

Joan Picó i Junoy
Juan Mendoza Díaz
Ariel Mantecón Ramos
(Directores)

Carlos de Miranda Vázquez
Luis Alberto Hierro Sánchez
(Coordinadores)

LA PRUEBA A DEBATE

Diálogos hispano-cubanos

Barcelona
2021

JIB
BOSCH EDITOR

tas en la materia: Xavier Abell Lluch, por el lado español; y Luis Alberto Hierro Sánchez, por el cubano.

El tercero es el razonamiento probatorio. En este punto, los profesores Carlos de Miranda Vázquez e Ivonne Pérez Gutiérrez nos enseñan que este razonamiento está presente en toda la actividad probatoria, y que en él interviene no solo el juez sino también las partes.

Y, finalmente, el cuarto ámbito de debate probatorio se centra en la prueba en el arbitraje, que plantea una rica problemática debido, especialmente, a las parcas regulaciones probatorias de las leyes arbitrales. Es muy posible que ello se deba a la amplia libertad que quiere ofrecerse a las partes que intervienen en el arbitraje pero, como se destaca en los estudios de los expertos árbitros –y profesores de derecho procesal– Frederic Munné Catarina y Juan Mendoza Díaz, ello genera múltiples interrogantes que deben ser resueltos correctamente.

III. Además, en este libro se analiza críticamente la prueba en los juicios virtuales o telemáticos que, desgraciadamente, están adquiriendo protagonismo debido a la pandemia generada por la COVID-19. En este punto, el profesor Manuel Richard González examina los problemas que plantea la sustanciación de juicios por videoconferencia, y resuelve los grandes interrogantes que se plantean en esta materia: ¿Cómo cumplir el principio de publicidad en los juicios virtuales? ¿Se garantizan en una vista virtual los principios de oralidad, inmediación y contradicción? y ¿Cómo se protege plenamente la seguridad de los sistemas telemáticos?

Otro especial tema probatorio complejo, que en España ha provocado una posición jurisprudencial y doctrinal contradictoria, es el del posible uso probatorio de la correspondencia y documentos entregados entre los abogados antes del proceso. Y aquí destaca el estudio del profesor Juan Antonio Andino López, quien centró ya su tesis doctoral sobre este problema, convirtiéndose así en el máximo especialista español.

Por último, el libro analiza otros dos problemas probatorios: los métodos de selección de los peritos, y la investigación y prueba en el ámbito del derecho de familia, que merecen la atención del Dr. Rafael Orellana de Castro y el profesor Enrique de Madrid-Dávila, respectivamente.

IV. Esta obra de debate sobre el derecho probatorio es fruto del encuentro de diversos integrantes de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio y de la mejor escuela procesalista cubana. Ahora solo esperamos que el debate lo continúen los lectores de esta obra.

Barcelona, 1 de junio de 2021

EL DERECHO A LA PRUEBA¹

Joan Picó i Junoy

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)
Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio
joan.pico@upf.edu

SUMARIO: 1. Introducción: relevancia constitucional del derecho a la prueba. Su aspecto objetivo y subjetivo. 2. Concepto de derecho a la prueba y su importancia práctica. 3. Alcance del doble aspecto (objetivo y subjetivo) del derecho a la prueba. 3.1. Aspecto objetivo del derecho a la prueba. 3.1.1. Significado. 3.1.2. Consecuencias del aspecto objetivo del derecho a la prueba. 3.1.2.1. Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias. 3.1.2.2. Exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba. 3.1.2.3. La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria. 3.1.2.4. La irrenunciabilidad del derecho a la prueba. Consideración crítica de los «modernos» pactos, convenios o negocios procesales en materia probatoria. 3.2. Aspecto subjetivo del derecho a la prueba. 3.2.1. Introducción. Titularidad del derecho. 3.2.2. Contenido del derecho a la prueba: la admisión, práctica y valoración de la prueba. 3.2.2.1. Derecho a la admisión de la prueba. 3.2.2.2. Derecho a la práctica de la prueba admitida. 3.2.2.3. Derecho a la valoración de la prueba practicada. 4. Límites del derecho a la prueba. 4.1. Introducción. 4.2. Límites intrínsecos: la pertinencia y la utilidad. 4.2.1. La pertinencia. 4.2.2. La utilidad. 4.3. Límites extrínsecos. 4.3.1. Límites genéricos. 4.3.1.1. La ilicitud de la prueba. 4.3.1.2. La prohibición de la prueba. 4.3.1.3. El requisito de legitimación. 4.3.1.4. Los requisitos temporales y de forma. 4.3.2. Límites específicos. 5. Reflexión final. 6. Bibliografía.

1 El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Hacia una nueva configuración de la pericial judicial» (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) de la AGAUR.

1. Introducción: relevancia constitucional del derecho a la prueba. Su aspecto objetivo y subjetivo

El derecho a la prueba es una de las garantías fundamentales del debido proceso, amparado expresamente en diversos textos constitucionales iberoamericanos si bien con distinta intensidad:

- a) el art. 24 de la CE indica que «Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa»;
- b) el nuevo art. 94 de la Constitución cubana de 2019 establece que «Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes: [...] c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido»;
- c) el art. 29 de la Constitución colombiana prescribe «Quien sea sindicado tiene derecho [...] a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra [...]. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»; y
- d) el art. 76.7.h de la Constitución ecuatoriana, dentro del derecho de defensa, prevé el de «presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra»².

En consecuencia, para estos sistemas procesales, el derecho constitucional a la prueba viene a configurarse como el punto de referencia de toda la actividad probatoria, esto es, el verdadero pilar del derecho probatorio, que tiene por objeto último asegurar la mayor actividad probatoria posible en el proceso³.

2 Sin embargo, el derecho a la prueba no lo encontramos expresamente previsto en otras importantes constituciones, como la chilena, la argentina o la brasileña (y en el ámbito europeo, tampoco en la de Alemania, Italia, Francia o Portugal, por poner solo unos ejemplos).

3 Lo que ha merecido el estudio de la doctrina procesal europea y latinoamericana. En España destaca PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 1996 y recientemente ANDINO LÓPEZ, J. A., *Breve estudio comparativo del derecho constitucional a la prueba*, en «La Ley», 2019, núm. 9533, 10 de diciembre de 2019, pp. 29 a 34; en Alemania el libro de NISSEN, M., *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess*, editorial Mohr Siebeck, Tübingen, 2019; en Francia la monografía de BERGEAUD, A., *Le droit a la preuve*, editorial LGDJ-Lextenso, Paris, 2010, y los estudios de LARDEUX, G. *Le droit à la preuve: tentative de systématisation*, en «Revue

En el ámbito de las declaraciones internacionales de protección de derechos humanos, el derecho a la prueba se limita bien a la prueba testifical en el proceso penal, o bien se entiende que forma parte del derecho a un «proceso equitativo» –en términos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁴– o con las «debidas garantías» –de acuerdo al art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁵–. En consecuencia, para los estados en los que no se ha constitucionalizado expresamente este derecho, entendemos que se incorpora indirectamente en sus ordenamientos a través de las citadas declaraciones internacionales de protección de derechos humanos y, muy especialmente, merced a los derechos a un «proceso equitativo» o con las «debidas garantías».

Para la correcta delimitación del derecho a la prueba es básico conocer el contenido que del mismo ha dado el Tribunal Constitucional español (TC). Sin embargo, antes de entrar en su examen debo destacar que de acuerdo a la jurisprudencia del TC –que en este punto sigue la doctrina del *Bundesverfassungsgeri-*

Trimestrielle de droit civil», número 1, 2017, pp. 1-26, PERROT, Walter, *Le droit a la preuve*, en «Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order, editorial Gieseking, Bielefeld, 1983, pp. 91 a 114, y GOUBEUX, Gilles, *Le droit a la preuve*, en «La preuve en droit», editorial Émile Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 277 y ss; y en Italia el célebre estudio, que todavía sigue vigente, de TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, en «Rivista di diritto processuale», 1984, IV, pp. 74-118. De igual modo, respecto a Latinoamérica pueden consultarse las monografías de BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2ª edición, editorial Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018; CAMBI, Eduardo, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, DOMÍNGUEZ FLORIDO, Gustavo Adolfo, *El derecho a la prueba y su interpretación en el contexto constitucional*, Editorial Académica Española, Caracas, 2019; MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010; y RUIZ JARAMILLO, L. B., *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*, Universidad de Antioquia, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

4 Como advierte BUJOSA VADELL «en los casos Mantovanelli contra Francia, Schenk contra Suiza y Cottin contra Bélgica, se sostiene que el Tribunal debe constatar si el proceso considerado en su conjunto, incluida la manera en que ha sido administrada la prueba, ha revestido el carácter equitativo requerido por el artículo 6.1» (*La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en «Peritaje y prueba pericial», director Joan Picó i Junoy, editorial J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2017, p. 52).

5 Con referencia al derecho a la prueba como parte del «debido proceso» del art. 8 CADH consultar GOZAÍNI, Osvaldo, *El debido proceso*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pp. 399-403.

cht (Tribunal Constitucional Federal Alemán)— todos los derechos fundamentales tienen un doble carácter (objetivo y subjetivo), por lo que el derecho a la prueba:

- a) En primer lugar, desde su vertiente objetiva, se conforma como una garantía esencial de nuestro sistema de enjuiciamiento, con fuerza vinculante directa en el ordenamiento jurídico;
- b) Y en segundo lugar, desde su vertiente subjetiva, se atribuye al litigante el poder de ejercerlo en cualquier proceso, así como de reclamar su debida protección.

En consecuencia, la eficacia del derecho a la prueba presenta una doble línea de proyección, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable por el particular.

Finalmente, como tendré ocasión de exponer, debo acabar este punto introductorio advirtiéndole de que, a pesar de que el derecho a la prueba posee un contenido propio y autónomo del resto de derechos procesales constitucionalizados en el art. 24 CE, la jurisprudencia española mayoritariamente suele restarle autonomía por una doble vía: (a) en primer lugar, indicando su carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales, y muy especialmente el de la tutela judicial efectiva⁶, y el de defensa⁷; y (b) en segundo lugar, no dándole protección judicial sino se justifica la producción de una indefensión material en la decisión judicial de no admitir o dejar de practicar la prueba admitida⁸⁻⁹.

6 Así, por ejemplo, la STC 61/2019, de 6 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:61) afirma que «este Tribunal ha insistido en que la temática probatoria, aunque esté garantizada por un específico derecho [el de la prueba], no deja de estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1988, 357/1993, 246/1994 y 110/1995, por todas), y ha incluido, en consecuencia, a la aportación de medios de prueba entre los medios de defensa cuya obstaculización o privación es susceptible de producir indefensión». De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 91/2012, de 22 de febrero, destaca que «el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva».

7 En este sentido, las SSTC 97/1995, de 20 de junio, o la 246/1994, de 19 de septiembre, entre otras muchas, ponen expresamente de relieve que el derecho a la prueba es inseparable del derecho de defensa mismo.

8 Vid. las SSTC 128/2017, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:128); o la 185/2007, de 10 de septiembre (ECLI:ES:TC:2007:185); y las SSTS 485/2012, de 18 de julio; o la 774/2011, de 10 de noviembre; entre otras muchas.

9 Sin embargo, debo destacar que algunas resoluciones le dan un contenido más autónomo: así, por ejemplo, la STS de 11 de febrero de 2014 (recurso núm. 2131/2011)

2. Concepto de derecho a la prueba y su importancia práctica

La constitucionalización del derecho a la prueba se debe a la especial relevancia procesal que adquiere la actividad probatoria, en la medida en que cumple la finalidad de fijar los hechos sobre los que el juez, en su sentencia, determinará el derecho. La prueba se configura así como la actividad procesal clave en la historia de todo pleito, pues de ella depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y aprecie o desestime las pretensiones formuladas por las partes, realizando así eficazmente su función jurisdiccional.

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

Además, la exacta configuración del derecho a la prueba es esencial para diferenciar con precisión su verdadero alcance respecto a los otros derechos del art. 24 CE, aspecto éste no siempre asumido por el Tribunal Constitucional que, como he apuntado, no suele otorgarle sustantividad propia cuando debe proceder a su protección en amparo.

En función de lo antedicho, el derecho a la prueba lo definí en otro estudio como «aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del juez o tribunal acerca de lo discutido en el proceso»¹⁰. Y en similares términos la STC 130/2017, de 13 de noviembre, destaca que es «el poder jurídico, que se reconoce a quien intervie-

expresamente afirma: «No toda denegación de prueba implica vulneración del artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española, sino que se requiere que resulte injustificada e influya en el resultado del proceso. Expusimos, entre otras, en la sentencia 400/2012, de 12 de junio, que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los propios intereses, protegido por el artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española, deriva, según la doctrina constitucional, de que su reconocimiento cumpla la función de garantizar a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria de acuerdo con lo que reclamen sus intereses».

10 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 18-19.

ne como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso»¹¹.

Finalmente, debe destacarse que la aplicación del derecho a la prueba alcanza a todo tipo de proceso, incluido el civil. *A priori*, analizando los trabajos parlamentarios del art. 24 CE podría llegarse a la errónea conclusión de que el citado derecho limita su vigencia al proceso penal. Sin embargo, de los Tratados y Acuerdos Internacionales referentes a Derechos Humanos ratificados por España¹², se desprende que es ejercitable en cualquier orden jurisdiccional, al configurarse el derecho de toda persona a defender y proteger sus intereses, sin limitación alguna por razón del tipo de tribunal al cual se requiere su tutela. En este sentido se ha pronunciado nuestro TC, y así, por ejemplo, en su sentencia 126/2009, de 21 de mayo, afirma que el derecho a la prueba es ejercitable «en todo tipo de proceso»; y la STC 359/2006, de 18 de diciembre, reitera que este derecho «opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado»¹³.

11 O «la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses –los de la parte proponente– siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento», en palabras de la STC 23/2006, de 30 de enero. De igual modo, cfr. las SSTC 212/2013, de 16 de diciembre; 19/2001, de 29 de enero; 246/2000, de 16 de octubre; o 37/2000, de 14 de febrero.

12 Especialmente, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; y el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; ambos textos de aplicación directa y vigentes en el ordenamiento jurídico español desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado –art. 96.1 CE–, que deben inspirar la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra Carta Magna –art. 10 CE.

13 En el mismo sentido, vid. las SSTC 77/2007, de 16 de abril; 60/2007, de 26 de marzo; *et altri*. Y también el TS, en su sentencia de 4 de junio de 2008 (recurso núm. 506), afirma que el derecho a la prueba «es ejercitable en cualquier tipo de procesos y, consiguientemente, en los procedimientos civiles también».

3. Alcance del doble aspecto (objetivo y subjetivo) del derecho a la prueba

3.1. Aspecto objetivo del derecho a la prueba

3.1.1. Significado

El derecho a la prueba, al reconocerse en una norma de rango constitucional, resulta de aplicación directa e inmediata, por lo que vincula a todos los poderes públicos –y muy especialmente a los jueces y magistrados– así como también a las partes (arts. 91.1 y 53.1 CE). Esta configuración objetiva del derecho a la prueba comporta las siguientes consecuencias: a) la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; b) la exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba; c) la subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria; y d) la irrenunciabilidad del derecho¹⁴.

3.1.2. Consecuencias del aspecto objetivo del derecho a la prueba

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

La constitucionalización del derecho a la prueba comporta la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva (*favor probationes*). Y en este sentido se pronuncia tanto la doctrina del TC como del TS: así, por ejemplo, la STC 10/2009, de 12 de enero, considera que la legislación procesal debe ser interpretada «sin desconocimiento ni obstáculos» al derecho fundamental a la prueba; la STC 140/2000, de 29 de mayo, rechaza la decisión jurisdiccional denegadora de pruebas siempre que se fundamente en una lectura de la legalidad que suponga «la imposición de un formalismo enervante obstaculizador o contrario a la efectividad del derecho a la prueba»; la STC 10/2000, de 17 de enero, destaca que «no puede frustrarse

14 Al respecto, me remito a PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 158-159.

la práctica de una prueba apelando a intereses indudablemente dignos de tutela, pero de rango subordinado, como la más eficaz y pronta resolución de los procesos judiciales¹⁵; y la STC 1/1992, de 13 de enero, afirma que «la garantía del art. 24.2 del derecho a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los Tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo»¹⁶.

Y esta lectura amplia de la legalidad también es refrendada por el Tribunal Supremo: así, por ejemplo, ya su sentencia de 10 de febrero de 1992 destaca que «el art. 24.2 de la CE ha elevado al rango de derecho fundamental el disponer de los medios de prueba pertinentes para la defensa [...] ello impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que el de su denegación».

3.1.2.2. Exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba

La constitucionalización del derecho a la prueba, además, comporta que los límites legales a su ejercicio deban interpretarse de forma restrictiva¹⁷. En este sen-

15 De igual modo, cfr. las SSTC 33/1992, de 18 de marzo; 158/1989, de 5 de octubre; o la 51/1985, de 10 de abril.

16 En similares términos, vid. las SSTC 71/2008, de 23 de junio; 236/2002, de 9 de diciembre; 205/1991, de 30 de octubre; 59/1991, de 14 de marzo; 147/1987, de 25 de septiembre; o la 30/1986, de 20 de febrero.

17 Ello es importante, por ejemplo, para evitar que se impida el acceso al proceso de los avances de la ciencia como, por ejemplo, puede suceder con las imágenes por resonancia magnética funcional –fMRI– para detectar la sinceridad o mendacidad de las declaraciones judiciales de las partes, testigos o peritos. Para ello me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Some current situations and problems regarding with the new types of evidence*, en «Challenges for Civil Justice As We Move Beyond Globalization and Technical Change. XVI World Congress on Procedural Law IAPL», Kobe (Japón), 2019, pp. 546-596; e ídem, *Cuestiones problemáticas del derecho probatorio*, en «Revista

tido, la STC 60/2007, de 26 de marzo, estima el recurso de amparo pues el juzgador de instancia, ante la posible aplicación de dos normas (arts. 337.1 y 265.4 LEC) eligió la más restrictiva para el ejercicio del derecho a la prueba¹⁸.

Al igual que sucede para el resto de derechos fundamentales, la limitación de la eficacia del derecho a la prueba debe realizarse mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o deniegue la prueba solicitada. De manera concluyente, la citada STC 60/2007, de 26 de marzo, ampara al recurrente en su derecho a la prueba por cuanto los juzgadores de instancia, frente a dos posibles normas en conflicto, optaron por aplicar la más restrictiva de forma inmotivada, pues la motivación se limitó a indicar «por no encontrarse –la prueba solicitada– en ninguna de los supuestos del art. 460.2 de la LEC». Pues bien, como indica el Alto Tribunal «no es ésta una verdadera motivación, tratándose más bien de una afirmación apodíctica que no exterioriza los datos factuales y los razonamientos que llevan a la conclusión mantenida en el caso». Y también la STC 236/2002, de 9 de diciembre, establece que el citado derecho resulta vulnerado «en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable [...] y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonablemente el porqué de su rechazo»¹⁹.

3.1.2.3. La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria

Cuando está en juego la eficacia de una garantía constitucional del proceso, debido precisamente a su carácter fundamental, siempre debe procurarse su subsanación si ello no comporta vulnerar otra garantía constitucional de la parte contraria. Así el TC, reiteradamente, destaca que el art. 24 CE, si bien no consagra una regla general y absoluta a favor de la subsanación de los vicios o defectos procesales, sí debe favorecer la subsanación de los defectos susceptibles de

de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas», 2020, 1.

18 Vid. también la STC 140/2000, de 29 de mayo.

19 En este sentido, vid. también las SSTC 35/1997, de 25 de febrero; 1/1996, de 15 de enero; 233/1992, de 14 de diciembre; 94/1992, de 11 de junio; 52/1989, de 22 de febrero; o la 149/1987, de 30 de octubre.

reparación, si ello no supone una ruptura de la regularidad del proceso²⁰, doctrina que ha sido recogida por el legislador. En consecuencia, los defectos subsanables no pueden convertirse en insubsanables por inactividad del órgano jurisdiccional, debiendo éste advertir tempestivamente de su existencia al interesado para que subsane dichos defectos y no vea, de este modo, sacrificada la eficacia de un derecho fundamental. De lo contrario, puede conculcarse el art. 24 CE cuando un defecto subsanable en su día no se permite su corrección por el juzgador, a pesar de poder hacerlo, y se convierte más adelante en insubsanable, motivo por el cual luego se dicta una sentencia contraria a los intereses de la parte a la que se le ha impedido subsanar el defecto procesal²¹.

Esta doctrina despliega toda su virtualidad respecto al derecho a la prueba, por lo que el órgano jurisdiccional debe permitir la subsanación de cualquier defecto en la proposición de prueba siempre que ello no comporte vulneración de otra garantía constitucional del proceso de la contraparte. Esta necesidad constitucional de permitir la subsanación se recoge en el art. 231 LEC, según el cual: «El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley»²². Así, por ejemplo, debe permitirse la subsanación de aquella pregunta que se formule a la parte contraria, a un testigo o a un perito, y que el tribunal entienda que no es del todo precisa o clara.

3.1.2.4. La irrenunciabilidad del derecho a la prueba. Consideración crítica de los «modernos» pactos, convenios o negocios procesales en materia probatoria

El aspecto objetivo de los derechos fundamentales, como parte integrante de la esencia de un Estado de Derecho, comporta que los mismos no puedan ser

20 Cfr. SSTC 210/1996, de 17 de diciembre; 38/1996, de 11 de marzo; 65/1993, de 1 de marzo; 39/1988, de 9 de marzo; 5/1988, de 7 de marzo; 162/1986, de 17 de diciembre; 60/1985, de 6 de mayo; o la 65/1983, de 21 de julio.

21 Vid. SSTC 104/1997, de 2 de junio; 79/1997, de 21 de abril; 152/1996, de 30 de septiembre; 149/1996, de 30 de septiembre; 117/1990, de 21 de junio; 3/1987, de 21 de enero; o la 62/1986, de 20 de mayo.

22 De igual modo, vid. los arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ-.

objeto de negociación privada por los particulares²³⁻²⁴, lo que conduce a que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo. En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, ya indicó que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto». Y, de igual modo, la STS de 5 de noviembre de 1982 destacó la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando que «la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los «contrarios a las leyes» que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto».

23 Así me pronuncié en mi libro *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2012, pp. 34-35. En este sentido, AGUILAR DE LUQUE (*Los límites de los derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 14, enero-abril, 1993, p. 33), al analizar los límites de los derechos fundamentales, sostiene que «por más que los derechos fundamentales puedan ser asimilados a la noción de derechos subjetivos [...] es innegable que gozan de particularidades respecto a éstos, particularidades que no pueden ser desdeñadas. No se trata tan sólo de su posición e importancia como expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento, sino que su régimen jurídico cuenta con elementos particulares (así, como más conocido, su irrenunciabilidad). Y, de igual modo, vid. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 121; y ALFARO AGUILAR, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en «Anuario de Derecho Civil», I/1993, pp. 96 y ss.

24 Una manifestación legal de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales la encontramos en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, según el cual: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula» (la cursiva es mía). El derecho fundamental a la prueba, en la medida en que tiene su ámbito de aplicación dentro de un proceso judicial, no precisa ser desarrollado mediante Ley Orgánica, así como tampoco precisa de un mecanismo especial de tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario, pero en todo caso si resulta vigente la idea de la imposibilidad de negociar su vigencia y aplicación antes de un proceso (vid. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 40 a 44).

Sin embargo, lo cierto es que en muy pocos años estamos asistiendo a un creciente fenómeno de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los negocios o pactos procesales. Y como buena muestra de ello, el nuevo Código Procesal Civil brasileño, aprobado por la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015, con carácter general, establece en su art. 190: «Versando el proceso sobre derechos disponibles, es lícito a las partes plenamente capaces pactar cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Párrafo único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de los pactos previstos en este artículo, y negará su aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en contrato de adhesión o en aquel otro en el que cualquiera parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad»²⁵.

De esta forma, se pretende luchar contra la ineficacia del proceso y, muy especialmente, su lentitud. Se considera que la autonomía de la voluntad es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida. Sin embargo, creo que debemos reflexionar sobre este fenómeno en clave de garantía constitucional del justiciable y pensando en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos.

Como ya he destacado, en España, el derecho a probar ha adquirido el rango de fundamental en su sistema constitucional, lo que tiene repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios. Ello no significa que no sean posibles, pues todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deben ser bienvenidos. Solo deberemos repensar la validez de los que limiten dicha actividad, esto es, reduzcan la capacidad de enjuiciamiento que pueda tener el juez sobre los hechos conflictivos respecto de los cuales se requiere su tutela²⁶.

25 Al respecto, vid. CABRAL, A. P., *Convenções processuais*. 2ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2018; BARREIROS, L. M. S., *Convenções processuais e poder público*, edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CABRAL, A. P., y NOGUEIRA, P. H. (coords.), *Negócios processuais*. 3ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CORDEIRO, A. C., *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, Edit. Juruá, Curitiba, 2017; GODINHO, R., *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, Edit. Revista do Tribunais, São Paulo, 2015; y los diversos estudios publicados en la obra *Convenciones procesales*, coord. Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani, edit. Racuel, Lima, 2015.

26 Cfr. PICÓ I JUNOY, J., *A vueltas con los pactos procesales probatorios*, en «Evidence in the process. La prueba en el proceso», edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 667 a 677;

En mi modesta opinión, como ya he indicado, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso son innegociables, por lo que no pueden ser objeto de negociación privada por las partes. Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otros, en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión «publicista» o «social» del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función. Por ello, es incorrecto el símil que alguna doctrina procesal efectúa entre un hospital público y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables²⁷. En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no son tanto los sujetos afectados (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Así, en ambos casos, debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo realiza el juez, por lo que debe tener la máxima libertad posible para cumplir su función, y ello resulta bastante incompatible con los pactos procesales privados. Dicho en otros términos, si el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, debe dársele al

ídem, *Cuestiones problemáticas del derecho probatorio*, en «Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas», 2020, núm.1, pp. 350-353

27 Así, vid. CIPRIANI, F., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, núm. 4, p. 1244.

juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin, no condicionando su actividad a los pactos privados de las partes²⁸.

En definitiva, dada la citada vertiente objetiva del derecho a la prueba, estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, por lo que su aplicación no es disponible por los particulares, por lo que cualquier pacto limitativo del derecho a la prueba será nulo. Lo que me conduce solo a admitir aquellos pactos que favorezcan la actividad probatoria²⁹. Seguidamente, pasa a analizar las hipótesis de posibles –o imposibles– pactos privados probatorios.

28 Ya en este sentido me pronuncié en mi trabajo *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, publicado en «Derecho Procesal Civil Congreso Internacional», Universidad de Lima, 2003, nota 29, p. 62, en la «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», Rubinzal-Culzoni, 2004, n° 4, p. 265, y en «Proceso civil e ideología», coordinador Juan Montero Aroca, 2ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 129-130, nota 29 –y en versión italiana con el título *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en «Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia», T. I., Giuffrè, Milano, 2005, nota 32, p. 225–. Igualmente crítico con la comparación de Cipriani se muestra OTEIZA en su estudio *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil*, en «Derecho y Proceso. Francisco Ramos Méndez (*Liber Amicorum*)», vol. III, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 1904-1905.

29 A igual conclusión llega MUÑOZ SABATÉ utilizando el símil del juez como historiador, indicando: «Ciertamente la función historificadora del proceso, ya de por sí excesivamente gravada con unos formalismos que a veces impiden llegar a la llamada verdad material, repele que se añadan nuevas reglas convencionales. Pero opino que esta repulsión sólo es legítima cuando tales cortapisas juegan en contra, es decir, cuando por medio de ellas se pretende tasar la prueba, bien sea en su estadio de admisibilidad, bien en el de su valoración [...] resulta imposible de admitir que en virtud de un pacto entre las partes, se mediatice el rol historificador del juez. Eso sería tanto como exigirle a un historiador que averiguase determinado acaecimiento histórico sirviéndose de los documentos depositados en tal archivo y prohibiéndole que lo hiciera manejando otros documentos o huellas. ¿Qué historiador se prestaría a desempeñar tan menguado papel?» (*Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 63 y 64 –de igual modo, vid. sus pp. 27 y 28-).

a) Pactos sobre iniciativa probatoria

La mayor o menor iniciativa probatoria *ex officio iudicis* es un tema que ha originado muchísima literatura y un debate doctrinal muy encontrado³⁰. Pero, en todo caso, aquellos ordenamientos que permiten al juez dicha iniciativa, está claro que ésta no puede negarse por vía convencional de las partes debido al carácter imperativo de las normas procesales.

Sin embargo, si podría admitirse que en aquellos ordenamientos que no prevén la iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes pactar la atribución de dicha iniciativa³¹, pues ello permitiría una mayor actividad probatoria. En todo caso, parece extraño –y en cierto grado incongruente– que un ordenamiento prevea los pactos procesales probatorios y, a la vez, una amplia iniciativa probatoria, como sucede con el mencionado caso brasileño: el art. 190 CPC establece dichos pactos y su art. 370 la facultad del juez de ordenar prueba de oficio: ¿en qué quedarán dichos pactos si el juez puede ordenar, igualmente, aquellas pruebas que las partes no quisieron que se practicaran?

b) Pactos sobre medios de prueba

Íntimamente relacionado con el punto anterior encontramos los pactos referentes a los singulares medios de prueba: debemos cuestionarnos si las partes pueden establecer contractualmente que no se podrá, por ejemplo, requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). Partiendo de la citada vertiente objetiva del derecho fundamental a la prueba, entiendo que con carácter previo al litigio no puede pactarse nada que limite la eficacia de un concreto medio de prueba por contravenir dicha garantía constitucional. Sin embargo, una vez iniciado el proceso, el aspecto subjetivo de este derecho hace que las partes sean libres de no solicitar la aportación de los citados documentos, siendo la renuncia al ejercicio procesal de dicho derecho totalmente válido (ello no excluye, como es obvio, que si se permite la iniciativa probatoria del juez civil, éste pueda ordenar la aportación de dicho documento)³².

30 Cfr. con carácter general, mi trabajo *El juez y la prueba*, edit. J. M^a. Bosch, Barcelona, 2007, y la monografía de ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

31 Como sucede, por ejemplo, con la mayoría de los reglamentos arbitrales.

32 En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho (expuesto en el tercer epígrafe de este

Más conflictivo se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en las leyes procesales. En mi modesta opinión, debido a la configuración legal de este derecho a la prueba –reconocida en numerosas sentencias del TC³³– si dicho pacto atenta a la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admita la validez de la una prueba ilícita –infringiendo los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ–, etc.). Pero si no la contradice, el pacto procesal sería válido.

c) Pactos sobre carga de la prueba

Como es sabido, las reglas de la carga de la prueba pueden configurarse de dos modos distintos: como «reglas de conducta o de iniciativa» destinadas a las partes, o como «reglas de juicio» dirigidas al juez. En España se ha impuesto esta segunda configuración de la carga de la prueba, por cuanto el art. 217.1 LEC establece que: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión [...]», y seguidamente expone las reglas de juicio que debe aplicar el juez para imputar a las partes las consecuencias negativas de no haberse probado en el proceso los citados hechos dudosos³⁴.

En función de lo antedicho, como es obvio, las reglas de juicio que integran la carga de la prueba, al ir dirigidas al juez, se encuentran fuera del ámbito de disponibilidad de las partes³⁵. En este sentido, por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1988 ya destacó que: «La doctrina de la carga de la prueba pretende identificar al litigante en quien redundarán los efectos perjudiciales cuando un hecho no resulte justificado [...] sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la

trabajo): lo primero será nulo –debido al aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba–, y lo segundo no –dado el aspecto subjetivo de este derecho–.

33 De entre las más recientes, vid. la STC130/2017, de 13 de noviembre; y en doctrina mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 13 a 38; y *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 177 a 186.

34 Al respecto, me remito a las consideraciones que efectué en mi trabajo *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 107 a 110; y al reciente estudio de ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 24 a 30.

35 De igual modo, vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, edit. J. M^a. Bosch, Barcelona, 2012, p. 401.

voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura».

En consecuencia, al encontrarnos ante reglas indisponibles por las partes, cualquier pacto que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo³⁶: así, por ejemplo, el pacto que indicase que una de las partes del contrato deberá probar un determinado hecho, o aquel en el que se determine que, en caso de litigio, el comprador deberá probar los hechos A, B y C y el demandado los hechos D, E y F³⁷.

Sin embargo, pueden considerarse válidos aquellos pactos referentes a qué parte tiene mayor facilidad o disponibilidad a una determinada fuente de prueba (a efectos de aplicarse el art. 217.7 LEC), si bien no vinculan al juez al efectuar su enjuiciamiento fácticos de los hechos litigiosos³⁸. Ésta es la solución a la que ha llegado Brasil donde, como he indicado, han tenido plena acogida los contratos procesales: así, el nuevo art. 373 CPC establece: «La carga de la prueba incumbe: [...] § 3º La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando: I. recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II. haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho. § 4 El convenio de que trata el artículo 3 puede celebrarse antes o durante el procedimiento».

De igual modo, está fuera de la disponibilidad de las partes fijar la concreta dosis de prueba para acreditar un hecho: así, por ejemplo, el pacto que establezca que para dar por probado un hecho será suficiente con la declaración de dos testigos, o para acreditar la vigencia del derecho extranjero no serán válidas las fotocopias o informaciones logradas por Internet, etc. Todos estos pactos probatorios, en la medida en que inciden en la actividad enjuiciadora del juez, no son válidos ya que las partes no pueden disponer sobre poderes o facultades de terceros. Y ello nos lleva, finalmente, a los pactos sobre valoración de la prueba.

36 En el mismo sentido, ESCALER BASCOMPTE, R., ob. cit., p. 40, y ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, ob. cit., p. 401.

37 Salvo, como es obvio, que el contenido de tales pactos coincidiese con lo previsto en el citado art. 217 LEC.

38 PICÓ I JUNOY, J., *La facilidad y disponibilidad probatoria ex art. 217 LEC ¿En qué consisten?*, en «La prueba civil a debate judicial», directores Joan Picó, Xavier Abel y Berta Pellicer, edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 38-39; MUÑOZ SABATE, LL., *Fundamentos de Prueba Judicial*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 190-191; e ídem, *Las cláusulas procesales ...*, ob. cit., p. 65; y ESCALER BASCOMPTE, R., ob. cit., pp. 41-45.

d) Pactos sobre valoración de la prueba

Las normas de valoración probatoria van destinadas al juez, por lo que el margen de actuación de las partes, sobre este particular, es nula, pues no es posible disponer de algo que no se tiene³⁹. Al encontrarnos ante normas de *ius cogens*, todo pacto sobre valoración probatoria deberá reputarse nulo⁴⁰. Así, por ejemplo, el pacto privado que permitiera la valoración judicial de una prueba ilícita sería inválido por contravenir los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ. O aquel que hiciese un listado de documentos de imposible valoración judicial, o el que indicase que la declaración de determinadas personas tendrá más –o menos– valor probatorio, tampoco serían válidos por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

Y acabo este epígrafe sobre los pactos procesales probatorios como lo empecé, con el erróneo símil entre el médico y el juez: si el médico debe ser libre para determinar los medios de diagnóstico que estime necesarios para identificar la concreta patología a tratar y valorar sus resultados, así como también debe serlo para elegir la mejor terapia –por lo que no debe estar vinculado en ningún caso por la opinión o preferencia del paciente–; el juez, que tiene el deber de resolver el conflicto planteado por las partes de la forma más justa posible (arts. 1 y 24.2 CE), también debería disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible. En consecuencia, el médico y el juez, que deben tratar una determinada patología o conflicto, respectivamente, para hacerlo deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia (el médico) o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso (el juez).

3.2. Aspecto subjetivo del derecho a la prueba

3.2.1. Introducción. Titularidad del derecho

Al margen de la configuración objetiva del derecho a la prueba, éste tiene también un aspecto subjetivo, en la medida en que, como todo derecho de conte-

39 Con igual claridad se pronuncia MUÑOZ SABATÉ, para quien «los pactos sobre valoración de la prueba, su rechazo debe ser rotundo en la medida en que esta actividad forma parte sustancial del juicio jurisdiccional» (*Las cláusulas procesales...*, ob. cit., p. 73).

40 En la misma línea, vid. ABEL LLUCH, X., ob. cit., p. 366.

nido procesal, su ejercicio se atribuye a las partes, quienes libremente pueden o no ejercitarlo.

En este punto debo destacar que al ser un derecho de contenido procesal, la jurisprudencia del TC, reiteradamente, destaca que el legislador es libre de configurar su contenido como estime necesario –siempre que no suponga su negación⁴¹.

La titularidad de este derecho corresponde a ambas partes procesales, a pesar de que la literalidad del art. 24.2 CE pueda *prima facie* inducir a pensar que sólo pertenece al demandado, en la medida en que se refiere a la «defensa». Sin embargo, esta conclusión apresurada es incorrecta pues, en primer lugar, por «defensa» debe entenderse la postura que mantiene cada parte, defendiendo sus propios intereses; y, en segundo lugar, de lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad de armas procesales.

3.2.2. Contenido del derecho a la prueba: la admisión, práctica y valoración de la prueba

Como lo he definido anteriormente, el derecho a la prueba es «aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del juez o tribunal acerca de lo discutido en el proceso». De este simple concepto se deriva el triple contenido escalonado del derecho fundamental a la prueba.

3.2.2.1. Derecho a la admisión de la prueba

En un orden lógico y cronológico, el primer contenido del derecho a la prueba se concreta en la necesidad de admitirse toda aquella que respete sus límites, que expondré seguidamente, a saber, los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria, y los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición⁴². En consecuencia, si la prueba que se solicita es pertinente y útil, y su proposición se realiza en el momento y forma procesal oportunos, deberá admitirse.

41 Así, por ejemplo, vid. las SSTC 130/2017, de 13 de noviembre; 212/2013, de 16 de diciembre; 142/2012, de 2 de julio; 121/2009, de 18 de mayo; 113/2009, de 11 de mayo; 174/2008, de 22 de diciembre; 48/2008, de 11 de marzo; 77/2007, de 16 de abril; 60/2007, de 26 de marzo; 23/2006, de 30 de enero; *et al.*).

42 Vid. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 39 a 115.

Debido a la constitucionalización del derecho a la prueba, el TC ha destacado en diversas ocasiones la obligación del juez de pronunciarse expresamente sobre la admisión o denegación de las pruebas propuestas, ya que sólo así el litigante puede reaccionar en forma contra el rechazo de una prueba. En este sentido, la STC 128/2017, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:128) destaca que se vulnera el derecho a la prueba «cuando se inadmitan pruebas relevantes para la resolución final del litigio sin motivación o con motivación insuficiente, o bien cuando dicha inadmisión sea el resultado de una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable»⁴³.

En consecuencia, deben proscribirse las denegaciones condicionales de las pruebas o aquellas que no sean rotundas o claras, pues pueden llevar al error del litigante perjudicado quien, confiando en que se practicará la prueba propuesta, se encuentra con que posteriormente ello no tiene lugar⁴⁴. En la actualidad, el visio-

43 De forma reiterada, nuestro TC destaca que el juicio de inadmisión de la prueba debe razonarse adecuadamente en la resolución judicial denegatoria, por lo que se vulnera el derecho a la prueba «en los supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable» (STC 19/2009, de 12 de enero). De igual modo, cfr. las SSTC 142/2012, de 2 de julio; 174/2008, de 22 de diciembre; 71/2008, de 23 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre, entre otras muchas; y las SSTS de 5 de junio de 2008 (recurso núm. 521); 4 de junio de 2008 (recurso núm. 506); o 29 de mayo de 2008 (recurso núm. 512).

44 Y así, por ejemplo, la STS de 22 de febrero de 2006 (recurso núm. 152) respecto a la resolución recurrida en la que se había inadmitido parcialmente la prueba testifical propuesta al establecerse que su práctica se realizaría, en su caso, a través de las diligencias para mejor proveer, circunstancia que posteriormente no sucedió, afirma: «En relación con la prueba de reconocimiento judicial, pero aplicable a cualquier clase de prueba, dice la Sentencia de 18 de mayo de 1993 que la prueba, en efecto, no fue rechazada de plano; sobre ella declaró el Juez que «no ha lugar por ahora sin perjuicio de que en su día pueda acordarse para mejor proveer». Esta fórmula de reservarse para este momento la definitiva declaración de pertinencia se ha implantado y utilizado, cada vez, con mayor frecuencia y constituye, a no dudarlo, una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir y, desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto que esta admisión o inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Por ello, en este caso, el TS exime del cumplimiento de la necesaria formulación del recurso de reposición contra la resolución judicial denegatoria

nado de la obligatoria grabación de todos los actos orales del proceso será básico para analizar la rotundidad o claridad de la resolución judicial al objeto de exigir, o no, la formulación del correspondiente recurso de reposición, aunque *ad cautelam*, en todas estas situaciones, resulta del todo aconsejable interponer el recurso de reposición y formular la posterior protesta.

De igual modo, el juez, para respetar el derecho a la prueba, tiene la obligación de pronunciarse sobre la admisión o denegación de la misma en el momento en que se propone, no pudiéndose reserva dicha resolución para momentos posteriores y en ningún caso esperarse a pronunciarse en la sentencia: así, por ejemplo, la STS de 11 de julio de 2005 (recurso núm. 590) afirma: «Finalmente, asimismo resulta insuficientemente motivada la Sentencia definitiva de la Audiencia Provincial (que es la aquí recurrida), porque, además de que no es momento procesal idóneo para justificar la inadmisión de la prueba, ya que la denegación tardía de la misma se ha considerado que, *prima facie*, puede afectar al derecho en la medida que existe el riesgo de «perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia— o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad procesal [...]».

Por ello, resulta del todo indebido inadmitir una prueba para luego desestimar la pretensión de la parte en función de la falta de prueba: así, por ejemplo, la STC 128/2017, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:128) nos recuerda que como «[...] hemos venido señalando también que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia»⁴⁵.

de la prueba «pues tal inactividad procesal fue revocada por el propio juzgador dado el tenor de su pronunciamiento («se acordará para mejor proveer») que, fundadamente, hizo creer a la parte que tal prueba testifical sería acordada y practicada en ese momento procesal con el contenido propuesto».

45 De igual modo, la STC 308/2005, de 12 de diciembre, que afirma: «[...] la motivación ofrecida por las resoluciones judiciales para rechazar la prueba propuesta no puede

3.2.2.2. Derecho a la práctica de la prueba admitida

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

En consecuencia, una vez admitida la prueba, el órgano jurisdiccional debe desarrollar toda la actividad que estime necesaria para no frustrar su práctica: con especial rotundidad, la STC 130/2017, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:137), afirma que «la inejecución de una prueba admitida a trámite equivale a su inadmisión» por lo que estima el amparo al recurrente que se le niega la práctica de una prueba admitida por no aportar el día del juicio el aparato técnico necesario para reproducir una grabación contenida en una tarjeta microsd de 8 GB. Y de igual modo, la jurisprudencia del TC insiste en que se vulnera el derecho a la prueba cuando el juez «habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial» (STC 142/2012, de 2 de julio) pues «la falta de práctica de una prueba admitida equivale a su inadmisión inmotivada» (STC 183/1999, de 11 de octubre), y que «el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa [...]. Objetivamente, pues, ello equivale a una inadmisión»⁴⁶. Y en la misma línea de exigir al juez que se esmere en el efectivo ejercicio del derecho a la práctica de la prueba que ha sido admitida, la STC 156/2008, de 24 de noviembre, destaca: «[...] este Tribunal ya ha señalado que cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, que, además, depende por entero de la intervención de otro poder público, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas

considerarse razonable, pues, como sostiene el Fiscal, no puede atribuirse dicha calificación a las resoluciones judiciales que, primero, rechazan la prueba mediante la que se pretende acreditar la existencia de cosa juzgada a través de la aportación de los correspondientes testimonios so pretexto de que ello no constituye una cuestión de hecho para, después, desestimar la excepción de cosa juzgada, con el único fundamento de que no existe ningún tipo de prueba que acredite tal extremo».

46 Cfr. la STC 147/1987, de 25 de septiembre, reproducida posteriormente en sus SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 26/2000, de 31 de enero; 217/1998, de 16 de noviembre; y 50/1988 de 22 de marzo.

oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinente»⁴⁷.

Por otro lado, este aspecto del derecho a la prueba conlleva la exigencia de asegurar la intervención en la práctica de la prueba de la contraparte. Si bien es cierto que, normalmente, los litigantes para convencer al órgano jurisdiccional de la certeza de los hechos que integran el *thema probandi* utilizan aquellos medios de prueba que estiman oportunos, no lo es menos que de igual modo puede lograrse este convencimiento a través de la prueba propuesta por la otra parte, participando activamente en su desarrollo. De esta manera, observamos que el derecho a intervenir contradictoriamente en la práctica de los diversos medios probatorios, independientemente de quien los haya solicitado, e incluso en los realizados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, constituye una manifestación del genérico derecho a la prueba garantizado, de un modo genérico, en el art. 289.1 LEC, según el cual: «Las pruebas se practicarán contradictoriamente [...]»⁴⁸.

Por último, el derecho a la prueba alcanza también a la realización de las *diligencias finales*, que se configuran como el mecanismo idóneo para practicar aquella prueba que haya sido imposible llevar a cabo en su momento procesal oportuno. En consecuencia, si la prueba ha sido admitida y su realización no ha podido llevarse a cabo a pesar de la debida diligencia de la parte que la haya solicitado, y existe otro momento procesal hábil para su práctica, deberá realizarse en este momento si no quiere desprotegerse el derecho a la prueba⁴⁹. Por ello, es del todo correcta la STS 2168/2013, de 7 de mayo (recurso núm. 319),

47 En similares términos, cfr. las SSTC 308/2005, de 12 de diciembre; 236/2002, de 9 de diciembre; 165/2001, de 16 de julio; 73/2001, de 26 de marzo; 246/1994, de 19 de septiembre; 206/1994, de 11 de julio; así como las 59/1991, de 14 de marzo; 205/1991, de 30 de octubre; 211/1991, de 11 de noviembre; o la 1/1992, de 13 de enero

48 Y también está garantizado en la regulación de los distintos medios probatorios: para la prueba pericial (arts. 337.2, 338.2, 345, 346, 347 y 427 LEC), el interrogatorio de las partes (art. 306 LEC), el interrogatorio de testigos (art. 372 LEC), el reconocimiento judicial (art. 354 LEC), y la documental (art. 427 LEC). Y este mismo derecho a la intervención contradictoria también alcanza a las diligencias probatorias propuestas *ex officio* como diligencia final (arts. 435.2 y 436 LEC).

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

según la cual las diligencias finales, al integrarse dentro del derecho a la prueba, comporta que necesariamente deba solicitarse su práctica en la primera instancia si se desea su posterior realización en la segunda instancia⁵⁰. En consecuencia, en todos aquellos casos en los que pese a la diligencia de los litigantes no ha podido practicarse una prueba admitida, el órgano jurisdiccional deberá actuar las posibilidades legales que tiene para acordar dicha prueba, esto es, ordenar la práctica de las diligencias finales, si no quiere desconocer la vigencia del derecho fundamental a la prueba.

3.2.2.3. Derecho a la valoración de la prueba practicada

Finalmente, y como consecuencia de los anteriores contenidos del derecho a la prueba, se origina el poder exigir la valoración judicial de la prueba que haya sido admitida y practicada pues, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia. El presente derecho, al tener por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si éste no valora o toma en consideración los resultados probatorios está frustrando el mencionado derecho, convirtiéndolo así en una garantía ilusoria y meramente ritualística⁵¹. En esta línea, la STC 61/2019, de 6 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:61) destaca que no valorar las pruebas pertinentes y útiles fundamentales para el justo enjuiciamiento del caso litigioso puede comportar una vulneración del derecho a la prueba⁵²; y la STC 91/2000, de 30 de

50 La STS de 19 de julio de 2007 (recurso núm. 917) destaca «la necesidad de que todo medio de prueba, propuesto en forma y admitido, deba ser practicado, debiéndose arbitrar los medios que la Ley otorga para que esta lógica finalidad se cumpla, evitando cualquier clase de posible indefensión para la parte que ha puesto en marcha la actividad que le incumbía conforme a las reglas de la carga de la prueba».

51 TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, en «Rivista di diritto processuale», 1984, IV, p. 106. De igual modo vid. ANDOLINA, I., *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, con Giuseppe Vignera, edit. Giappichelli, Torino, 1990, p. 97.

52 Por «fundamentales» debe entenderse aquellas pruebas que de haberse valorado hubiesen podido cambiar el sentido del fallo, lo que exige una labor interpretativa (y convincente) del recurrente. En concreto, la STC 61/2019 afirma: «Lo que singulariza el caso es que la demanda no combate, como es habitual, la denegación de un medio de prueba o la omisión de su práctica, sino el silencio judicial sobre el resultado de una prueba aportada a la causa, situación que podemos calificar de preterición de prueba [...] desde la óptica constitucional del juicio *ex art. 24.1 C.E.*, puede afirmarse que nos hallamos en presencia, por mor de la indebida falta de valoración de una prueba pertinente para la satisfacción del derecho que aquel precepto consagra,

marzo, estima vulnerado el derecho a la prueba tanto cuando un medio probatorio es inadmitido, como cuando «siendo admitido, no se practique por causas imputables al órgano judicial o que éste *no lo valore al resolver el litigio*». Todo ello se ve reforzado, además, por el deber constitucional de motivar las sentencias contenido en el art. 120.3 de nuestra Norma Fundamental, y que el TC ha integrado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE⁵³.

¿Ello comporta que el juez deba expresamente valorar el resultado de todos los medios de prueba practicados? Esta pregunta nos lleva a uno de los clásicos problemas de la valoración judicial de la prueba, a saber, el de determinar su alcance. Si bien lo deseable sería que el órgano jurisdiccional razonase todos estos resultados, es suficiente la explicitación de los que le han permitido lograr su necesaria convicción de los hechos controvertidos, pues puede entenderse que el resto también han sido valorados pero negativamente. Así, la STS de 4 de octubre de 2007 (recurso núm. 1031) destaca: «[...] sin que sea preciso, por lo general, una especial alusión a los medios de prueba concretos cuando el juzgador sienta apreciaciones negativas relativas a la falta de acreditamiento de los hechos relevantes para formar la convicción sobre la *ratio decidendi*». Si como he definido el derecho a la prueba, éste es el que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del juez o tribunal acerca de lo discutido en el proceso, lógicamente su objetivo se ve cumplido cuando el juez exterioriza los medios probatorios que ha utilizado para formar su convicción solo los hechos litigiosos. Como digo, los que no formen parte expresa de esta valoración cabe entender que, implícitamente, también han sido valorados, pero en sentido negativo⁵⁴.

de un supuesto de ausencia de respuesta judicial a la pretensión planteada, quicio del mencionado art. 24.1 C.E., por cuanto es incuestionable tanto la relación entre los hechos a que se enderezaban las pruebas propuestas y practicadas y la falta de valoración de éstas, y no puede desconocerse la relevancia de la argumentación de la solicitante de amparo acerca de la eventual alteración del fallo judicial de haber sido incorporada al cuerpo de la Sentencia la debida valoración de las pruebas mencionadas».

53 Cfr. por todas, las SSTC 61/2019, de 6 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:61); o la 128/2017, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:128), entre otras muchas.

54 El grado o dosis necesaria para conformar el debido enjuiciamiento judicial corresponde al propio juez sentenciador que, dentro de la sana crítica, es quien tiene libertad para dar por probado los hechos litigiosos. En este sentido, la STS 485/2012, de 18 de julio, destaca que la dosis o tasa de prueba necesaria para la fijación de

4. Límites del derecho a la prueba

4.1. Introducción

El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba, al ser de configuración legal, se encuentra directamente fijado por la labor del legislador a través de las normas procesales reguladoras de la actividad probatoria. En consecuencia, estamos ante un derecho que no tiene un carácter ilimitado o absoluto⁵⁵.

Entrando ya en el análisis de estos límites, siguiendo la clasificación que formulé en otro estudio⁵⁶, podemos distinguir entre:

- a) los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria, esto aquellas condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba para ser considerada como tal, siendo éstas su pertinencia y utilidad; y
- b) los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición, que hacen referencia a las formalidades y cauces procesales imprescindibles para ejercitar válidamente el derecho a la prueba.

El examen de estos límites permite obtener los datos necesarios para decidir cuándo debe admitirse y practicarse una prueba.

los hechos controvertidos es función soberana de los tribunales que resuelven en instancia, por lo que no puede recurrirse ante el Alto Tribunal (salvo que exista arbitrariedad o irrazonabilidad); y la STS de 14 de diciembre de 2007 (recurso núm. 1329) afirma que la determinación del citado grado de prueba no es susceptible de recurrirse debido al «coeficiente de elasticidad probatoria, con arreglo al que corresponde a los tribunales (en el caso, de instancia) determinar la dosis o tasa precisa para fijar los hechos controvertidos, no teniendo consistencia la afirmación del motivo de que el tribunal a quo carecía de la prueba suficiente para tomar el criterio adoptado» (de igual modo, vid. las SSTs 558/2011, de 15 de julio; y 433/2009, de 15 de junio; entre otras muchas).

55 Cfr. las SSTC 142/2012, de 2 de julio; 121/2009, de 18 de mayo; 113/2009, de 11 de mayo; 174/2008, de 22 de diciembre; 48/2008, de 11 de marzo; 77/2007, de 16 de abril; 60/2007, de 26 de marzo; o 23/2006, de 30 de enero; *et alii*.

56 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 39 a 115.

4.2. Límites intrínsecos: la pertinencia y la utilidad

En el ordenamiento procesal español los límites intrínsecos del derecho a la prueba los encontramos en los arts. 24.2 CE y 283 LEC, y son la pertinencia y la utilidad de la prueba.

4.2.1. La pertinencia

El límite de la pertinencia de la prueba se halla en la propia literalidad del art. 24 CE —como sucede igualmente con el art. 94 c) de la nueva Constitución Cubana—, cuando reconoce el derecho fundamental a «utilizar los medios de prueba pertinentes». Siguiendo nuestra tradición histórica, la LEC española define la pertinencia de una prueba como la relación que guarda con los hechos objeto del proceso (art. 283.1 LEC). Y, de igual modo, la jurisprudencia recoge este concepto: así, por ejemplo, las SSTs 1135/2013, de 31 de enero (recurso núm. 15), y 485/2012, de 18 de julio, afirman que el derecho a la prueba solo ampara la admisión de la pertinente, entendiéndose ésta como la que «tenga una relación con el *thema decidendi*, pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o que se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad»; y las SSTC 22/2008, de 31 de enero, y 291/2006, de 9 de octubre, la definen como «la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*»⁵⁷.

Este límite pretende evitar que haya actividad procesal presuntamente probatoria: todo aquello que no sea susceptible de lograr el convencimiento del juez sobre los hechos litigiosos no es prueba, por lo que no debe entrar dentro del ámbito de protección del derecho a la prueba. Además, como indica el TC, con ello se logra alargar indebidamente el proceso y discutir en él cuestiones ajenas a su finalidad, vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE⁵⁸.

Llegados a este punto, debemos plantearnos qué tipo de relación, directa o indirecta, debe exigirse entre el hecho que se pretende probar y el hecho configurador del *thema decidendi*. Lo más frecuente en la práctica judicial es que esta relación sea directa: el documento que refleja la obligación contractual discutida

57 Cfr. también las SSTC 109/2005, de 9 de mayo; 165/2001, de 16 de julio; 147/2002, de 15 de julio; 70/2002, de 3 de abril; 73/2001, de 26 de marzo; o la 26/2000, de 31 de enero.

58 Vid. las SSTC 109/2005, de 9 de mayo; o 17/1984, de 7 de febrero.

en el proceso, el testimonio de una persona presente en el momento de la producción del hecho controvertidos, etc. Sin embargo, la relación medio probatorio y *thema decidendi* puede ser indirecta. En este caso, la prueba será pertinente cuando el objeto sobre el cual verse pueda constituir la premisa de una inferencia de la cual se desprenda la existencia o inexistencia del *thema probandi*. *A priori*, esta inferencia sólo la conoce la parte que propone la prueba, esto es, resulta muy difícil que el juez pueda llegar a entender el objetivo último del litigante que solicita la prueba, por lo que existe un riesgo elevado de que la inadmita. Por ello, como apunta MUÑOZ SABATÉ, el abogado debe anticiparse al juicio apresurado de impertinencia de la prueba y, cuando la solicita, «apostillar» o razonar la existencia –aún indirecta– de la citada relación entre medio probatorio y *thema decidendi*.⁵⁹

4.2.2. La utilidad

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

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

La ambigüedad del concepto de «inutilidad» genera multitud de problemas en su aplicación práctica. Al objeto de lograr delimitar al máximo el justo alcance de este límite del derecho a la prueba es necesario tener en cuenta que el legislador lo recoge de forma extremadamente restrictiva, y así exige, en primer lugar, que las reglas y criterios que fundamenten el rechazo de la prueba sean «razonables y seguros» y, en segundo lugar, que «en ningún caso» la prueba propuesta pueda «contribuir a esclarecer» los hechos controvertidos, por lo que en caso de duda no podrá entrar en juego este límite y deberá admitirse la prueba.

59 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria*, 4ª edición, edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 91.

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

- a) No debe equiparse «utilidad» de la prueba con su eventual «eficacia», esto es, el juzgador no puede denegar una prueba por entender que no dará el resultado pretendido, ya que de esta forma se está prejuzgando la eficacia de la prueba. Por ello, debe ser sumamente cauteloso al inadmitir una prueba por este motivo, y evitar rechazarla sólo por valoraciones previas acerca de su probable resultado, pues éste sólo puede obtenerse una vez ha sido practicada toda la prueba y no antes⁶⁰. Además, esta valoración amplia del concepto de «inutilidad» es susceptible de colocar a la parte perjudicada en una situación de indefensión⁶¹, y provocar, en cierto modo, un indebido prejuicio de la decisión definitiva.

En definitiva, resulta de aplicación aquí la doctrina alemana de prohibición de anticipar los resultados de la prueba (*Verbot der Beweisantizipation*), y en función de la cual la utilidad de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados pretendidos. Como indi-

60 Por ello, resulta de todo acertada la doctrina sentada en la STC 113/2009, de 11 de mayo, en función de la cual «[...] resulta contrario al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el art. 24.2 CE que el órgano judicial rechace una prueba testifical por innecesaria argumentando que, aun cuando fuera favorable a la parte, «no iba a convencer a la Sala», ya que ello implica una valoración de la prueba que corresponde a un momento posterior del proceso y supone prejuzgar sobre la hipotética fuerza persuasiva de los testimonios. Y, en definitiva, hemos concluido que la decisión de inadmisión de una prueba testifical, propuesta en tiempo y forma, con base en un presunto déficit de credibilidad de los testigos propuestos apreciado de oficio, desde la perspectiva del derecho fundamental a la defensa, no puede aceptarse».

61 Así, por ejemplo, ya la STS de 16 de junio de 1992, señaló que: «La conclusión anticipada de innecesariedad (de la prueba) puede llevar consigo una carga peligrosa de indefensión si se establecen precipitadas decisiones»; y la de 22 de enero de 1992, igualmente destacó que: «De todas formas se trata de un problema de límites y equilibrio en tanto que los Tribunales por inclinación natural consideran muchas veces impertinentes lo que a su juicio es inútil o irrelevante, con lo que peligrosamente puede estar anticipando, precipitadamente, una postura en clara indefensión de la parte».

ca la doctrina alemana, el fundamento de la prohibición de la *Beweisantizipation* se encuentra tanto en la correcta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos discutidos en el proceso⁶².

Lo que sí resulta conveniente, para que el juez que deba conocer del recurso contra la decisión denegatoria de la prueba tenga parámetros o criterios de resolución del recurso, es que el recurrente le alegue y justifique la «utilidad» de la prueba inadmitida o no practicada en términos de «relevancia», entendida ésta como decisiva en términos de defensa, al ser susceptible de alterar el fallo a su favor.

- b) No debe equiparse «utilidad» con «abundancia», y denegar el juez la práctica de pruebas por entender que ya existe material probatorio suficiente para lograr su convencimiento sobre los hechos litigiosos. La calidad de una prueba (criterio de la utilidad) no debe verse afectada por la cantidad de prueba (criterio de la abundancia), por lo que la actividad probatoria pertinente y útil debe practicarse al margen del resto de la prueba aportada a los autos, pues su valoración tiene lugar al final del proceso, esto es, al dictarse sentencia. En caso contrario, se estará peligrosamente prejuzgando el fondo del asunto, a la vez que ignorando el carácter fundamental del derecho a la prueba⁶³.
- c) Y, finalmente, no debe confundirse «utilidad» de la prueba con «carga probatoria», para así denegar la prueba que una parte propone por entender el juez que con ella se pretende acreditar un hecho cuya prueba no le corres-

62 Vid. EGGERTS, O., *Das Verbot der Beweisantizipation im deutschen Strafprozess*, edit. Mensch-und-Buch-Verlag, Berlin, 2004, p. 24; HAMM, R., HASSEMER, W., y PAULY, J., *Beweisantragsrecht*, 2ª edición, edit. C.F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 78 a 80.

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

ponde debido a la aplicación de las reglas del *onus probandi*. Ello significa concebir erróneamente la institución de la «carga de la prueba», cuya aplicación debe tener lugar sólo al final del proceso —al dictarse sentencia—, para cuando el juzgador se encuentra ante hechos litigiosos que no hayan sido probados. Además, admitir lo contrario llevaría al absurdo de impedir al juez valorar los resultados probatorios logrados con aquellas pruebas incorrectamente admitidas al proceder de la iniciativa del litigante no grabado con la carga de la prueba, lo que supondría una clara vulneración del principio de adquisición procesal⁶⁴.

4.3. Límites extrínsecos

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

4.3.1. Límites genéricos

En los límites genéricos encontramos la ilicitud y la prohibición de la prueba, y los requisitos de legitimación y temporales.

4.3.1.1. La ilicitud de la prueba

Desde el punto de vista estrictamente normativo, puede definirse en España la prueba ilícita como aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales. Este concepto se deduce de las siguientes dos normas:

64 Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en «La Ley», 2006, núm. 1, pp. 1304 a 1316.

- a) el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «[...] No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»⁶⁵; y
- b) el art. 287 LEC indica: «Ilicitud de la prueba.— 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato [...]». La justificación constitucional de este límite del derecho a la prueba se encontraría en el debido respeto que merecen los derechos fundamentales que se han visto vulnerados para obtener la prueba. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, la imposibilidad de utilizarse dicha prueba. Además, su recepción procesal comporta también la infracción de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. Así, la STC 50/2000, de 28 de febrero, afirma que «la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables».

Sin embargo, muy recientemente, nos encontramos en España en pleno debate sobre la justificación y alcance de la prueba ilícita, pues el TC, en su sentencia 97/2019, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:2019:97), considera que no es suficiente con la vulneración de un derecho fundamental para definir a la prueba ilícita sino que además debe haberse obtenido con la expresa intención de provocar una situación de desigualdad procesal, por lo que el derecho a un proceso justo o con todas las garantías estaría comprometido. Esta reciente sentencia formula las siguientes tres reglas generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita:

65 Este precepto introdujo por primera vez el sistema procesal español una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita. Del estudio de su *iter* parlamentario se desprenden dos relevantes consideraciones: en primer lugar, la progresiva reducción del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita a la estricta vulneración de un derecho o libertad fundamental; y, en segundo lugar, la voluntad del legislador de recoger la doctrina que sobre dicha problemática había formulado la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Ambos datos deberán siempre tomarse en consideración para resolver cualquier cuestión interpretativa que pueda suscitarse en la aplicación de la mencionada norma.

Primera: la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado. Segunda: la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE); y

Tercera: la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso justo y equitativo. La cuestión a dilucidar es ¿Cuáles son los elementos necesarios de este juicio ponderativo? En función de la citada STC 97/2019, de 16 de julio, estos elementos (o juicios ponderativos) son dos: (a) en primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios (si es *infra* o constitucional⁶⁶); y (b) ha de determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo.

Como puede comprobarse, en la actualidad, lo que verdaderamente constituye la prueba ilícita, en los términos señalados por el TC, es el juicio ponderativo sobre la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental sustantivo y el equilibrio e igualdad procesal de las partes, y para ello el TC utiliza dos parámetros de control: uno interno y otro externo, que pasamos seguidamente a exponer:

- a) desde el parámetro de control interno se analiza si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. Si no es así, resultaría admisible (salvo excepciones de alta intensidad en el orden axiológico de los derechos fundamentales —ejemplo: la tortura—)⁶⁷; y
- b) desde el parámetro de control externo se valora si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso (si es así, la prueba será ilícita, y en caso contrario, será admisible).

66 Si es *infraconstitucional* no hay prueba ilícita.

67 Por ello, encontramos sentencias en las que se otorga valor probatorio a lo logrado con vulneración de derechos fundamentales pero en el que el infractor ha actuado de buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero).

En conclusión, en función de la actual jurisprudencia del TC, es evidente la validez de las pruebas obtenidas con vulneración de una norma que no tiene dicho rango constitucional, esto es, las que pueden denominarse pruebas ilegales; así como también aquellas logradas con violación de un derecho fundamental sustantivo sin intención de comportar una posición de ventaja o desequilibrio procesal, y no haya una necesidad general de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso y justifique la exclusión probatoria por ilícita.

Esta situación es muy distinta en la Constitución Cubana de 2019, pues su art. 94. c) expresamente establece «la exclusión de aquellos [medios de prueba] que hayan sido obtenidos violando lo establecido [en la propia Constitución]». Como se puede comprobar, en Cuba no se admite la primera regla recogida en la STC 97/2019, de 16 de julio, por lo que la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho constitucional si constituye una exigencia que deriva del contenido del derecho constitucional afectado.

4.3.1.2. La prohibición de la prueba

Junto al concepto de ilicitud de la prueba encontramos el de prohibición de la prueba en el art. 283.3 LEC, según el cual: «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley».

Esta norma puede ser equívoca, dando a entender que amplía el alcance de la prueba ilícita a aquella obtenida vulnerando cualquiera precepto legal –y no sólo un derecho fundamental–. Sin embargo, esta lectura resulta incorrecta pues, propiamente, dicha norma sólo viene a recoger un criterio de admisión de pruebas, el de su legalidad, ya que el propio enunciado que inicia esta norma indica que estamos ante la «Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», esto es, los criterios de admisión de pruebas. Por ello, el juez sólo puede admitir aquella prueba que sea pertinente y útil (apartados 1º y 2º del art. 283 LEC), y además que no esté prohibida por la ley (apartado 3º del art. 283 LEC). En consecuencia, lo que debemos preguntarnos es ¿Qué prueba está prohibida por la ley procesal? Y la respuesta es rápida y sencilla: como he tenido ocasión de destacar, sólo aquella lograda con violación de un derecho fundamental⁶⁸. En definitiva, dicha norma sólo recoge el principio de legalidad procesal en

68 Por ello es válida, por ejemplo, la aportación procesal de un documento robado, pues el derecho a la propiedad (art. 33 CE) no es un derecho fundamental de nuestro ordena-

materia probatoria, esto es, la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto, por lo que el art. 283.3 LEC no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier ley, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta del juez en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC (así, por ejemplo, la aportación extemporánea de un documento o dictamen pericial de parte sin que exista una norma de cobertura que lo permita –arts. 269, 270 y 336 LEC–; etc.). Y ello tiene su lógica: si el proceso se concibe como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, disciplinado jurídicamente por un conjunto de principios y normas (procedimiento), ello conduce a sostener que todo acto que infrinja dicho procedimiento no deba admitirse.

4.3.1.3. El requisito de legitimación

Para admitir un determinado medio probatorio es necesario –como expresivamente destacó DEVIS ECHANDÍA– que exista una «legitimación para la prueba»⁶⁹. Con ello se pretende indicar la persona que puede solicitar válidamente actividad probatoria, a saber, toda persona que sea parte desde el inicio del proceso o adquiera esta cualidad con posterioridad. En consecuencia, cualquier prueba propuesta por alguien que no es parte en el proceso en el que se formula dicha proposición debe inadmitirse por «falta de legitimación para probar».

4.3.1.4. Los requisitos temporales y de forma

Cualquier ordenamiento procesal condiciona el derecho a la prueba a que las partes lo ejerciten siguiendo sus previsiones legales (recordemos que estamos en presencia de un derecho fundamental de configuración legal). Como es obvio, este derecho se condiciona al cumplimiento de unas previsiones: (a) temporales dentro de las cuales deben solicitarse, y (b) procedimentales o de forma. En este sentido se pronuncia de manera reiterada el TC español: como botón de muestra,

miento: al solicitarse la admisión de esta prueba no se está pidiendo ninguna actividad prohibida por la ley, sino todo lo contrario, se requiere la admisión de una prueba válida por cuanto no estamos ante ninguna prueba ilícita en los términos definidos en los arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC.

69 DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, 5ª edición, edit. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981, p. 362.

la STC 128/2017, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:128) afirma: «El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio habrá de ajustarse a las normas reguladoras de cada orden jurisdiccional. Por ello, para que se produzca su lesión se requiere que la prueba no admitida, o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos».

Respecto de los primeros, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su validez constitucional: su sentencia 149/1987, de 30 de setiembre, afirma que «el régimen legal que articula un determinado periodo dentro del proceso con el fin de que la práctica de las pruebas se realicen dentro de él y sólo dentro de él debe entenderse acomodado a las exigencias constitucionales». Así, por ejemplo, si los documentos fundamentales deben aportarse junto a la demanda y contestación (art. 266.1º LEC), obviamente no puede admitirse su aportación posterior en la audiencia previa, el juicio o cualquier vista (art. 272 LEC); y si la prueba en el juicio ordinario debe proponerse en la audiencia previa (art. 429.1 LEC) obviamente debe inadmitirse una prueba solicitada al día siguiente de la audiencia previa, por lo que en los dos ejemplos que acabo de exponer no habría vulneración del derecho a la prueba de inadmitirse la prueba solicitada. No sería subsanable esta vulneración del límite temporal: en el primer ejemplo, porque se vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria que efectuó su estrategia defensiva de acuerdo a los documentos que aportó la parte contraria en su demanda o contestación⁷⁰; y en el segundo ejemplo, porque se vulneraría el derecho a la igualdad de armas procesales.

Y con referencia a los requisitos de forma –o meramente procedimentales–, son muchos los supuestos en los que las leyes procesales establecen cómo debe proponerse una prueba, por lo que en caso de su incumplimiento puede inadmitirse la prueba –salvo que el defecto sea subsanable– (no olvidemos que estamos ante un derecho fundamental de contenido procesal, por lo que es lógico que las leyes de enjuiciamiento ordenen su debido ejercicio). Así, por ejemplo, en el caso del dictamen pericial debe estar firmado por el perito y constar su «juramento o promesa de decir verdad» (art. 335.2 LEC), o en la prueba testifical debe expresarse la identidad del testigo y su domicilio (art. 362.I LEC), etc.

70 Vid. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2ª edición, J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2013, pp. 182-183.

4.3.2. Límites específicos

La regulación concreta que la LEC dispensa a cada medio de prueba establece diferentes requisitos que necesariamente deben cumplirse para que pueda admitirse. El estudio de cada uno de ellos excedería el objetivo del presente estudio pero, a modo de ejemplo, puede mencionarse respecto a la prueba pericial emitida por un perito judicialmente designado, que el perito posea «el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste» (art. 340.1 LEC).

5. Reflexión final

Las modernas constituciones reconocen expresamente el derecho a la prueba como una manifestación del debido proceso. Y ello es especialmente relevante por cuanto se configura como la clave de bóveda sobre la que debe asentarse toda la actividad probatoria, esto es, se perfila como el verdadero pilar del derecho probatorio.

Tanto la Constitución Española como la reciente Constitución de la República de Cuba aciertan en reconocer expresamente el derecho a la prueba para cualquier tipo de proceso jurisdiccional. Sin embargo, la formulación que de este derecho presenta la Constitución Cubana es mejor que la realizada por la Constitución Española básicamente por dos motivos: (a) en primer lugar, porque le otorga un margen de autonomía mucho mayor –pues no lo liga a la defensa de la parte⁷¹–, lo que facilita que no se confunda con otros derechos fundamentales –como, por ejemplo, el de la tutela judicial efectiva o el de la defensa–; y (b) y en segundo lugar, porque expresamente prevé como límite constitucional al derecho a la prueba la prueba ilícita, por lo que evita los debates jurisprudenciales que actualmente se están produciendo en España sobre el alcance anulatorio de dicha prueba.

Este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba comporta importantes efectos fuera y dentro del proceso: (a) fuera del proceso, por cuanto condiciona la actividad legislativa, ya que los códigos procesales podrán formular la regulación probatoria que estimen adecuada siempre que ello no impida el ejercicio de este derecho; y (b) dentro del proceso, ya que el derecho a la prueba exige al juez que efectúe siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias y

71 Recordemos que el art. 24.2 CE establece que el derecho a la prueba es «para su defensa».

una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten su eficacia, y garantiza a las partes la máxima actividad probatoria posible –con toda la extensión que hemos expuesto–, por lo que viene a acogerse el tradicional *favor probationes* de la jurisprudencia establecida en casi todos los países.

Bajo esta perspectiva constitucional del derecho a la prueba, propio del *civil law*, cuesta justificar la validez de las múltiples exclusiones probatorias típicas del *common law*, como la del testigo de referencia, las que pretenden evitar errores y malentendidos de parte del juez, o evitar prejuicios o pérdidas de tiempo y dinero, o los privilegios dirigidos a proteger determinados ámbitos de secreto⁷². Incluso la clásica regla de exclusión de la prueba ilícita está tambaleándose: así, por ejemplo, en España, como se ha analizado, la reciente STC 97/2019, de 16 de julio, que admite la validez de una fuente probatoria lograda de manera ilícita, ha abierto un profundo debate doctrinal. Pero lo cierto es que esta nueva interpretación que aporta el Alto Tribunal español puede defenderse en la necesidad de permitir la máxima eficacia del derecho constitucional a la prueba: el debate está abierto.

6. Bibliografía

- ABEL LLUCH, Xavier (2012), *Derecho Probatorio*, editorial J. M^a. Bosch, Barcelona.
- AGUILAR DE LUQUE, Luis (1993), *Los límites de los derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 14, enero-abril.
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (1993), *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en «Anuario de Derecho Civil», número I, pp. 96-123.

72 Como advierte DAMASKA, «las reglas de exclusión probatoria –ampliamente admitidas– constituyen un sello distintivo del derecho probatorio angloamericano» (DAMASKA, M., *El derecho probatorio a la deriva*, traducción de Joan Picó i Junoy, Marcial Pons, Madrid, 2015 p. 29). Y al respecto TARUFFO advierte la dificultad de mantener la vigencia de muchas de estas exclusiones probatorias con el reconocimiento constitucional del derecho a la prueba, destacando que «dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo» (TARUFFO, M., *La prueba*, ob. cit., pp. 57-58).

- ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio (2019), *Breve estudio comparativo del derecho constitucional a la prueba*, en «La Ley», número 9533, pp. 29-34.
- ASENCIO MELLADO, José María. (2019), *La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita*, en «Diario La Ley», núm. 9499, de 16 de octubre de 2019.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos (2017), *Convenções processuais e poder público*, editorial Juspodium, Salvador de Bahía.
- BERGEAUD, Aurélie (2010), *Le droit a la preuve*, editorial LGDJ-Lextenso, Paris.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo (2017), *La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en «Peritaje y prueba pericial», director Joan Picó i Junoy, editorial J.M^a Bosch editor, Barcelona.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2^a edición, editorial Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018 (la primera edición es de 2001 y fue publicada por la editorial Ara, Lima).
- CABRAL, Antonio do Passo (2020), *Convenções processuais. Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 3^a edición, editorial Juspodium, Salvador de Bahía.
- CAMBI, Eduardo (2001), *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, editorial Revista dos Tribunais, São Paulo.
- CORDEIRO, Adriano Consentino (2017), *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, editorial Juruá, Curitiba.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *La degradación de la prueba ilícita en la reciente jurisprudencia constitucional*, en «Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo», de 19 de octubre de 2019 (puede consultarse en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_degradacion_de_la_prueba_ilicita_en_la_reciente_jurisprudencia_constitucional.pdf –fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020–).
- DAMASKA, Mirjan (2015), *El derecho probatorio a la deriva*, traducción de Joan Picó i Junoy, editorial Marcial Pons, Madrid.
- DEVÍS ECHANDÍA, Hernando (1981), *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, 5^a edición, editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires 1981.
- DOMÍNGUEZ FLORIDO, Gustavo Adolfo (2019), *El derecho a la prueba y su interpretación en el contexto constitucional*, Editorial Académica Española, Caracas.

- EGGERTS, Olaf (2004), *Das Verbot der Beweisantizipation im deutschen Strafprozess*, editorial Mensch-und-Buch-Verlag, Berlin.
- ESCALER BASCOMPTE, Ramón (2017), *La carga de la prueba*, editorial Atelier, Barcelona.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, editorial Marcial Pons, Madrid.
- GODINHO, Robson Renault (2015), *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, editorial Revista do Tribunais, São Paulo.
- GOUBEUX, Gilles (1981), *Le droit a la preuve*, en «La preuve en droit», editorial Émile Bruylant, Bruxelles.
- GOZAÍNI, Osvaldo (2004), *El debido proceso*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- HAMM, Rainer, HASSEMER, Winfried, y PAULY, Jürgen (2007), *Beweisantragsrecht*, 2ª edición, editorial C.F. Müller, Heidelberg.
- LARDEUX, Gwendoline (2017), *Le droit à la preuve: tentative de systématisation*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», número 1, pp. 1-26.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando (1990), *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, ¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!, en «Ley Procesal» (puede consultarse en <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-prueba-ilicita-ha-muerto-viva-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-justo.asp?nombre=7418&cod=7418&sesion=1> –fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020–).
- MANTECÓN RAMOS, Ariel (2010), *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, La Habana.
- MUÑOZ SABATE, Luis (2001), *Fundamentos de Prueba Judicial*, editorial J. Mª Bosch editor, Barcelona.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis (1993), *Técnica probatoria*, 4ª edición, editorial Praxis, Barcelona.
- MUÑOZ SABATE, Luis (1988), *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, editorial Bosch, Barcelona.
- NISSEN, Moritz (2019), *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess*, editorial Mohr Siebeck, Tübingen.

- NOGUEIRA, Pedro Henrique, y CABRAL, Antonio do Passo –coordinadores– (2019), *Negócios processuais*, 4ª edición, edit. Juspodium, Salvador de Bahía.
- NOGUEIRA, Pedro Enrique, y RENZO, Cavani –coordinadores– (2015), *Convenções procesales*, editorial Racuel, Lima.
- PASSANANTE, Luca (2017), *La prova illecita nel processo civile*, editorial Giapichelli, Torino.
- PERRROT, Walter (1983), *Le droit a la preuve*, en «Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order», editorial Gieseking, Bielefeld.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2020), *Cuestiones problemáticas del derecho probatorio*, en «Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas», 2020, núm.1, pp. 333-366.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2019), *Some current situations and problems regarding with the new types of evidence*, en «Challenges for Civil Justice As We Move Beyond Globalization and Technical Change. XVI World Congress on Procedural Law IAPL», Kobe (Japón), pp. 546-596.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2018), *A vueltas con los pactos procesales probatorios*, en «Evidence in the process. La prueba en el proceso», editorial Atelier, Barcelona, pp. 667-677.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2018), *La facilidad y disponibilidad probatoria ex art. 217 LEC ¿En qué consisten?*, en «La prueba civil a debate judicial», directores Joan Picó, Xavier Abel y Berta Pellicer, edit. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 38-39.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2012), *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, editorial J. Mª Bosch editor, Barcelona.
- PICÓ I JUNOY, Joan (1996), *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial J. Mª. Bosch editor, Barcelona.
- RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo (2019), *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*, Universidad de Antioquía, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- TARUFFO, Michele (2009), *La motivación de la sentencia*, en «Páginas sobre Justicia Civil», traducción de Maximiliano Aramburo Calle, editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 515-526.
- TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 56-58.
- TARUFFO, Michele (1992), *La prova dei fatti giuridici*, editorial Giuffrè, Milano.

TARUFFO, Michele (1984), *Il diritto alla prova nel processo civile*, en «Rivista di diritto processuale», número IV, pp. 74-118.

TARUFFO, Michele (1970), *Studi sulla rilevanza della prova*, editorial CEDAM, Padova.

EL DERECHO A LA PRUEBA: IMPLICACIONES PROCESALES DEL ARTÍCULO 94 C) DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN CUBANA

Ariel Mantecón Ramos

Presidente de ONBC. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Diputado. Miembro de la comisión redactora de la Constitución de la República de Cuba de 2019
ariel_bmtz@yahoo.es

SUMARIO: 1. La cuestión de la normatividad de la Constitución y los derechos fundamentales. 2. La reorientación del arquetipo del debido proceso tras el debate constituyente. 3. Derecho a «aportar» medios de prueba. 4. El criterio de pertinencia. 5. Los rasgos del derecho a la prueba. 6. El manejo de las categorías «fuentes» y «medios» de prueba. 7. El tratamiento a las pruebas ilícitas o irregulares. 8. El control jurisdiccional del derecho constitucional a la prueba. 9. Despliegue del derecho constitucional a la prueba en la práctica procesal. 10. Idea final.

1. La cuestión de la normatividad de la Constitución y los derechos fundamentales

El ciclo de consultas populares que precedió a la promulgación de la Constitución de 2019 devino en un movimiento de opinión que rebasó los marcos propiamente normativos, y puso a debate la cuestión del paradigma Constitucional, esto es, la idea de que una constitución es indispensable como referente jerárquico del sistema de valores jurídicos¹, ya que preestablece un denominador común normativo para arbitrar las problemáticas de la vida en sociedad.

¹ El borrador final de la Constitución fue preparado por una comisión parlamentaria constituida el día 2 de junio de 2018, que trabajó sobre un anteproyecto presentado