposición la grabación de una conversación mantenida entre el demandado y un empleado de la demandante. Igualmente se da en el asunto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.^ª) de 23 de abril de 2007 (Jur 2007\262226), en un proceso civil en el que, frente a la reclamación de la cantidad adeudada en concepto de préstamo, uno de los codemandados aporta como prueba de la solidaridad de la deuda la grabación de una conversación.

Mayor interés presenta al respecto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual, la recogida y almacenamiento de información personal relativa al correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia (20). Con relación a estas declaraciones conviene destacar que el artículo 18.3 CE «garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Ahora, la enumeración realizada en este precepto de los medios de comunicación no es cerrada. Además, este derecho fundamental debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por España (art. 10 CE), entre los que destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH que la interpreta y que suele ser acogida por nuestra jurisdicción constitucional. Por lo tanto, ello debería conducir a considerar que el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE se extiende a las comunicaciones realizadas mediante el correo electrónico, y que el control de la navegación por Internet también puede afectar al derecho a la intimidad.

En este sentido resulta de interés la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006\386), que declara ilícita la información obtenida a partir de correos electrónicos privados de los demandados —antiguos empleados de la sociedad demandante— y que la actora en un proceso por competencia desleal (al haber constituido aquéllos una nueva sociedad con objeto social similar al de la demandante) aportó al proceso mediante dictamen informático. En ella se declara que no pueden ser tenidos en cuenta, conforme a los artículos 11 de la LOPJ y 287.1 de la LECiv, los correos electrónicos privados que figuran en dicho informe y que no son propios de la empresa demandante (21).

(20) Así, en la STEDH (Sección 4.ª) de 1 de julio de 2008, caso *Liberty y otros contra Reino Unido*, el Tribunal señala que «las nociones de “vida privada” y “correspondencia” en el sentido del artículo 8... incluyen las comunicaciones por teléfono, fax o correo electrónico» (ap. 56). Con mayor rotundidad y extensión, la STEDH (Sección 3.ª) de 3 de abril de 2007 TEDH, caso *Copland contra Reino Unido*, declara que «el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio».

(21) No se considera reprochable que una empresa decida recuperar la información que contiene un ordenador de su propiedad, instalado en un centro productivo y destinado, precisamente, a facilitar la prestación laboral de sus empleados. Pero «desde el momento que ese ordenador está conectado a la red, es posible que un trabajador tenga acceso, desde el mismo, a su propio servidor, y que utilice su correo electrónico particular. Esa circunstancia impide entonces la obtención del contenido del rastro de información que pueda haber dejado en el ordenador de la demandante,

B) *Entrada y registro de domicilio*

En la jurisprudencia constitucional se han precisado los requisitos constitucionales de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro de un domicilio. Por lo que respecta a dicha autorización en el proceso penal (22), se ha señalado a modo de síntesis que la motivación de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio «debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo». Así mismo, el «órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión)» (23). No existiendo, por lo demás, alteraciones esenciales de los mínimos exigibles respecto de resoluciones adoptadas en los procesos propios de otros órdenes jurisdiccionales (24).

La regulación que de la entrada y registro del domicilio del deudor se hace en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Concursal también persigue introducir los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, pues los requisitos antes mencionados (resolución judicial motivada y criterios que deben pon-

puesto que aunque el terminal desde el que se accede sea de su titularidad, el lugar al que entra es particular, y en consecuencia, puesto que ofrece un sistema de comunicación universal, queda amparado por el artículo 18.3 de la Constitución y el artículo 8 del CEDH». Por lo que concluye que «la obtención de esos mensajes vulnera de modo flagrante la confidencialidad de las comunicaciones que la Constitución trata de preservar, y, por lo tanto, por mucho que se encuentren rastros que permitan su reconstrucción en los ordenadores que pertenecen a la actora, no pueden ser tenidos en cuenta en este procedimiento con relevancia probatoria, porque se han rescatado sin la intervención judicial a la que alude nuestra carta magna, única excepción a ese derecho fundamental que ampara a todos».

(22) Véase al respecto VEGAS TORRES, J., «Prueba ilícita en particular (II): La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias», en *La prueba en el proceso penal* (dir. Delgado García), Madrid, CGPJ, 1996, págs. 293-372, y MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio*, McGraw-Hill, 1997.

(23) STC 56/2003, de 24 de marzo, FJ 4, con abundante cita jurisprudencial.

(24) Así, respecto de las autorizaciones judiciales a realizar por los jueces de lo contencioso-administrativo, además de algunos requisitos especiales en los supuestos de que se solicite para la ejecución de actos administrativos, se requiere que «la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio» (STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2).

derarse para su adopción: idoneidad de la medida, exposición del resultado u objetivo perseguido, proporcionalidad entre el alcance de la medida y el objetivo perseguido y la fijación de su duración) se establecen también respecto de esta medida (art. 1.3 LORC). Además, respecto de ella se establece un requisito especial, cual es el de que la resolución judicial de autorización habrá de basarse en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o en la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra precedente (art. 1.5 LORC).

En mi opinión, esta regulación legal resulta adecuada salvo en el inciso final, el cual carece, a mi juicio, de la conveniente previsibilidad de esta medida de injerencia en el derecho a la inviolabilidad de domicilio. No obstante, la regulación legal resulta más deficiente en el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ésta ha mejorado notablemente tras la reforma operada en materia de diligencias preliminares por la Ley 19/2006. Sin embargo, sigue siendo deficiente respecto de la obtención de la prueba documental, así como respecto de la prueba de reconocimiento judicial.

Por lo que respecta a las diligencias preliminares, el artículo 261 de la LEC de 2000 en su redacción originaria disponía que «si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal, mediante providencia, acordará las siguientes medidas», medidas entre las que figuraba la entrada y registro del lugar en que se encontrara la cosa o documento.

Esta posibilidad de adoptar medidas coercitivas de la entidad de la entrada y registro en fase preliminar y a través de una simple providencia recibió desde la entrada en vigor de la LEC de 2000 un eco desfavorable en la doctrina ante el riesgo de lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (25), peligro de colisión de dicha regulación con el mencionado derecho fundamental que ya fue puesto de manifiesto durante el iter legislativo (26).

(25) En este sentido, LORCA NAVARRETE, «La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional», en *Diario La Ley*, núm. 5146, 22 de septiembre de 2000, págs. 7-8, considera inconstitucional por ausencia de proporcionalidad la nueva regulación de la LEC en este punto.

(26) Así son de destacar las observaciones efectuadas en el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al entonces Anteproyecto de la LEC, concretamente al en su día artículo 263.2, en el que se regulaban las consecuencias de la negativa a la exhibición de títulos y documentos actualmente previstas en el artículo 261.2.º Por una parte, se decía que al tolerar la «entrada y registro del lugar en que puedan hallarse» (art. 263.2 ALEC) la dificultad para determinar dicho lugar podía «derivar en registros y entradas en lugares o domicilios sin garantías de hallar lo buscado», propiciando que se «generen situaciones de conflicto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio». El primer reproche no parece que pueda hacerse con la redacción definitiva origi-

Ciertamente, aunque la utilización de una providencia para acordar esta medida no impide que se realice la motivación cuando, como sucede en este caso, resulte conveniente (arts. 248.1 LOPJ y 208.1 LEC); una motivación sucinta puede resultar insuficiente. Por ello, no parece adecuado que la adopción de la medida de entrada y registro se efectúe mediante providencia, siendo preferible un auto, pues la primera clase de resolución judicial no comporta *per se* la exigencia de una motivación, en la que se exprese la necesidad de la medida y se realice el indicado juicio de ponderación y proporcionalidad, cuya exigibilidad es una constante en la jurisprudencia constitucional (27).

Las exigencias constitucionales para la adopción de una medida de injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio como es la entrada y registro en el mismo se han recogido en la nueva redacción dada al párrafo primero del artículo 261 LEC por la Ley 19/2006, que establece que las distintas medidas coercitivas previstas en dicho precepto se acordarán mediante auto, que en él deberán expresarse las razones que exigen la entrada y registro y que la medida sólo deberá acordarse cuando resulte proporcionado. Como antes se manifestó, el juicio de proporcionalidad requiere la ponderación de los derechos o intereses constitucionalmente relevantes en conflicto, el derecho a la tutela judicial efectiva, de una parte, y, de otra, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, que pudiera resultar amenazado por una entrada y registro.

No obstante, deben efectuarse dos consideraciones adicionales. En primer lugar, que la ley no autoriza expresamente la posibilidad de acordar la entrada y registro cuando durante el curso del proceso una parte pida la exhibición de documentos a la otra parte y ésta se niegue a exhibirlos (arts. 328 y 329 LEC). En segundo lugar, que respecto de la prueba de reconocimiento judicial, la ley sí contempla expresamente la posibilidad de acordar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba re-

naria, pues la autorización de entrada y registro se supeditaba en ella a que el «tribunal apreciare que existen elementos suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado» los títulos y documentos, de manera similar al artículo 261.3.º, el cual autorizaba la adopción de dicha medida compulsiva si «se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra la cosa cuya exhibición se pide». Por otra parte, en dicho Informe se aducía que las garantías para el derecho a la inviolabilidad de domicilio deben comprender «desde luego la necesidad de un expreso razonamiento y de un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida, aunque con una eficacia relativa a efectos pretendidos».

(27) Dichas dudas de inconstitucionalidad se proyectaron igualmente en la práctica judicial, determinando que se planteara y admitiera a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5090/2002, en relación con el artículo 261.2 de la LECiv (BOE núm. 83, de 7 de abril de 2003), así como que la Ley 19/2006 diera nueva redacción a este precepto.

conocer a fin de lograr la efectividad de la prueba de reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC).

A mi juicio, en ambos casos, con dicha regulación legal no se cumpliría la exigencia de habilitación legal antes referida (28), que, como antes se apuntó, requiere una exigencia de previsibilidad, de modo que la Ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas (29).

Es cierto que en el caso de obtención de la prueba documental (arts. 328 y 329 LEC) la dificultad es algo menor mediante una interpretación por analogía que entienda aplicables los requisitos exigidos por las normas reguladoras de las diligencias preliminares para la exhibición de documentos, en cuanto que media igual identidad de razón. Pero en el supuesto de la prueba de reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC), aunque existe habilitación legal expresa, ésta es excesivamente abierta, dificultando en extremo la previsibilidad de los supuestos y condiciones en los que puede acordarse, pues el único criterio de valoración que se adopta para decidir sobre la procedencia de la entrada y registro es que esta medida sea necesaria «para lograr la efectividad de la prueba de reconocimiento judicial», dejando fuera otros requisitos exigibles con arreglo a la doctrina constitucional, pues no requiere la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, recoge deficientemente las exigencias del principio de idoneidad y no incorpora el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (30).

(28) Ciertamente muy autorizada doctrina postula una interpretación extensiva, plenamente razonable en sentido lógico, mediante la que se autorice la obtención de prueba documental a través de una entrada y registro (ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., pág. 360, y MONTERO AROCA, J., *La prueba...*, ob. cit., pág. 290), que comparto en los supuestos en los que esta medida no afecte al derecho fundamental en cuestión por referirse a un lugar distinto a un domicilio.

(29) En otros términos, toda medida restrictiva «ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 4).

(30) Como se apuntó *supra*, la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6, sintetiza las exigencias del principio de proporcionalidad en los términos siguientes: «finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio

Para concluir conviene destacar dos últimas cuestiones. La primera que, según se advirtió antes, aunque la insuficiencia de la ley constituye en sí misma una vulneración del derecho fundamental imputable al legislador, ello no significa que los órganos jurisdiccionales vulneren necesariamente, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho fundamental concernido al dictar una resolución que autorice la injerencia en el mismo, lo que sólo sucederá si la resolución judicial acuerda la injerencia en el derecho fundamental ignorando las exigencias constitucionales precisas para afectación legítima de los derechos fundamentales, entre otras las dimanantes del principio de proporcionalidad (STC Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) (31).

En segundo lugar, se debe recordar que un requisito exigible a las medidas restrictivas de derechos fundamentales es la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Éste se ha reconocido con facilidad en el caso del proceso penal en el interés público inherente en la investigación de los delitos (32). En el caso del proceso civil puede resultar más difícilmente justificable. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha considerado un fin legítimo la defensa del orden o la prevención de delitos penales que podrían producirse con motivo de la resistencia a la ejecución, mediante la entrada en el domicilio del ejecutado, de resoluciones dictadas en un proceso civil con objeto exclusivamente patrimonial.

Así, en la STEDH de 23 de septiembre de 1998, caso *McLeod contra Reino Unido*, se suscitó el problema de que, habiéndose resuelto en ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de un proceso de divorcio, que la mujer entregara ciertos bienes relacionados en una lista a su ex marido, aquélla sólo entregó algunos de esos bienes, omitiendo otros. El Gobierno británico había argumentado que los policías entraron en el domicilio de la demandante con el fin de defender el orden y prevenir delitos penales; señalando que las disputas conyugales son, a menudo, el origen de grandes alteraciones del orden y desembocan, a veces, en violencia hacia personas o bienes. La desaparecida Comisión

de proporcionalidad en sentido estricto)». Del mismo modo y reproduciendo esta doctrina, SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).

(31) Así mismo, debe recordarse que pese a que la declaración se hiciera respecto de la intervención de las comunicaciones, en el FJ 4 se declaraba la necesidad de habilitación legal respecto de toda injerencia estatal en cualquier derecho fundamental, y que la anterior jurisprudencia constitucional tiene su origen en la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 8 CEDH, que se refiere a los derechos humanos correlativos a los derechos fundamentales consagrados en los números 1, 2 y 3 del artículo 18 CE.

(32) STC Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, y STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6, entre otras.

suscribió esa opinión. Y el Tribunal estimó «que el poder que permite a las policías entrar en lugares privados para prevenir una alteración del orden público, persigue un objetivo legítimo en virtud del artículo 8, a saber: la defensa del orden o la prevención de delitos penales».

C) *Prueba biológica*

En el proceso civil uno de los supuestos más paradigmáticos que puede dar lugar a la obtención de prueba ilícita por injerencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la integridad física (art. 15 CE) es la realización de prueba biológica en procesos de filiación en los que resulta necesaria la investigación de la paternidad. El artículo 127 CC contemplaba disposiciones al respecto que el legislador incorporó en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 767 LEC (33).

Estas disposiciones sirven para resolver las situaciones de conflicto que pueden darse en los procesos civiles sobre determinación o impugnación de la filiación entre los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 15 CE), de un lado, y entre el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) o el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), según la jurisprudencia constitucional, de otro lado.

En efecto, en el campo aludido son frecuentes los supuestos en los que se solicita el análisis de sangre del sujeto cuya paternidad —más frecuentemente— o maternidad se reclama o impugna y dicho sujeto se opone a someterse a dicha prueba con fundamento en sus derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 15 CE). Sin embargo, esa oposición, además de estar en contraposición con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 139.2 CE), dificulta la obtención de prueba que puede resultar necesaria para quien reclama judicialmente la determinación o impugnación de una filiación.

(33) Éste, por un lado, establece que «en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde» (art. 767.1 LEC). Por otro lado, dispone que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas» (art. 767.1 LEC). Por último, prescribe que «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios».

La jurisdicción constitucional abordó esta problemática en profundidad en la STC 7/1994, de 17 de enero, en la que se hicieron importantes declaraciones (34):

1. Donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es precisamente en los supuestos dudosos, en los que los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en los que la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial (FJ 6).

2. Constatada judicialmente esa situación intermedia y acordada, por tanto, la práctica de la prueba de reconocimiento biológico no es lícito —por contravención de los derechos y mandatos establecidos en los arts. 24.1, 14 y 39 CE— que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación, pues los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (FJ 6).

3. La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, lo que, en lo referente a la actividad probatoria, exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en estos casos, son idóneas y casi insustituibles

(34) Se trataba de un caso de reclamación de paternidad extramatrimonial en el que el supuesto padre demandado se había negado a someterse a la prueba biológica. El tribunal de apelación consideró probada la paternidad reclamada sobre la base de la negativa del demandado unida a otros indicios de prueba sobre la paternidad. Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo revocó la sentencia y desestimó la demanda. Para ello el Tribunal Supremo, aun reconociendo que la negativa a la investigación de la paternidad contradecía la prescripción del artículo 39 CE y del derogado artículo 127 del CC, sostenía que la investigación de la paternidad no podía imponerse obligatoriamente en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizás vulneraría el artículo 10.1 CE. Y añadía que la voluntaria, obstinada e injustificada negativa del hipotético padre biológico a prestar su colaboración no podía considerarse como *ficta confessio*, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, mientras que en el caso la demanda había quedado sin un soporte serio de prueba, al no haberse obtenido una contrastación biológica.

para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles y cuya necesidad ha sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador (FJ 7).

4. El demandado en un proceso de filiación no matrimonial sólo puede legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existen indicios serios de la conducta que se le atribuye, o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud (35).

A mi juicio, de la doctrina expuesta se infiere que la regulación efectuada en el artículo 767 LEC responde a los parámetros de constitucionalidad establecidos en la jurisprudencia constitucional, pues, habida cuenta de los derechos y bienes constitucionales en liza, aunque posibilita la investigación de la paternidad, la condiciona a la presentación de un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación. A la par que supedita la posibilidad de considerar probada la filiación, como consecuencia de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, a que existan otros indicios de la paternidad, o maternidad.

(35) La STC 95/1999, de 31 de mayo, partiendo de la anterior doctrina, la completa, habida cuenta de la diversidad del supuesto de hecho. En la STC 7/1994 la resolución impugnada no había apreciado *ficta confessio* ante la negativa del demandado al sometimiento a la práctica de la prueba biológica. En la STC 95/1999 la resolución impugnada sí que había apreciado una *ficta confessio* de la maternidad reclamada ante la negativa de sometimiento a las pruebas en conjunción con otros medios de prueba. En esta sentencia, partiendo de la doctrina anterior, se concluye que «este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990 y 221/1990)». En este sentido, resulta también de gran interés el ATC 168/2002, de 30 de septiembre, en un supuesto en el que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no llevó a la declaración de paternidad, ya que tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo estimaron que el demandado estaba legitimado para negarse a someterse a la prueba biológica, porque no existían en autos indicios serios de la paternidad que se le atribuía, lo que es compartido por el ATC en aplicación de la doctrina conforme a la cual, el demandado puede legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si concurriese riesgo grave para su salud, o si no existen indicios serios de la conducta que se le atribuye, y de la razonable interpretación hecha en el caso por los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

D) *Prueba audiovisual*

Otro de los supuestos de prueba ilícita en el proceso civil por afectación al derecho a la intimidad es la que puede producirse como consecuencia de la obtención, aún privadamente, de fuentes de prueba a través de los elementos de grabación y reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como de los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (art. 299.2 LEC).

Como antes se puso de manifiesto, la efectividad de los derechos fundamentales requiere tanto la inadmisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, como la prohibición de su valoración en el caso de que llegara a practicarse. En este sentido, la SAP de Córdoba (Sección 3.ª) de 24 de mayo de 2002 (AC 2002\1000) declaró, al amparo del artículo 11 de la LOPJ, la ilicitud y consecuente ineficacia de la prueba videográfica obtenida, sin el consentimiento del afectado y sin autorización judicial, con vulneración del derecho a la intimidad para fundamentar las pretensiones del marido en un procedimiento de modificación de medidas acordadas en un proceso de divorcio (36).

III. SU TRATAMIENTO PROCESAL EN EL PROCESO CIVIL

1. *Control en la instancia*

Como se advirtió antes, el legislador procesal incorporó una norma sobre el régimen de eficacia de la prueba ilícita en el artículo 11.1 de la LOPJ de 1985 como consecuencia de la jurisprudencia constitucional nacida al respecto. Este precepto poseía la virtud de sancionar con la ineficacia la prueba obtenida vul-

(36) Así señala que el investigador privado contratado por el exmarido realizó un informe videográfico acerca de las actividades en la finca que constituía el domicilio familiar de la ex-esposa y de algunos de sus hijos, para lo cual el investigador montó el dispositivo que tuvo por conveniente, escogiendo un lugar fuera de la finca, pero con altitud y visibilidad adecuadas para poder filmar con cámara de vídeo toda actividad que se realizara dentro del recinto de la misma, hasta obtener el reportaje de referencia. Tal actividad constituyó a juicio de la Sala un verdadero ataque al derecho fundamental a la intimidad, reconocido por el artículo 18 de la Constitución, en cuanto que el dispositivo de filmación y grabación se estableció sin autorización de sus moradores, ni de la autoridad judicial competente (FJ 2).

nerando derechos fundamentales, pero no establecía el procedimiento que debía seguirse para cuestionar y, en su caso, declarar la inadmisibilidad y/o falta de eficacia de la prueba ilícita (37). Esa laguna la colma la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 287 (38). En este precepto se regula el incidente que debe tramitarse para analizar y decidir sobre la ilicitud de la prueba, resolviendo bastantes de las cuestiones que la doctrina había puesto de manifiesto, que abordamos en las siguientes líneas.

A) *Control de oficio y a instancia de parte*

Como no podía ser de otra manera, la ley contempla que el control de la prueba ilícita puede efectuarse a instancia de parte, siendo la parte perjudicada en sus derechos fundamentales la mayor interesada en poner de manifiesto la ilicitud de la prueba propuesta por la parte contraria. Por tanto, la ley establece que las partes podrán poner de manifiesto la prueba ilícita admitida, si bien, habrán de alegarlo de inmediato, imperativo que parece que debe predicarse respecto del momento en que se tenga o, en su caso, debiera haberse tenido conocimiento de la ilicitud de la prueba.

Pero, además, el precepto en cuestión posibilita que el control de ilicitud pueda realizarse también de oficio por el órgano jurisdiccional que conoce del proceso, regulación que resulta sumamente adecuada habida cuenta de la condición de inviolables de los derechos fundamentales, de la prohibición de valoración de la prueba obtenida lesionándolos y del deber de los órganos jurisdiccionales de actuar como primeros garantes de los derechos fundamentales (39).

B) *Incidente contradictorio*

Para analizar y determinar la ilicitud de la prueba, y con independencia del modo en que la eventual ilicitud de la prueba se haya puesto de manifiesto, el precepto analizado establece un incidente contradictorio. Así, se establece cuál es el momento ordinario para la resolución del incidente, el acto del juicio en el

(37) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal...*, ob. cit., pág. 326.

(38) GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1025, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 11.

(39) PASTOR BORGONÓN, B., *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, Justicia, 1986, pág. 363, y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La eficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 215.

proceso ordinario y el comienzo de la vista en el juicio verbal. En ambos casos antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A dicho efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud (art. 287.1, párrafo segundo, LEC).

Se ha planteado que es posible que las partes no hayan tenido conocimiento de la ilicitud de la prueba hasta el momento del juicio o vista, sin que haya podido preparar prueba al respecto. En esos casos, se propone que el órgano judicial debería acordar la suspensión de la vista, a fin de permitir que las partes preparen sus alegaciones y pruebas en torno a la ilicitud (40).

A mi juicio, el acto del juicio o vista, en principio, no parece que debiera suspenderse por dicha causa, especialmente en los supuestos en los que la parte, que mantiene desconocer la ilicitud en ese momento, hubiera podido tener conocimiento de la ilicitud, si hubiera adoptado una actitud diligente. Además, debe partirse de que la suspensión del juicio o vista no es la solución que parece subyacer en la regulación legal. En efecto, con el fin de no dilatar la tramitación del procedimiento, ésta no sólo establece que se practicarán las pruebas que se propongan en el acto sobre la referida ilicitud, sino que también dispone que se decidirá en el acto del juicio del proceso ordinario o al comienzo de la vista del juicio verbal (art. 287.1, párrafo segundo, LEC), así como que el recurso contra dicha decisión se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista (art. 287.2 LEC).

Por lo demás, la falta de suspensión en estos casos no comporta de por sí que se produzca indefensión material o definitiva a la parte, ya que, de haber llegado a producirse alguna indefensión en el caso concreto —por no serle imputable a la parte el desconocimiento de la ilicitud— quedaría a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 287.2 LEC).

C) *Requisito temporal*

Otra cuestión que suscita el tratamiento procesal de la prueba ilícita es el momento procesal en el que puede procederse al control de su ilicitud. La doctrina había puesto de manifiesto tradicionalmente la conveniencia de que el control de la ilicitud de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos

(40) GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1027, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 13.

fundamentales pudiera desplegar eficacia en dos momentos procesales. Por un lado, en los momentos iniciales del proceso, a fin de evitar la admisión y/o práctica de los medios de prueba cuyas fuentes se obtuvieron vulnerando derechos fundamentales. Por otro lado, en el momento de su valoración, de modo que en la sentencia el juzgador no valorara aquella prueba relevante que, pese a haber sido admitida y practicada, hubiera sido obtenida con violación de derechos fundamentales (41). El artículo 287 LEC trata del control sobre la ilicitud de la prueba en los momentos iniciales del proceso. Sin embargo, resulta controvertido si ese control debe realizarse en el mismo momento de decidir sobre la admisión de la práctica de la prueba, o debe hacerse con posterioridad. La discusión se suscita a raíz de la referencia de la regulación legal a la «prueba admitida», lo que parece presuponer que el medio de prueba ya ha sido propuesto y admitido, y que la parte contraria, o el juez de oficio, debe plantear su eventual ilicitud, para que se decida conforme al incidente contradictorio establecido en el artículo 287.1 LEC durante el acto del juicio en el proceso ordinario y al comienzo de la vista en el juicio verbal. Sin embargo, opiniones autorizadas de la doctrina mantienen la posibilidad de que el control de ilicitud pueda determinar la inadmisión del medio de prueba, sin necesidad de su previa admisión (42). A mi juicio, reconociendo que la lógica permite amparar dicha interpretación, el concreto régimen legal y cuestiones de orden práctico la obstaculizan, pues en el momento de la decisión sobre la admisión de la prueba resulta muy difícil que el juez tenga suficientes elementos de juicio para decidir sobre la ilicitud de la prueba (43), y, además, esa decisión *a limine* puede ser difícilmente compatible con el régimen contradictorio de alegación y prueba diseñado en el artículo 287 LEC (44); sin que, por otra parte, lo anterior venga exigido por la efectividad

(41) ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *Prueba prohibida...*, ob. cit., pág. 85; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida», en *La prueba en el proceso penal*, II (Dir. Delgado García, J.), CGPJ, 1996, págs. 156 y 160; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 1999, págs. 92-93; PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso...», ob. cit., pág. 363, y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La eficacia de la prueba obtenida...*, ob. cit., pág. 215.

(42) GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1025; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Civitas, 2001, pág. 524, y *Derecho Procesal...*, ob. cit., págs. 326-327, y BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Difusión jurídica, 2009, págs. 157-159.

(43) PICÓ I JUNOI, J., «La prueba ilícita...», en *Aspectos prácticos...*, ob. cit., pág. 40, y MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., pág. 181. Así mismo, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pág. 524.

(44) En este sentido, ASENCIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil Práctico*, t. IV, La Ley, 2001, págs. 132-134; PICÓ I JUNOI, J., «La prueba ilícita...», en *Aspectos prácticos...*, ob. cit., pág. 40, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit.,

de la protección de los derechos fundamentales y la consiguiente prohibición de práctica de prueba y de su valoración cuando se obtuvo con vulneración de aquéllos, a cuyo fin lo verdaderamente relevante es que no llegue a valorarse o, previamente, que ni llegue a practicarse, con el objetivo de evitar la influencia psicológica que la práctica de prueba ilícita pudiera tener sobre el ánimo del juzgador (45).

En segundo lugar, surge la cuestión en torno a si el juez puede dejar de valorar la prueba en la sentencia, en el caso de que el medio de prueba hubiera sido practicado y se apreciara su ilicitud en el momento de dictar sentencia. Aunque la LEC no lo prevea expresamente, imperativos constitucionales (derecho a un proceso con todas las garantías) exigen que la prueba ilícita practicada no sea valorada por el juez en la sentencia cuando su ilicitud se aprecia después de la práctica de la prueba, como propone la doctrina de forma unánime (46).

Lo que resulta controvertido es el modo de resolver los problemas que genera la apreciación de la ilicitud en ese momento procesal, es decir, los eventuales déficits de contradicción y el efecto psicológico que la prueba ilícita practicada puede tener en el ánimo del juez a la hora de formar su convicción (47). Éste ha llevado a buena parte de la doctrina a postular el apartamiento del juez que ha tenido contacto con la prueba ilícita (48). Sin embargo, a mi juicio, debe recordarse el carácter profesional y formación jurídica de los jueces, que saben que deben abstenerse de considerar esas pruebas, así como que esa solución comporta otros problemas, al redundar en dilaciones en el curso del proceso y

pág. 14. Igualmente, MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., pág. 182, aun admitiendo que esa solución no comporta inconveniente teórico, alude a sus dificultades prácticas.

(45) Sobre la conveniencia de impedir la práctica de la prueba ilícita por dichos efectos psicológicos DÍAZ CABIALE, J. A., *La admisión y práctica...*, ob. cit., pág. 120; GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita, Derechos y Libertades*, núm. 2, octubre de 1993-diciembre de 1994, pág. 76; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., págs. 93-95, y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La eficacia de la prueba obtenida...*, ob. cit., pág. 218.

(46) PICÓ I JUNOI, J., «La prueba ilícita...», en *Aspectos prácticos...*, ob. cit., págs. 43-44; MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., págs. 182-183; ASENCIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil...*, ob. cit., pág. 134; MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 12; GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1027, y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 316 y sigs.

(47) En este sentido, MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., págs. 182-183.

(48) ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, ob. cit., pág. 86; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., págs. 104-107; GONZÁLEZ MONTES, J. L., «Nuevas reflexiones...», ob. cit., pág. 76, y PASTOR BORGOÑÓN, B., *Eficacia en el proceso...*, ob. cit., págs. 39-40.

al permitir un uso abusivo o fraudulento de la recusación con intenciones meramente dilatorias o fraudulentas. Además de que ni siquiera se puede impedir que el nuevo juez que se ocupe del caso haya tenido conocimiento de la prueba ilícita o que también él pueda resultar influenciado como consecuencia de su conocimiento procesal o extraprocesal (49).

Por lo que respecta a la posibilidad de contradicción, en este caso de prueba ilícita practicada pero cuya ilicitud se declara en la sentencia, un sector de la doctrina mantiene que en este caso el órgano jurisdiccional deberá dictar sentencia sin necesidad de previa contradicción de las partes (50). En cambio, otro sector doctrinal estima necesario que se instaure un previo incidente contradictorio para garantizar el respeto del derecho de defensa al amparo del artículo 240.2 LOPJ (51), o de las diligencias finales de los artículos 435 y 436 LEC (52).

A mi juicio, debe favorecerse la posibilidad de previo contradictorio antes de que se dicte sentencia, pues se encuentra en juego tanto el derecho a un proceso con todas las garantías de una parte, como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la parte que propuso y consiguió la práctica del medio de prueba en apoyo de su posición. En los supuestos de falta de constatación de la ilicitud de la prueba antes de su práctica, lo más normal es que las dudas sobre su ilicitud estén en condiciones de suscitarse tras la práctica de la prueba en el acto del juicio del proceso ordinario o en la vista del juicio verbal, por lo que podría aprovecharse el final de dichos actos para cuestionar su ilicitud, para alegar al respecto y, si las partes están en condiciones, para proponer y, en su caso, practicar prueba al respecto. En el caso del juicio ordinario, el trámite de conclusiones e informes parece momento adecuado para que sea puesta de manifiesto por las partes la supuesta ilicitud (art. 433.2 LEC) o sea cuestionada de oficio por el juez (art. 433.4 LEC), pudiendo realizar las partes alegaciones al respecto. Si no pudiera practicarse prueba en el acto, podría acudir a las diligencias finales dentro del plazo para dictar sentencia, considerando la ilicitud como un hecho nuevo o de nueva noticia (53).

(49) En este sentido, VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, 1993, pág. 127, y GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La eficacia de la prueba obtenida...*, ob. cit., págs. 224-225.

(50) ASENCIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil...*, ob. cit., pág. 134, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 12.

(51) PICÓ I JUNOI, J., «La prueba ilícita...», en *Aspectos prácticos...*, ob. cit., págs. 43-44, y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales...*, ob. cit., pág. 318

(52) MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, Bosch, 2001, pág. 249.

(53) MUÑOZ SABATÉ, ob. y loc. cit., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales...*, ob. cit., pág. 318.

En el caso del juicio verbal, habida cuenta de la flexibilidad que confiere una vista oral y de la relevancia de la cuestión planteada, no parece que haya inconveniente en que al final de la vista (arts. 443 y 447 LEC) pueda cuestionarse y debatirse sobre la ilicitud de la prueba y, en su caso, probarse. Pero si no se estuviera en condiciones de practicar prueba al respecto y se entendiera que en esta clase de juicio no pueden practicarse diligencias finales, siempre quedaría abierta la posibilidad de denunciarlo en el recurso de apelación, impidiendo de esta forma que se produjera una indefensión material y definitiva. Además, debe tenerse en cuenta que el órgano jurisdiccional que hubiese acordado y presenciado la práctica de la prueba y después no la valore deberá motivar las razones que le conducen a apreciar la ilicitud de la prueba, razones que, obviamente, podrán intentarse rebatir en el recurso de apelación contra la sentencia.

D) *Recursos contra la decisión del incidente*

El artículo 287 de la LEC establece que contra la resolución sobre ilicitud de la prueba sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba en la sentencia de apelación contra la sentencia definitiva. Esta disposición se encuentra entre las disposiciones generales, lo que podría conducir a mantener que se establece un único régimen de recursos contra la resolución que decide el incidente sobre ilicitud de la prueba, tanto para el caso de que se adopte en un proceso ordinario como para el caso de que la decisión se adopte en un juicio verbal. Sin embargo, para éste hay disposición especial (art. 446 LEC), y, por tanto, de preferente aplicación, merced a la cual contra las resoluciones sobre admisión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales las partes podrán formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Por lo tanto, debe interpretarse que frente a la decisión sobre ilicitud de la prueba deberá formularse recurso de reposición en el juicio ordinario y protesta en el juicio verbal, cualquiera que sea el sentido de la resolución (54) y sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la cuestión al recurrir en apelación la sentencia.

(54) En este sentido, MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., pág. 182; MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 14; GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1028; ARAGONESES MARTÍNEZ e HINOJOSA SEGOVIA, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil* (con otros), Colex, 2004, págs. 44-45, y BONET NAVARRO, J., *La prueba...*, ob. cit., pág. 161.

En el recurso de apelación podrá alegarse sobre la licitud de la prueba tanto si por considerarse ilícita no llegó a practicarse, como si se practicó por considerarse lícita (55) y ello, tanto si llegó a valorarse en la sentencia por considerarse lícita, como si no llegó a valorarse por lo contrario. Y en el caso de que no hubiera llegado a practicarse por considerarla ilícita, estimo que podría proponerse de nuevo su práctica en la segunda instancia al amparo del artículo 460.2.2.^a LEC (56). Mientras que en el caso en que la prueba hubiera llegado a practicarse, mas no fuera finalmente valorada por considerarla ilícita, podrá solicitarse en apelación la revisión del juicio sobre la ilicitud, así como la valoración del material probatorio obrante en los autos, incluido el relativo a la prueba cuya ilicitud se discute.

2. Control en los recursos extraordinarios

Tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina se ha ocupado principalmente del control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil a través del incidente establecido en el artículo 287 LEC y, en su caso, mediante el recurso de apelación. Sin embargo, aún no siempre omitida, ha pasado más desapercibida la cuestión relativa a su eventual control en el proceso civil a través de los recursos extraordinarios que diseña la LEC de 2000, es decir, el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal. En las próximas líneas nos ocuparemos de esta cuestión. Su examen requiere recordar algunos puntos esenciales antes expuestos, a la par que analizar el régimen legal de los citados recursos extraordinarios y la jurisprudencia que lo ha interpretado.

En este sentido, conviene recordar que en la actividad de búsqueda y obtención de fuentes de prueba dirigida a preparar un proceso con cualquier objeto —proceso no limitado, por tanto, a la protección de derechos fundamentales— se puede afectar a distintos derechos fundamentales sustantivos (derecho fundamental a la intimidad personal o familiar del art. 18.1 CE, derecho a la

(55) En este sentido, MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, ob. cit., pág. 182, y BONET NAVARRO, J., *La prueba...*, ob. cit., pág. 161.

(56) Así, BONET NAVARRO, J., *La prueba...*, ob. cit., pág. 161. También acaba concluyendo en este sentido GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 287», en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1029, pese a las dificultades que encuentra en la regulación legal. A mi juicio, lo relevante a los efectos de su práctica en segunda instancia es que admitida la prueba en primera instancia no haya llegado a practicarse, sin que la falta de su práctica sea imputable a la parte proponente.

inviolabilidad de domicilio del art. 18.2 CE, o derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE). Ahora, de cara a determinar el régimen de acceso a los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal es importante distinguir según las fuentes de prueba se hayan obtenido de forma privada por los particulares, ya sea directamente o ya sea encargando su obtención a profesionales de investigación privada, o según se hayan obtenido mediante resolución judicial que lo autorizase (57).

En el primer caso —prueba supuestamente ilícita obtenida por los particulares— la vulneración de los derechos fundamentales, de producirse, se realizaría en la realidad extraprocesal y, como tal, no podría imputarse su lesión al órgano jurisdiccional (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 1). No obstante, la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento conllevaría la exigencia de que se inadmitiera la práctica de medios de prueba cuyas fuentes se habían obtenido vulnerando derechos fundamentales o, de practicarse, la imposibilidad de valorar esos medios de prueba, pues de lo contrario en dicho proceso se estaría vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12, y STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5).

Por el contrario, en el segundo caso —obtención de fuente de prueba mediante resolución judicial que autoriza la injerencia en un derecho fundamental— además del derecho a un proceso con todas las garantías, también podría producirse la lesión de los citados derechos fundamentales sustantivos (intimidad personal o familiar, inviolabilidad de domicilio, o secreto de las comunicaciones) en el mismo proceso civil para el que se obtuvo la prueba ilícita, cuando la obtención de esa fuente de prueba con vulneración del derecho fundamental se haya producido mediante resolución judicial, que la autorice infringiendo los requisitos constitucionalmente exigidos para la injerencia legítima en el derecho fundamental.

Aclarado esto, la siguiente cuestión sería determinar si las sentencias dictadas en un proceso con fundamento en prueba ilícita, en cuanto que obtenida con vulneración de los indicados derechos fundamentales sustantivos, o en cuanto valorada con infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, serían recurribles a través del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal, en los que pudiera controlarse la eventual vulneración de

(57) En sentido contrario, ASENCIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil...*, ob. cit., pág. 135, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 14, consideran que la infracción de derechos fundamentales que ocasiona la ilicitud de la prueba no lo es del artículo 24 CE, sino de cada uno de los derechos afectados.

los derechos fundamentales sustantivos, o del derecho a un proceso con todas las garantías.

Se ha defendido que la hipotética valoración de pruebas ilícitas por parte del órgano jurisdiccional puede ponerse de manifiesto en cualquier instancia del proceso, pues sólo la cosa juzgada impide hacer valer la imposibilidad de su utilización (58). Compartiendo dicha consideración *de lege ferenda, de lege data* estimo que determinar la posibilidad de controlar judicialmente los distintos supuestos de prueba ilícita requiere verificar el régimen jurídico de los distintos recursos extraordinarios (59) y la interpretación que del mismo se hace en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A) *Recurso de casación*

Por lo que respecta al recurso de casación, el artículo 477.2.1.º LEC establece la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales «cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución». El último inciso impediría que la valoración de la prueba ilícita por un órgano jurisdiccional pudiera revisarse en casación al amparo del ordinal primero, pues dicha valoración constituye vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, precepto constitucional que resulta expresamente excluido en el artículo 477.2.1.º LEC, que excluye de su ámbito de aplicación los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, sin hacer distinción entre los recogidos en su apartado primero o segundo.

No obstante, podría pensarse que a través del artículo 477.2.1.º LEC podría denunciarse la prueba ilícita obtenida mediante autorización judicial con vulneración de derechos fundamentales sustantivos (intimidación personal o familiar, inviolabilidad de domicilio, o secreto de las comunicaciones), cuando desconozca las exigencias constitucionales de la afectación legítima a los mismos.

Sin embargo, no lo ha interpretado así la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, que hace una interpretación muy restrictiva de este supuesto —como de otros— al exigir, por un lado, que se trate de una vulneración de

(58) PICÓ I JUNOI, J., «La prueba ilícita...», en *Aspectos prácticos...*, ob. cit., pág. 34.

(59) Es preciso, por tanto, abundar en la afirmación de que es posible interponer recurso de casación siempre que se den los supuestos previstos en el artículo 477 de la LEC y con base en el artículo 5 de la LOPJ (ASENCIO MELLADO, «Comentario al artículo 287», en *Proceso Civil...*, ob. cit., pág. 135, y MEDINA CEPERO, J. R., «La ilicitud de la prueba...», ob. cit., pág. 14).

derechos fundamentales sustantivos producida en la realidad extraprocesal y, por otro lado, que se trate de sentencias dictadas en juicios que tengan como específico objeto el ejercicio de una acción para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, quedando excluidas las dictadas en procesos que tienen un objeto distinto, aunque en ellos se vean comprometidos o afectados de un modo más o menos directo derechos de esta naturaleza, pues si el objeto procesal no consiste en la tutela civil de derechos fundamentales sustantivos el acceso al recurso de casación habría de hacerse a través de los ordinales segundo y tercero del artículo 477.2 de la LEC 2000, según se trate de un juicio sustanciado por razón de la cuantía o por razón de la materia (60).

Pero las restricciones no acaban aquí. De la doctrina jurisprudencial ahora referida podría deducirse que la vulneración de esos derechos fundamentales sustantivos producida durante el proceso civil con un objeto distinto, aunque no tuviere acceso a la casación por la vía del ordinal primero del artículo 477.2 LEC, sí podría tenerlo por la vía del ordinal segundo o tercero del mismo. No creo, empero, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vaya en esa línea, pese a las anteriores declaraciones jurisprudenciales, pues dichas declaraciones deben complementarse con aquellas otras, que, con fundamento en la Exposición de Motivos de la LEC de 2000, señalan que el recurso de casación queda limitado a la revisión de infracciones de derecho sustantivo, es decir, al control de la interpretación y aplicación del derecho material, y, por tanto, el «interés casacional» nunca puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a «cuestiones procesales» entendidas en sentido amplio, razón por la que no cabe invocar la nueva LEC para fundar el interés casacional, ya que éste debe venir referido en todo caso a cuestiones sustantivas y no procesales (61).

Por lo demás, tampoco el artículo 5.4 LOPJ constituye fundamento suficiente para justificar que la vulneración de derechos fundamentales sustantivos en la obtención de prueba ilícita mediante autorización judicial sea revisable en

(60) AATS de 5 de febrero de 2008, JUR 2008\123381; 28 de marzo de 2006, JUR 2006\145596; 21 de marzo de 2006, JUR 2006\170442, y 24 de enero de 2006, JUR 2006\170442, entre otros.

(61) Auto de 13 de septiembre de 2005, RJ 2005\7093, que presenta además el interés de que en el recurso de casación inadmitido por dicho auto se denunció tanto la infracción de la jurisprudencia constitucional sobre la prueba ilícita como la vulneración de los artículos 15 y 18 CE. En el mismo sentido, se pronuncia el Auto de 11 de noviembre de 2003, JUR 2004\21517, mediante el que inadmite un recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional y en el que se denunciaba la infracción del artículo 767 LEC relativo a la prueba biológica en un proceso sobre filiación extramatrimonial.

el recurso de casación (62), pues esta norma no establece de forma directa supuestos de recurribilidad en casación, siendo en realidad al respecto una norma de remisión a lo que en cada caso establezca la ley respecto de las sentencias dictadas en los distintos órdenes jurisdiccionales, que sólo tiene contenido propio y de efecto directo en lo relativo a la competencia para decidir el eventual recurso de casación.

Así se infiere del tenor del indicado precepto y así lo ha precisado la Sala Primera del Tribunal Supremo en una reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, conforme a la cual, el artículo 5.4 LOPJ no autoriza una especie de recurso de casación autónomo que proceda siempre que se alegue la vulneración de algún derecho fundamental, al margen de cualquier otro requisito legal, sino únicamente la posibilidad de fundamentarlo en la infracción de precepto constitucional, pero sólo en «los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación», ya que el artículo 5.4 LOPJ en modo alguno establece un sistema de recursos diferente al que la Ley de Enjuiciamiento Civil regule en cada momento, ni tampoco un catálogo distinto de resoluciones recurribles (63).

B) *Recurso extraordinario por infracción procesal*

La situación legal no es tan limitada desde la perspectiva del recurso extraordinario por infracción procesal, pues uno de los motivos de este recurso extraordinario es la «vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución» (art. 469.1.4.º LEC). Entre ellos figura el derecho a un proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.2 CE, que, conforme a la jurisprudencia constitucional antes mencionada, se vulnera, principalmente, cuando por un órgano jurisdiccional se valora prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y ello con independencia de cuál haya sido el objeto del proceso.

Sin embargo, esa amplia posibilidad legal de revisión de la prueba ilícita a través de este recurso extraordinario prevista en el texto originario de la LEC de 2000 se restringe notablemente en el régimen transitorio todavía vigente. Por una parte, porque este recurso extraordinario se limita respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación (apartado 1 de la disposi-

(62) Según esta norma, «en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional», en cuyo caso la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo.

(63) AATS de 28 de marzo de 2006, JUR 2006\145596; 21 de marzo de 2006, JUR 2006\170442, y 24 de enero de 2006, JUR 2006\170442, entre otros.

ción final decimosexta). Por otra parte y sobre todo, porque solamente puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación previstas en los ordinales 1.º y 2.º del artículo 477.2 (apartado 1.2.ª de la disposición final decimosexta), es decir, en el caso de sentencias recaídas en procesos dirigidos a la tutela de derechos fundamentales sustantivos y en procesos de cuantía superior a 150.000 euros.

Con ello, en la mayoría de los casos se priva de autonomía al recurso extraordinario por infracción procesal para denunciar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE como consecuencia de la valoración por un órgano jurisdiccional de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, limitándolo a muy escasos supuestos (64). Por lo demás, esta limitación opera no sólo con relación a la lesión del derecho a un proceso contadas las garantías, sino respecto de cualquier vulneración de derechos fundamentales procesales recogidos en ambos apartados del artículo 24 CE, situación que pugna frontalmente con la proclamada preeminencia de los derechos fundamentales y que, a mi juicio, requiere una necesaria reforma legal (65).

Por último, la interpretación de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en principio, no parece que sea tan restrictiva respecto de la posibilidad de denunciar la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.2 CE mediante el recurso extraordinario por infracción procesal en los escasos supuestos en los que resulte posible en el régimen transitorio. Es cierto que no se menciona expresamente la valoración de prueba ilícita como cuestión revisable mediante este recurso extraordinario en el Acuerdo adoptado por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General celebrada el 4 de abril de 2006, sobre «alegaciones como motivo de los recursos extraordinarios.

(64) Por un lado, porque, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si el proceso se siguió por razón de la materia es preciso que también quepa recurso de casación, de modo que la improcedencia de éste determina también la del recurso extraordinario por infracción procesal por muy fundado que éste estuviera. Por otro lado, porque los procesos seguidos para la tutela de derechos fundamentales sustantivos y los procesos seguidos por razón de la cuantía en que ésta exceda de 150.000 euros son cuantitativamente insignificantes.

(65) Es conocido que ese régimen jurídico no era el originariamente previsto en la ley, sino que dicho régimen transitorio obedeció a razones coyunturales, pero ya se han producido varias reformas procesales desde el 2000, también reformas orgánicas, y lo que era transitorio está acabando por convertirse en definitivo. Si a ello se une la restrictiva interpretación que viene haciendo la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo del artículo 477 LEC y la reforma que la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC, hace del recurso de amparo, puede llevar a cuestionarse si en nuestro ordenamiento rige en realidad el principio de preeminencia y protección eficaz de los derechos fundamentales.

Cuestiones relativas a la integración del Factum» (66). Sin embargo, considero que la valoración de la prueba ilícita puede subsumirse con facilidad en el supuesto de valoración ilógica o irrazonable de los medios de prueba, pues si las normas legales (arts. 11 LOPJ y 287 LEC) y un derecho fundamental (derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE) prohíben la valoración de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, la eventual valoración de la misma no podría calificarse sino de ilógica e irrazonable.

IV. CONCLUSIONES

La regulación procesal civil ha avanzado indudablemente en la regulación de la prueba ilícita a partir de la LEC de 2000, aunque la situación legal sigue siendo susceptible de mejora. Por lo que respecta a la habilitación legal precisa para la afectación o limitación de derechos fundamentales, a mi juicio, la regulación de la prueba biológica de investigación de la paternidad en el artículo 767 LEC merece una valoración favorable, en cuanto que responde a los parámetros de constitucionalidad establecidos en la jurisprudencia constitucional, pues, habida cuenta de los derechos y bienes constitucionales en liza, aunque posibilita la investigación de la paternidad, la condiciona a la presentación de un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación. A la par que supedita la posibilidad de considerar probada la filiación, como consecuencia de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, a que existan otros indicios de la paternidad, o maternidad.

Así mismo, tras la reforma del párrafo primero del artículo 261 LEC llevada a cabo por la Ley 19/2006, también merece una valoración positiva la regulación de la entrada y registro de lugar cerrado, incluido el domicilio, para obtener la información solicitada en sede de diligencias preliminares, ya que

(66) En efecto, en dicho Acuerdo se decide que «como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante el recurso de casación y sólo excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en una amplia interpretación del artículo 469.1 LEC, en cuanto el ordinal 2.º del referido precepto puede amparar la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, considerando norma reguladora de la sentencia el artículo 217 LEC, dado su contenido y al estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos». Además en el ordinal 4.º del artículo 469.1.º LEC, al considerar motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE, podría encuadrarse el error patente o notorio y la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos».

se establece que la medida de injerencia se acordará mediante auto, que en él deberán expresarse las razones que exigen la entrada y registro y que la medida sólo deberá acordarse cuando resulte proporcionado.

Sin embargo, la regulación legal es deficiente respecto de la posibilidad de acordar la entrada y registro de lugar cerrado, incluido el domicilio, para obtener prueba documental durante el curso del proceso civil cuando la parte requerida de exhibición de documentos se niegue a exhibirlos (arts. 328 y 329 LEC), o respecto de los requisitos o condiciones con fundamento en los cuales puede acordarse dicha medida para lograr la efectividad de la prueba de reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC). La insuficiencia de la habilitación legal debe predicarse con mayor razón respecto de la eventual medida de intervención de las comunicaciones en el proceso civil, pues no existe previsión legal general alguna al respecto, si bien la laguna se colma adecuadamente para el especial proceso concursal en el artículo 1 LORC.

En segundo lugar, en lo que se refiere al tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso civil, aun siendo susceptible de alguna mejora técnica, a mi juicio, la regulación efectuada en el artículo 267 de la LEC de 2000 merece una valoración global favorable, pues colma la laguna hasta entonces existente en el ordenamiento procesal civil respecto del procedimiento que debía seguirse para cuestionar y, en su caso, declarar la inadmisibilidad y/o falta de eficacia de la prueba ilícita. Además, la regulación resulta adecuada en la mayoría de sus aspectos: modalidad de control tanto a instancia de parte como de oficio por el órgano jurisdiccional, instauración de previo incidente contradictorio, o impugnabilidad general de la decisión mediante reposición y mediante posterior recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

Sin embargo, en mi opinión, la regulación legal resulta sumamente criticable en lo que refiere a la posibilidad de control de la prueba ilícita mediante los recursos extraordinarios, especialmente como consecuencia de las restricciones a la autonomía del recurso extraordinario por infracción procesal establecidas en la disposición final decimosexta de la LEC, por la que se introduce el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios y que cercena notablemente la aptitud de este recurso extraordinario para controlar la vulneración de derechos fundamentales procesales previstos en el artículo 24 CE, entre ellos el derecho a un proceso con todas las garantías como efecto de la valoración de prueba ilícita, en contra de lo que en la redacción original se prevé en el artículo 469.1.4.º LEC. Esta situación legal requiere una necesaria reforma, pues pugna frontalmente tanto con la prevalencia de los derechos fundamentales proclamada por la jurisprudencia constitucional, como con la voluntad del legislador procesal civil de establecer un régimen de recursos extraordinarios

coherente con la misma, según se deduce tanto de la Exposición de Motivos como del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal establecido en el artículo 469.1.4.º LEC.

RESUMEN

La prueba ilícita ha sido analizada tradicionalmente en el ámbito del proceso penal, en el que con mayor frecuencia se adoptan medidas de injerencia en los derechos fundamentales. Sin embargo, el legislador paulatinamente va autorizando en el seno del proceso civil la adopción de esas medidas de injerencia a través de diligencias preliminares, o mediante medios de prueba. En este estudio se aborda esa problemática desde una doble perspectiva. Por una parte, si el legislador cumple las exigencias inherentes al requisito de la habilitación legal de la injerencia. Por otra parte, los instrumentos establecidos para el control de la prueba ilícita en el proceso civil.

PALABRAS CLAVE: prueba ilícita; proceso civil; habilitación legal; tratamiento procesal.

ABSTRACT

The illegal evidence has been analyzed traditionally in the area of criminal procedure, in which with ever more frequency now are adopted measures of interference in the fundamental rights. However, the legislator gradually is authorizing in civil procedure the adoption of these measures of interference through pre-trial discovery, or by evidences. In this study these problems are approached from a double perspective. On one hand, if the legislator fulfils the requirements inherent in the requisite of the legal authorization of the interference. On the other hand the established instruments for the control of the illegally obtained evidence in civil procedure.

KEY WORDS: illegal evidence; civil procedure; legal interference; procedural control.