

CIVIL

La prueba ilícita en el proceso civil

Por María Ángeles Pérez Cebadera

Profesora Contratada Doctora Universitat Jaume I de Castellón. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón

| 02.06.2011

[Comentar](#) |

0

Hablar de prueba ilícita en sentido estricto es referirse a la ineficacia de los resultados probatorios que se obtengan vulnerando derechos o libertades fundamentales conforme al art. 11,1 LOPJ -[EDL 1985/8754](#)-. Por ello, el art. 287 LEC -[EDL 2000/77463](#)- establece un procedimiento a través del cual las partes, o incluso el tribunal de oficio, puedan cuestionar la admisibilidad de una fuente o medio de prueba que se considere obtenido vulnerando un derecho fundamental.

I. Concepto de prueba ilícita

Hablar de licitud de la prueba en el proceso civil es referirse a la ausencia de ilegalidad en la confección u obtención de la fuente de prueba o del medio probatorio que se propone (1). Ilegalidad que se ha de entender en un sentido amplio, es decir, que la fuente de prueba no se haya obtenido ni infringiendo un derecho fundamental ni cualquier otro derecho, ni tampoco las normas relativas al procedimiento probatorio. Ahora bien, hablar de prueba prohibida o ilícita en sentido estricto es referirse sólo a la prueba obtenida, directa o indirectamente (2), vulnerando derechos fundamentales (art. 11 LOPJ -[EDL 1985/8754](#)- y 287 LEC -[EDL 2000/77463](#)-) (3).

Determinar qué clase de ilicitud, constitucional u ordinaria, es la que se considera producida por la parte afectada resulta relevante para saber si la fuente o medio de prueba va a ser admisible o no en el proceso, porque de conformidad con el art. 11,1 LOPJ -[EDL 1985/8754](#)- (4) los resultados de la prueba prohibida no podrán ser utilizados por el tribunal para alcanzar su convencimiento sobre los hechos acaecidos o fijarlos en la sentencia (5), se trata de un prohibición positiva que hace inadmisibles las fuentes o medios de prueba así obtenidos (6).

En este sentido, la AP de las I. Baleares (sección 3ª), sentencia núm. 109/2008, de 30 abril -[EDJ 2008/178750](#)-, afirma que "la inefectividad de las pruebas ilícitamente obtenidas queda legalmente determinada a que haya sido obtenida con violación de un derecho fundamental de rango igual o superior al del derecho de prueba, y de ahí que el artículo 11.1 de la LOPJ -[EDL 1985/8754](#)-, tras proclamar que "en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe", disponga que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales", lo que supone que queda excluida de dicha inefectividad las pruebas obtenidas con infracción de normas civiles o de otra naturaleza ya que sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan derechos fundamentales al obtenerlas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reducen a las reglas de la interdicción de la indefensión -STC 64/1986, de 21 de mayo -[EDJ 1986/64](#)- y STS de 29 de marzo de 1990, por todas-".

Ahora bien, si la infracción consiste en la vulneración de un derecho no fundamental, nos encontramos ante una prueba irregular, pero admisible para que el tribunal alcance su convicción o fije un hecho en la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pueda incurrir quien haya infringido un determinado derecho (7). Resulta necesario distinguir qué clase de ilicitud es la que la parte afectada considera producida en la obtención de la fuente o medio de prueba, porque de conformidad con el art. 287 LEC -[EDL 2000/77463](#)- cuando la infracción que se alegue sea la de un derecho fundamental, la parte podrá alegarlo no sólo en la audiencia previa a través del recurso de reposición sino también en el acto del juicio en el proceso ordinario (art. 433,1 LEC) o al comienzo de la vista en el juicio verbal (art. 446 LEC) e incluso se podrá plantear de oficio por el tribunal.

Definido qué se debe entender por prueba ilícita, y que sólo es inadmisibles la que vulnere derechos o libertades fundamentales (8), la siguiente cuestión que se plantea es cuándo se puede alegar que una fuente de prueba es inadmisibles? Y, en caso de que la prueba sea admisible, pero irregular por vulnerar un derecho no fundamental o una norma procesal, cuándo se puede alegar.

II. Ineficacia probatoria de fuentes o medios de prueba obtenidos vulnerando derechos fundamentales

El art. 11,1 LOPJ -[EDL 1985/8754](#)- sólo se refiere a los efectos de la prueba que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales, pero no concreta cuándo ni cómo las partes pueden poner de manifiesto que consideran que una fuente o medio de prueba se ha obtenido ilícitamente, es el art.

287 LEC -EDL 2000/77463- el que establece el tratamiento procesal para alegar y resolver si una prueba es ilícita.

1. En el juicio ordinario

1.1. Alegación de la ilicitud

El art. 287,1 LEC -EDL 2000/77463- establece que cuando alguna de las partes, o incluso el tribunal de oficio (9), considere que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato con traslado, en su caso, a las demás partes. La cuestión se resolverá en el acto de juicio antes de que se dé comienzo a la práctica de la prueba. En este sentido, la sentencia núm. 229/2008, de 11 marzo, de la AP de Madrid (Sección 10ª) -EDJ 2008/60801-, afirma que "la aptitud subjetiva para cuestionar la pretendida ilicitud de un medio de prueba se circunscribe a quien viéndose afectado por la pretendida obtención ilegítima del medio de prueba de que se trate sea parte en el proceso. Así, no tienen ni pueden tener intervención en el incidente terceros no litigantes que pudieran haber visto vulnerados sus derechos fundamentales por la prueba ilícita. Estos últimos podrán impetrar del órgano jurisdiccional la tutela de sus derechos instando el planteamiento ex officio iudicis de la cuestión de la ilicitud".

Por tanto, se puede plantear por la parte afectada, o incluso por el juez de oficio, de forma inmediata, una vez ésta es admitida y con anterioridad a que se dé comienzo a la práctica de la prueba. Por lo que en el juicio ordinario caben dos posibilidades para cuestionar la admisibilidad de la prueba, a través del recurso de reposición previsto en el art. 285 LEC -EDL 2000/77463-, o bien se puede suscitar en cualquier momento con posterioridad a la celebración de la audiencia previa, antes de la práctica de la prueba (287,1) y previa audiencia a las partes. Así pues, la LEC, en su art. 287 refuerza las posibilidades procesales de que pueda ser puesta de manifiesto la vulneración de derechos fundamentales en la confección u obtención de la fuente de prueba, o en la práctica de medio de prueba, debido a la prohibición constitucional de su valoración, derivada del derecho a la igualdad de armas y del derecho a un proceso con todas las garantías reconocidos por el art. 24,2 CE -EDL 1978/3879- (STC 114/1984 -EDJ 1984/114-) y a su exclusión legal en todo tipo de procesos (art. 11,3 LOPJ -EDL 1985/8754-).

Conforme al procedimiento probatorio que se regula en la LEC, en el procedimiento ordinario la decisión sobre la admisibilidad de la prueba se adopta en la audiencia previa (art. 429 LEC -EDL 2000/77463-). Acordada la misma, las partes pueden cuestionar la admisibilidad de la prueba a través del recurso de reposición, que se interpone, se sustancia y se decide oralmente en el mismo acto (art. 285 LEC) de la audiencia previa (10). El art. 287,1 LEC sólo establece que se ha de alegar de inmediato, por lo que nada impide que se pueda plantear en la misma audiencia previa, si alguna de las partes ya estuviese en disposición de alegar y probar que la fuente de prueba vulneró derechos fundamentales (11). En este sentido, la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), en su sentencia núm. 476/2006, de 20 noviembre -EDJ 2006/387308-, señala que no es necesario que haya un pronunciamiento en el acto del juicio sobre la licitud de la prueba, si el tribunal ya se pronunció en la audiencia previa, porque considera que "el designio de art. 287 LEC es que la cuestión haya quedado resuelta antes de comenzar a practicar las pruebas en el acto del juicio".

En caso de que la parte afectada tenga conocimiento con posterioridad a la celebración de la audiencia previa, y precluido por tanto el plazo para interponer el recurso de reposición, podrá volver a cuestionar la admisibilidad de la prueba en el acto del juicio conforme al art. 287 LEC -EDL 2000/77463-. Ahora bien, sólo si ésta se refiere a vulneración de derechos o libertades fundamentales, porque si lo que cuestiona es su admisibilidad por considerar que es prueba irregular sólo podrá plantearlo a través del recurso de reposición.

Si la alegación se realiza con posterioridad a la celebración de la audiencia, lo normal será que se realice por escrito con traslado a las demás partes. También sería posible, nada lo impide, que si la admisibilidad no se ha cuestionado directamente a través del recurso de reposición en la audiencia previa (art. 285 LEC -EDL 2000/77463-), la parte que entienda que la fuente de prueba se obtuvo infringiendo un derecho o libertad fundamental, lo realice de forma oral en la audiencia previa y se posponga la práctica de la prueba para acreditar la ilicitud de la prueba al inicio del acto del juicio. En este sentido, la sentencia núm. 22/2009, de 3 febrero, la AP Madrid (Sección 21ª) -EDJ 2009/28620-, mantiene que "debe alegarse de inmediato por la parte perjudicada y resolverse en el acto del juicio, siendo cierto que ni en la audiencia previa ni en el acto del juicio las demandadas plantearon formalmente esta cuestión". Veamos a continuación algunos de los supuestos que se han planteado ante nuestros tribunales.

En la sentencia núm. 143/2007, de 20 marzo, del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao núm. 1 (Vizcaya) -EDJ 2007/151596-, se afirma que no se puede posponer hasta el juicio la alegación de que una prueba documental sea considerada ilícita cuando la misma ya fue aportada con la demanda, concretamente dice que "el art. 287.1 LEC -EDL 2000/77463- y el art. 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) -EDL 1985/8754- destierran que pueda tener eficacia probatoria la prueba obtenida ilícitamente. Pues bien, la parte demandada conoce desde el día seis de septiembre de dos mil seis esa grabación y no ha denunciado su ilicitud de manera expresa. No lo hizo al contestar la demanda, que sería la forma de cumplir el mandato de alegación inmediata que dispone el art. 287.1 LEC. Tampoco lo hizo en la audiencia previa, momento en que se procede a admitir las pruebas. Si la prueba era ilícita, debió recurrir su admisión, como autoriza el art. 285.2 LEC, para impedir que surtiera efecto procesal. Guardó silencio entonces, pues la queja sobre su contenido no se tradujo en una expresa reclamación de que se declarara ilícita, nada opuso al contestar la demanda y en el juicio es cuando afirma la ilicitud. No es posible que la prueba haya sido lícita durante todo el proceso y justo en el juicio, cuando la otra parte no puede realizar alegaciones ni proponer prueba para corroborarlas, transmute en ilícita".

Se debe resaltar la sentencia núm. 260/2003, de 4 noviembre, de la AP Jaén (Sección 1) -EDJ 2003/180639-, en la que se hace una interpretación restrictiva de lo que se entiende por "de forma inmediata". En este caso, el tribunal manifestó que "la parte actora ahora apelante, a pesar de que la demandada aportó la documental consistente en las grabaciones telefónicas, nada alegó respecto a su ilicitud de forma inmediata tal y como dispone el art. 287.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -EDL 2000/77463- antes citado, ni tampoco en la audiencia previa, haciéndolo después de practicarse la prueba testifical propuesta por la demandada". Sin embargo, entendemos que si la parte que consideraba afectada tuvo conocimiento de la posible vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18,3 CE -EDL 1978/3879- cuando el testigo reconoció en el juicio que "ni la autorizó ni tuvo conocimiento de dicha grabación", difícilmente hubiera podido alegarlo en la audiencia previa o antes de practicarse la prueba en las que sólo disponía de la grabación, pero no del cómo se había ésta efectuado (12).

En la sentencia núm. 102/2010, de 26 febrero, de la AP de Alicante (Sección 9ª) -EDJ 2010/92546-, se afirma que resulta extemporáneo alegar la ilicitud de una prueba documental cuando fue aportado por la parte demandada con su escrito de contestación, y que se tuvo por presentado dentro de plazo, dándose traslado a la parte actora, "sin objeción alguna, y convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa, y propuestas las pruebas, no se formuló alegación alguna de ilicitud de la prueba" añadiendo que no es "sólo en tramite de conclusiones, y practicadas que fueron las pruebas, cuando se denuncia la ilicitud de la prueba pericial de la parte demandada, con lo que resulta no sólo ser extemporánea esta impugnación, sino que aparece como un último recurso práctico al resultado probatorio, no pronunciándose lógicamente la Magistrada sobre tal extremo hasta la sentencia".

En último lugar, la sentencia núm. 27/2009, de 29 enero, de AP Málaga (Sección 5ª) -EDJ 2009/78076-, dice que para que se pueda alegar en el recurso de apelación que la prueba es ilícita se exige que se haya hecho la denuncia en la instancia, requisito procesal que la parte apelante no cumple, desde el momento que en la Audiencia Previa se limitó a impugnar el informe, así como el emitido por la empresa de detectives privados, siendo finamente admitida la prueba por el Juzgador de Instancia, sin que conste denuncia ni resolución - ni siquiera oral- conforme establece el artículo 287 LEC -EDL 2000/77463-. En el mismo sentido, la sentencia núm. 744/2004, de 28 octubre, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) -EDJ 2004/176548-.

1.2. Debate y resolución

Será en el acto del juicio (art. 433,1 LEC y art. 287 LEC -EDL 2000/77463-) el momento adecuado para que se realice el debate entre las partes cuando alguna de éstas, o el tribunal de oficio, haya cuestionado la licitud de una fuente o medio de prueba por haber vulnerado algún derecho o libertad fundamental. En el mismo acto se practicarán los medios de prueba propuestos, que sean considerados por el tribunal como útiles y pertinentes, sobre el extremo de la licitud. Afirma la Sentencia núm. 192/2009, de 31 marzo, de la AP de Barcelona (Sección 18) -EDJ 2009/201767-, que "si el juez a quo entiende que la prueba era ilícita por haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales, debe ser resuelta en el acto de la vista y no en la sentencia". Sobre este aspecto, resulta llamativa la sentencia núm. 470/2007, de 13 septiembre, de la AP Málaga (Sección 6ª) -EDJ 2007/265991-, en la que se mantiene que en el juicio ordinario no es al inicio del acto del juicio el momento adecuado para debatir si una fuente de prueba vulnera un derecho fundamental, porque entiende que el art. 287 prevé dicha posibilidad exclusivamente para los casos en que se suscite de "oficio" por el tribunal.

Oídas las partes y, en su caso, practicada la prueba, el tribunal tendrá que resolver de forma oral si la fuente o medio de prueba es ilícito o no. Contra esta resolución, con independencia de su contenido, se podrá interponer recurso de reposición que se sustanciará y decidirá oralmente en el mismo acto del juicio (art. 287,2 LEC -EDL 2000/77463-). El pronunciamiento que resuelva la reposición podrá ser combatido en la segunda instancia (art. 287.2 LEC) (13).

Afirma el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su reciente sentencia núm. 839/2009, de 29 diciembre -EDJ 2009/315052-, que el "artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -EDL 2000/77463-, como, con carácter más general, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -EDL 1985/8754-, lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada ineffectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba, lo que resulta distinto del supuesto -que, al parecer, denuncia la parte- de que se entienda que su admisión en el proceso, o su práctica en él, le produce indefensión (sentencia del Tribunal Constitucional 64/1986, de 21 mayo -EDJ 1986/64-), cuestión que resulta absolutamente ajena a lo dispuesto por la norma que se dice infringida -el art. 287" (14).

2. En el juicio verbal

En el juicio verbal si alguna de las partes, o el tribunal de oficio, cuestiona la ilicitud de alguna fuente o medio de prueba tendrá que alegarlo al inicio de la vista, siempre después de la proposición y admisión de las pruebas (arts. 443,4 y 287,1 LEC -EDL 2000/77463-). A continuación se debatirá entre las partes y, al igual que en el juicio ordinario, se practicarán, en su caso, las pruebas que se consideren pertinentes y útiles para acreditar la ilicitud. Ahora bien, contra la decisión que acuerde el tribunal sólo cabe formular protesta conforme al art. 446 LEC, a efectos de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Señala la AP de Córdoba (Sección 2ª), sentencia núm. 232/2009, de 21 septiembre -EDJ 2009/325010-, que cuando el tribunal no permite que la parte afectada por una ilicitud pueda suscitar en al inicio de la vista que en la obtención de una fuente o medio de prueba se han podido

vulnerar derechos fundamentales, nos encontramos ante una situación que es "causa de nulidad prevista en el art. 225.3 LEC -EDL 2000/77463-, pues el quebrantamiento de aquellas normas esenciales de procedimiento han producido efectiva indefensión a una de las partes en el proceso. Ello afecta al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -EDL 1978/3879-, y motiva de por sí, la nulidad del juicio, y por ende, de la sentencia dictada".

III. Admisibilidad de fuentes de pruebas vulnerando un derecho no fundamental o infringiendo las normas relativas al procedimiento probatorio

Si en la obtención de una fuente o medio de prueba se ha vulnerado un derecho no fundamental la ley no impide que se pueda incorporar al proceso (15), sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en la que pueda incurrir el autor de la actividad de obtención (16).

En este sentido, la AP de Madrid (Sección 20ª), sentencia núm. 459/2009, de 24 julio -EDJ 2009/175588-, señala que "el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, se ha destacado con acierto que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba".

Otra cuestión distinta será cuando se vulnere alguna norma procesal relativa al procedimiento probatorio en la obtención o práctica del medio probatorio (prueba irregular), en este caso, su admisibilidad podrá cuestionarse invocando el art. 285 LEC -EDL 2000/77463- que establece el recurso de reposición como instrumento para impugnar la decisión del tribunal sobre la admisibilidad de los medios de prueba propuestos en el caso del juicio ordinario, y el art. 446 LEC si se trata de un juicio verbal.

1. En el juicio ordinario

El art. 285 LEC -EDL 2000/77463- establece que contra la decisión sobre la admisibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes, con independencia de su contenido, las partes pueden formular recurso de reposición, que se interpone, sustancia y decide oralmente, en el mismo acto, es decir, en la audiencia previa (art. 429 LEC). Resolución frente a la que las partes podrán formular protesta con el fin de plantear la cuestión en la segunda instancia conforme a lo establecido en el art. 459 "in fine" LEC, que dispone que "el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiera tenido oportunidad procesal para ello". Por tanto, en caso de que alguna de las partes considere que la prueba admitida es ilícita por infringir una norma procesal, será a través del recurso de reposición el momento oportuno para plantearlo.

En este sentido, la sentencia núm. 889/2005, de 30 diciembre, de la AP de Madrid (Sección 11ª) -EDJ 2005/297541-, el tribunal manifestaba que cuando simplemente se alegue "vulneración del artículo 24 CE -EDL 1978/3879-", nos encontramos ante una prueba irregular a las que define como "aquellas que se han obtenido vulnerando normas procesales y que no tienen otro efecto que el que disponga la norma especialmente infringida, sin que se pueda predicar una consecuencia general de inadmisión o inutilidad", por lo que la única forma de alegar la presunta ilicitud de fuentes de prueba es a través del recurso de reposición previsto en el art. 285 LEC -EDL 2000/77463-. En este caso, el apelante no recurrió en reposición la resolución por la que se acordaba la admisión sobre la forma de practicarse determinada prueba documental sino que fue después, una vez incorporada la prueba documental a los autos, cuando presentó un escrito por el que denunciaba la vulneración del art. 24 CE al considerar que las pruebas se habían obtenido vulnerando normas procesales. En respuesta a ello, el tribunal resolvió que "la infracción de derechos fundamentales que ocasiona la ilicitud de una prueba nunca lo es con vulneración del artículo 24 CE sino de cada uno de los derechos afectados", y que por lo tanto "la denuncia del expresado escrito no configura la prevista en el artículo 287.1 LEC, ni, por ende, provoca el trámite que regula y cuya discusión se remite en el proceso ordinario para el inicio del juicio con la decisión inmediata antes de que comience la práctica de las pruebas". Por lo que concluye afirmando que "con la denuncia tardía una vez practicada la prueba, ha quedado demostrado que la apelante ha incumplido el requisito que el último inciso del artículo 459 LEC exige para alegar en la apelación la infracción de normas o garantías procesales, esto es «acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiera tenido oportunidad procesal para ello»".

2. En el juicio verbal

En relación con el juicio verbal, el art. 446 LEC -EDL 2000/77463- sólo establece que se podrá formular protesta contra las resoluciones del tribunal que decidan la inadmisión de pruebas. Ahora bien, consideramos que nada impediría que pueda formular protesta, a efecto de poder hacer valer sus derechos en la segunda instancia, la parte que considere que en la obtención de una fuente o medio de prueba admitido se ha vulnerado una norma procesal, al igual que sucede en el juicio ordinario. De conformidad con el art. 443,4 LEC será al inicio de la vista, una vez admitida la prueba, cuando la parte que se considere afectada por la infracción pueda formular protesta a efecto de poder hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

IV. Ejemplos de supuestos en los que se ha suscitado la vulneración de derechos fundamentales

A continuación nos referimos a los supuestos más recientes en los que se ha suscitado la vulneración

de derechos fundamentales en la obtención de las fuentes de prueba y cómo se han resuelto.

En primer lugar, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE), encontramos la sentencia núm. 71/2010 de 4 marzo, de la AP Ciudad Real -EDJ 2010/74065-, en la que no se considera una obtención ilícita que sea la hija de unos de los litigantes la que graba la conversación (17) que se aporta como prueba documental. En el mismo sentido, la sentencia núm. 236/2009, de 4 mayo, de la AP Barcelona (Sección 16ª) -EDJ 2009/201608-, en la que aunque la parte demandada consideraba ilícita la grabación que contenía la conversación sobre el contrato de compraventa con pacto de arras que habían celebrado las partes, la sentencia afirmaba que "la obtención de la prueba no fue ilícita, ni vulneró el derecho a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones de los demandados, pues fue grabación de una conversación mantenida por quien efectuó el registro y otras personas. No fue grabación de conversación mantenida por terceros ajenos a quien grabó. Que en esos casos no hay ilicitud en la obtención de la prueba lo dijo el Tribunal Constitucional ya en sentencia de 29 de noviembre de 1.984 -EDJ 1984/114- y lo reiteró el Tribunal Supremo en las suyas de 11 de mayo de 1.994 y 30 de mayo de 1.995".

En esta misma línea, la sentencia 22/2009, de 3 febrero, de la AP de Madrid (Sección 21ª) -EDJ 2009/28620-, en la que la parte demandada alegaba la ilicitud de un video que contenía una grabación audiovisual en la que se recogía una conversación en el domicilio del demandante, y una cinta de grabación de diversas conversaciones telefónicas del actor con las demandadas, y en la que la que el tribunal afirma, recordando la famosa sentencia núm. 114/1984, de 29 noviembre, del Tribunal Constitucional -EDJ 1984/114- que "quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución -EDL 1978/3879-. Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 -EDL 1978/3879- y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución) (18)".

En la sentencia 49/2010, de 28 enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) -EDJ 2010/27779-, se afirma que "el sobre cerrado que dirige una empresa a sus trabajadores con la hoja salarial en su interior constituye una modalidad de comunicación postal cuyo secreto frente a terceros protege el artículo 18.3 CE -EDL 1978/3879-, por más que eventualmente el contenido de aquella comunicación escrita pueda ser conocido por terceros a través de otros conductos".

Y, finalmente, con respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, la sentencia núm. 517/2005 de 30 diciembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao (Provincia de Vizcaya) -EDJ 2005/284080-, expresa que "no es reprochable que una empresa decida recuperar la información que contiene un ordenador de su propiedad, instalado en un centro productivo y destinado, precisamente, a facilitar la prestación laboral de sus empleados". Ahora bien, añade que los correos electrónicos privados a los que se tenga acceso en la obtención de la prueba deben quedar fuera del dictamen pericial por estar protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones, agregando que "desde el momento que ese ordenador está conectado a la red, es posible que un trabajador tenga acceso, desde el mismo, a su propio servidor, y que utilice su correo electrónico particular. Esa circunstancia impide entonces la obtención del contenido del rastro de información que pueda haber dejado en el ordenador de la demandante, puesto que aunque el terminal desde el que se accede sea de su titularidad, el lugar al que entra es particular, y en consecuencia, puesto que ofrece un sistema de comunicación universal, queda amparado por el art. 18.3 de la Constitución -EDL 1978/3879- y el art. 8 del CEDH -EDL 1979/3822- (19)".

En segundo lugar, sobre el derecho a la intimidad (art 18,1 CE -EDL 1978/3879-) resulta interesante la sentencia de 15 enero 2007, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid -EDJ 2007/30475-, en la que se considera que la obtención de la información de los discos duros de los ordenadores de trabajadores, una vez extinguida la relación laboral, no afecta la intimidad de éstos. Concretamente manifiesta que "siendo todos los demandados expertos informáticos en tanto que profesionales -al parecer, especialmente cualificados- del ramo, su actitud consistente en abstenerse de aplicar elementales técnicas de borrado o de supresión de tales datos de la memoria de ordenadores propiedad de la empresa a la que pertenecían antes de abandonarla nunca podría ser interpretada sino como un elocuente reconocimiento de que en el momento de finalizar su relación laboral el contenido de los correos electrónicos que pudieran haberse cruzado entre sí o con terceros a través de dichos ordenadores no constituía para ellos -o había dejado de constituir- un secreto perteneciente a la órbita de su intimidad, esto es, un secreto que tuvieran interés en poner a cubierto respecto de intromisiones de quien, en definitiva, habría de seguir utilizando para su finalidad propia las máquinas que albergaban tales datos. Y si con su conducta dejaron patente que el referido material no constituyó nunca -o no constituía ya- un secreto, no es posible considerar que su acceso al mismo por parte de la demandante constituya una intromisión en su intimidad cuando fueron ellos mismos quienes voluntariamente lo dejaron a su disposición".

En último lugar, también encontramos algunos supuestos en los que se ha suscitado la vulneración de la inviolabilidad del domicilio (art. 18,2 CE -EDL 1978/3879-) en la obtención de las fuentes de prueba. En la sentencia núm. 663/2009, de 2 diciembre, la AP Valencia (Sección 7ª) -EDJ 2009/367069- no considera que unas fotos que se obtienen de un edificio en construcción vulneren el citado derecho. En este caso, en la primera instancia se excluyeron varias fotografías, al estimar que se tomaron desde el interior de la vivienda, sin autorización del demandado propietario de la

finca y suponer una vulneración de derechos fundamentales susceptible de ampararse en la previsión del art. 11 LOPJ -EDL 1985/8754- y no un acto tolerable por el demandado. Sin embargo, la Audiencia Provincial consideró que "(...) efectivamente se desprende que fueron tomadas desde el interior del edificio en construcción del demandado. Ahora bien, no consta que efectivamente el mismo estuviese vallado de modo que se impidiese a alguien su acceso, a no ser que tuviese que forzar o dañar alguno de los mecanismos de cierre, y tampoco que existiese algún tipo de cartel que prohibiese la entrada", añadiendo que "lo más relevante para decidir, es que el concepto de domicilio constitucional, a nuestro entender, no puede predicarse de una obra en construcción como la que nos ocupa. A la vista del resto de fotografías incorporadas al Acta Notarial 8 no impugnadas) se observa como la edificación no estaba completada pues sólo tenía levantada la estructura, los dos forjados y los cerramientos laterales, pero nada más, lo que hace difícil pensar en su aptitud para desarrollar la vida cotidiana. Aparte destacar la ausencia de cualquier elemento de carácter personal que afectase a la vida privada del demandado como dueño de la obra. En consecuencia no procede rechazar la valoración de dichos documentos fotográficos como medio probatorio". Otros dos ejemplos son los que encontramos en la sentencia núm. 540/2004, de 14 octubre, AP Valencia (Sección 7ª) -EDJ 2004/209829-, que considera que la obtención de unas agendas entrando por la fuerza en la casa de su padre fallecido (descerrajando la cerradura) sabiendo que en el domicilio vivía la persona que había convivido con su padre, supone una vulneración a la inviolabilidad del domicilio (art. 18,2 CE) y, por último, la sentencia 249/2004, de 5 octubre, de la AP Ciudad Real (Sección 1ª) -EDJ 2004/160624-, en la que afirma que el informe que hace un perito por orden de un constructor que no había devuelto las llaves al propietario, cuando éste desistió en la continuación de la misma supone una vulneración a la inviolabilidad del domicilio (20).

Notas

1.-Expresa MONTERO AROCA, J. La prueba en el proceso civil, Ed. Civitas, 5ª ed., Madrid 2007, p. 173 que "la licitud de la prueba se refiere (...) normalmente a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir el proceso por medio de la prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho".

2.-Véase el estudio más reciente sobre la exclusión de las pruebas derivadas de otras pruebas constitucionalmente ilícitas a GARBERÍ LLOBREGAT, J., Los procesos civiles, Tomo II (Dir. GARBERÍ LLOBREGAT), Ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona 2010, pp. 1172 y 1173.

3.-El concepto de prueba ilícita debe entenderse en un sentido restrictivo a pesar de la confusión que puede plantear el art. 283,3 LEC -EDL 2000/77463- porque como señala PICÓ I JUNOY, 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 la 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, el interrogatorio del colitigante respecto del cual no exista en el proceso oposición o conflicto de intereses con el otro colitigante que solicita su interrogatorio -art. 301,1 LEC (EDL 2000/77463)-; el informe elaborado por profesionales de la investigación privada que no estén legalmente habilitados -art. 265,1,5º LEC (EDL 2000/77463)-; 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 (EDL 2000/77463)-; etc.)", PICÓ I JUNOY, J., Alcance La prueba ilícita en la LEC, Revista de Derecho Procesal, Núm. 3-4/2007, Noviembre 2007, p. 123.

4.-Señalaba el Auto de 26 de septiembre de 2002 de la AP de Barcelona (Sección 15ª), que "conforme al art. 11.1 LOPJ -EDL 1985/8754- no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales, de modo que la consecuencia de constatar que un medio de prueba ha sido obtenido con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (EDL 1978/3879) -entre ellos, y como potencialmente afectados por el acceso a las fuentes de prueba, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial que autorice la inmisión o injerencia en la esfera privada-, es que tales medios de prueba no serán considerados para formar convicción sobre el derecho debatido -en el pleito del orden civil-, y no ya la nulidad de la demanda, sin perjuicio de que la pretensión padezca hasta el extremo de ser desestimada por falta de prueba alternativa".

5.-Señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La prueba en el proceso administrativo, Ed. Colex, Madrid 1992, pp. 75 y 76, que "el efecto disuasorio de la interdicción es evidente: a nadie interesará infringir los derechos fundamentales con el fin de investigar o probar los hechos debido a la imposibilidad de obtener ventajas de esa actuación de cara a lograr posteriormente el convencimiento del tribunal".

6.-MONTERO AROCA, J. La prueba en..., cit., p. 273.

7.-MONTERO AROCA, J. La prueba en..., cit., pp. 175 y 176, afirma que "la ineficacia probatoria no se refiere a todas las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente, sino únicamente a aquellas que se han logrado violentando esos derechos y libertades".

8.-V. MONTERO AROCA, J. La prueba en..., cit., pp. 177 y 178 sostiene que en la práctica el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, son los derechos que más se pueden ver afectados cuando las partes intentan obtener las fuentes de prueba.

9.-La LEC no se pronuncia sobre la posibilidad de que sea el propio tribunal en el momento de dictar sentencia cuando se cuestione la licitud de la prueba, y en este sentido MONTERO AROCA, J. La

prueba en..., cit., p. 204, manifiesta que la "respuesta es afirmativa porque la cuestión de la licitud puede suscitarse de oficio (art. 287.1, II LEC -EDL 2000/77463-), aunque no se olvidan los problemas prácticos", a saber, la indefensión de la parte que propuso y practicó la prueba y se encuentra en la sentencia con una declaración judicial en la sentencia que dice que no surte efecto, y que inconscientemente, pese a ser declarada ilícita, el tribunal puede haber formado en ella su convicción. Por otro lado, PICÓ I JUNOY, J., Aspectos prácticos de la prueba civil (Dir. ABEL LLUCH/ PICÓ I JUNOY), Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2005, p. 44, afirma que en ese caso, en méritos del debido respeto al derecho a la prueba y al objeto de evitar la indefensión "el juez deberá iniciar ex officio el incidente de nulidad e actuaciones del art. 272.2 LEC".

10.-Sobre el régimen jurídico de este recurso de reposición, que reviste especialidades en relación con el recurso de reposición previsto en los arts. 451 a 454 LEC -EDL 2000/77463-, v. GARBERÍ LLOBREGAT, J., Los procesos civiles..., cit., pp. 1195 y ss.

11.-Sin embargo, MONTERO AROCA, J. La prueba en..., cit., p. 203, afirma que el art. 287 LEC -EDL 2000/77463- "está partiendo de que el tribunal, en el momento de admisión de la prueba, carece de elementos de juicio para inadmitir uno de ellos por ilicitud en la obtención de la fuente; se trata por tanto, de que el medio de prueba sea propuesto y admitido (arts. 283 y 285 LEC) y de que después la parte contraria debe, no recurrir en reposición contra la admisión (art. 285.2 LEC) sino suscitar la cuestión de la ilicitud".

12.-No obstante, en este caso concreto, en la sentencia se dispone que "hemos de decir que existió autorización para esas grabaciones en los contratos suscritos con cada cliente, lo que excluye la ilicitud de la prueba invocada por la recurrente y determina la efectividad de la misma, sin que se aprecie en consecuencia la infracción de aquellos preceptos alegados en el recurso".

13.-Señala MONTERO AROCA, J. La prueba en..., cit., p. 203, que "lo procedente hubiera sido decir que contra la resolución oral que únicamente la protesta a hacer constar en el acta".

14.-En este caso, el apelante alegaba infracción del art. 287 LEC -EDL 2000/77463-, en relación al documento de justificación de los honorarios reclamados por la parte actora denominado "honorarios pendientes de pago por rescisión unilateral del contrato realizado", sin fecha de emisión, que, según sostenía la parte recurrente, fue obtenido e introducido en el proceso con violación de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión.

15.-MONTERO AROCA, J. La prueba en..., cit., p. 180, expresa que la falta de sentencias civiles lleva a la necesidad de citar sentencias penales, y así la STS (Sala de lo Penal) distingue si se viola un derecho fundamental o cuando la «ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza"».

16.-PICÓ I JUNOY, J., en Aspectos prácticos de..., cit., p. 23, afirma que "el carácter fundamental que la Constitución -EDL 1978/3879- otorga al derecho de prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba ilegal".

17.-Señala, tras hacer un análisis de la jurisprudencia constitucional y del TS, que toma como punto de partida la STC 114/1984 -EDJ 1984/114-, que "el demandante que grabó, a través de su hija como mero instrumento o apoyo técnico para verificarla, una conversación mantenida con el Sr. Arturo, acerca de sus relaciones y vínculos asociativos y comerciales, no puede ser considerada como una prueba ilícita pues se trataba de una conversación entre las dos personas litigantes, sin intervención de un tercero, que sólo fue impugnada en cuanto a su admisión, no en cuanto a su contenido ni autenticidad, y que ha sido transcrita en la causa y admitido su contenido por los intervinientes; consiguientemente, no conculca, ni las disposiciones de la LEC -EDL 2000/77463-, ni ningún derecho fundamental, por lo que no puede ser declarada ilícita, máxime cuando no se ha cuestionado, es más ni siquiera se ha invocado, que se obtuviese empleando algún tipo con violencia o intimidación sobre los interlocutores, sino que estos actuaron libre y voluntariamente, en uso de sus plenas facultades volitivas y cognoscitivas".

18.-Añade que "quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución -EDL 1978/3879-; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3 CE, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1 -EDL 1978/3879-, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorias, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación".

19.-Agrega la sentencia "porque aunque el ordenador desde el que se accede a la web sea particular, propiedad de la actora, el contenido de aquella página es de acceso público, y los servidores a través de los que se produce la comunicación electrónica merecen el mismo amparo constitucional que las tradicionales comunicaciones «postales, telegráficas y telefónicas» a las que alude el art. 18.3 de la Constitución -EDL 1978/3879-".

20.-Añade la sentencia que "el constructor debió devolver las llaves al propietario de la obra una vez que éste desistió de la continuación de la misma, ya que la justificación de que las tuviera en su poder

11/05/12

La prueba ilícita en el proceso civil

sólo guardaba estrecha relación con aquel encargo y actividad, por lo que, al darse por concluso dicho cometido, ningún derecho tenía para conservarlas consigo, de alguna manera, en contra de la voluntad del propietario quien, con el desistimiento de continuar la obra, llevaba a cabo asimismo una manifestación de revocación del mandato y el implícito retorno al mismo de las llaves del inmueble de que se trataba. En ese sentido, resulta sorpresivo que, disponiendo del espacio de la obra en cuestión, sin aviso previo de ningún tipo, facilite el acceso a tercera persona -la Arquitecto perito- al objeto de realizar un reconocimiento de las dependencias y posterior elaboración de informe pericial. Parece bastante lógico que dicha pericial hubiere sido realizada, como podía haberlo sido, mediante petición judicial, puesto que el proceso ya estaba iniciado, dentro de los márgenes y parámetros propios de la contradicción necesaria".

Este artículo ha sido publicado en la "Revista de Jurisprudencia", número 1, el 2 de junio de 2011.
