

ESTUDIOS SOBRE EL **PROCESO** Y LA **JUSTICIA**
Estudios sobre la prueba
Vol. III



COLECCIÓN **DIÁLOGOS EUROPA-AMÉRICA**



DIÁLOGOS
EUROPA
AMÉRICA

Consejo Editorial:

Bruce Ackerman (EE. UU.)

Manuel Atienza (España)

Fernando Atria (Chile)

Roberto Barroso (Brasil)

Laura Clérico (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

Marina Gascón (España)

Juan Antonio García Amado (España)

Mônia Henning (Brasil)

César Landa (Perú)

Gloria Patricia Lopera (Colombia)

José Juan Moreso (España)

Gonzalo Ramírez Cleves (Colombia)

Alejandro Saiz Arnaiz (España)

Pedro Salazar Ugarte (México)

Joan Picó i Junoy (España)

Susanna Pozzolo (Italia)

Editor:

Pedro P. Grández Castro

Joan **PICÓ I JUNOY**

Estudios sobre el Proceso y la Justicia

Estudios sobre la prueba

Vol. III

CONTENIDO

PRÓLOGO	23
---------------	----

A. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

EL DERECHO A LA PRUEBA: UN VALOR EN EXPANSIÓN	31
1. Reconocimiento constitucional del derecho a la prueba.....	31
2. Aspecto objetivo del derecho a la prueba.....	33
2.1. Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias	34
2.2. Exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba.....	34
2.3. La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria	35
2.4. La irrenunciabilidad del derecho a la prueba. Consideración crítica de los “modernos” pactos, convenios o negocios procesales en materia probatoria	36
3. Aspecto subjetivo del derecho a la prueba	40
3.1. Concepto de derecho a la prueba	40
3.2. Contenido del derecho a la prueba: la admisión, práctica y valoración de la prueba	41
4. Límites del derecho a la prueba.....	44
4.1. Introducción.....	44
4.2. Límites intrínsecos: la relevancia de la prueba (su pertinencia y utilidad).....	44
4.3. Límites extrínsecos	48

4.3.1. Límites genéricos.....	48
4.3.2. Límites específicos	53
5. Reflexión final	53
6. Bibliografía	54
CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO PROBATORIO	59
I. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO PROBATORIO	59
1. Introducción.....	59
2. Las nuevas tecnologías como fuentes de prueba. Problemas que plantean y soluciones	60
3. Las nuevas tecnologías como instrumentos al auxilio de los tradicionales medios de prueba	67
a. La neurociencia	67
b. Los algoritmos de micro-expresiones faciales	72
II. LIBERTAD CONTRACTUAL Y DERECHO PROBATORIO	75
1. El nuevo fenómeno de privatización del proceso civil y sus límites constitucionales	75
2. Alcance limitado de los pactos procesales probatorios	77
III. INDEPENDENCIA JUDICIAL E INDEPENDENCIA PERICIAL	78
IV. BIBLIOGRAFÍA	83
LA VIRTUAL JUSTICE (O JUICIOS ONLINE): ¿AVANCE O RETROCESO?.....	89
1. Introducción.....	89
2. Las primeras experiencias norteamericanas sobre <i>virtual justice</i> y sus resultados	93
3. Conclusión: no es oro todo lo que reluce. lecciones que deberíamos aprender para la futura regulación procesal española	96
4. Bibliografía	98
LA PRUEBA DEL DOLOR	99
1. El dolor como hecho.....	99
2. El dolor como hecho jurídico indemnizable.....	101
3. Tratamiento procesal del dolor	102
3.1. La alegación del dolor	102
3.2. La prueba del dolor	102
3.2.1. Introducción.....	102

CONTENIDO

3.2.2. Hacia la “objetivación” del dolor	103
3.2.3. La dificultad de la prueba del dolor	106
3.2.4. ¿Cómo logramos probar el dolor?: la fórmula probática	110
4. Reflexión final	112
5. Bibliografía	112

B. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

EL JUEZ CIVIL Y LA PRUEBA: UNA HISTORIA MAL CONTADA	117
I. INTRODUCCIÓN	117
II. HIPÓTESIS DE TRABAJO	118
III. FORMULACIÓN DEL BROCARDO EN LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES, LOS DECRETISTAS, LOS POSTGLOSADORES, Y LOS HUMANISTAS	119
IV. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA	121
V. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ITALIANA	125
VI. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA	136
VII. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL EN LA LEC 1/2000	140
A. Alcance de la iniciativa probatoria <i>ex officio iudicis</i>	140
B. Justificación constitucional de la iniciativa probatoria del juez civil	142
C. Límites constitucionales a la iniciativa probatoria del juez civil	144
D. La solución española “de compromiso”: el art. 429.1.II LEC	145
VIII. CONCLUSIONES	149

LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL EN LA DOCTRINA DE EDUARDO J. COUTURE

1. Introducción metodológica	153
2. La obra de Couture en materia probatoria	153
3. Las reglas de la sana crítica y su relación con la motivación de la sentencia	155
4. Concepto de prueba y su relación con la iniciativa probatoria del juez	157
5. La iniciativa probatoria del juez civil	158
5.1. Primer paso: la visión estricta del principio dispositivo y su no diferenciación con el de aportación de parte	158
5.2. Segundo paso: la configuración solo “formal” de la carga de la prueba	164

5.3. Tercer paso —y consecuencia de los anteriores—: la limitada iniciativa probatoria del juez civil en los diversos estudios de Couture	164
5.3.1. En el libro “Teoría de las diligencias para mejor proveer” (1932)	164
5.3.2. En sus “Fundamentos del derecho procesal civil” (1942)	166
5.3.3. En su “Trayectoria y doctrina del derecho procesal civil hispanoamericano” (1940)	166
5.3.4. En su “Proyecto de Código de Procedimiento Civil” (1945).....	167
6. Conclusión.....	168

EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ PENAL

Reflexiones desde el derecho comparado.....	169
1. Introducción. Breve aproximación sobre el principio acusatorio	169
2. El principio acusatorio y la iniciativa probatoria del juez penal en los actuales códigos procesales penales.....	171
2.1. Vigencia del principio acusatorio	171
2.1.1. En los ordenamientos jurídicos de los estados europeos	171
2.1.2. En los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos.....	172
2.2. Iniciativa probatoria del juez penal	174
2.2.1. En los ordenamientos jurídicos de los estados europeos.....	174
2.2.2. En los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos.....	175
3. El caso español	180
3.1. Regulación actual de la iniciativa probatoria del juez en el juicio oral	180
3.2. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	180
3.2.1. Doctrina jurisprudencial contraria a la iniciativa probatoria <i>ex officio iudicis</i>	180
3.2.2. Doctrina jurisprudencial a favor de la iniciativa probatoria <i>ex officio iudicis</i>	182
3.3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a favor de dicha iniciativa probatoria.....	184
4. Opinión personal.....	188
4.1. Introducción: el incorrecto entendimiento del principio acusatorio y su exacerbación	188

CONTENIDO

4.2. Fundamento de una limitada iniciativa probatoria del juez penal	191
4.3. Derechos que pueden verse afectados por una ilimitada iniciativa probatoria del juez penal.....	194
4.4. Límites de dicha iniciativa probatoria.....	194
5. Conclusiones	196

C. CARGA DE LA PRUEBA

LA TABLA PERIÓDICA DE LOS INDICIOS

Intento de aplicación a la simulación contractual	201
1. La tabla periódica de los indicios: ¿es posible?.....	201
2. La simulación contractual: ámbito normativo, concepto, tipos y efectos.....	204
2.1. Ámbito normativo	204
2.2. Concepto	204
2.3. Tipos: absoluta y relativa. Efectos.....	206
3. ¿Cómo probar la simulación contractual? Relevancia práctica de los indicios.....	209
4. La “prueba de presunciones”: superación de falsos tópicos.....	212
5. Estudio de campo de los indicios más utilizados judicialmente para probar la simulación contractual	215
5.1. <i>Causa simulandi</i>	215
5.2. Falta de pago o de cobro [del precio pactado].....	216
5.3. Precio vil	221
5.4. Familiaridad/parentesco/amistad.....	223
5.5. No entrega o uso del objeto o bien contratado (falta de <i>traditio</i> o uso).....	224
5.6. Informalidad del contrato (o contratación bajo condiciones o circunstancias infrecuentes o poco habituales en la materia objeto del contrato)	225
5.7. Inexistencia del precio.....	227
5.8. Tiempo sospechoso del negocio (o coincidencias —o rarezas— en las fechas)	228
5.9. Conducta procesal de la parte (indicios endoprocesales)	228
5.10. Doble pago cruzado (retorno de la prestación).....	229
5.11. Sociedades ficticias.....	230

5.12. Silencio de datos	230
5.13. Inidoneidad de una de las partes para la actividad simulada.....	231
5.14. Inexistencia (o no aportación) del contrato.....	232
5.15. Intervención en el contrato de personas ajenas a la relación contractual simulada, o ausencia de personas directamente afectadas por el negocio simulado	232
5.16. Falta de reclamación (judicial o extrajudicial) frente al incumplimiento contractual	233
6. Propuesta de presentación de la tabla periódica de los indicios aplicada a la prueba de la simulación	234
LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN ESPAÑA.....	237
1. Introducción.....	237
2. Fundamentos de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria	239
3. ¿Qué es la disponibilidad y facilidad probatoria?	240
4. El grave problema de cuándo entra en juego la flexibilización de las reglas del <i>onus probandi</i>	241
5. Ejemplos pretorianos más frecuentes de disponibilidad o facilidad probatoria	243
5.1. De disponibilidad probatoria	243
5.2. De facilidad probatoria	246
VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SEGUNDA INSTANCIA CIVIL: HACIA LA BÚSQUEDA DEL NECESARIO EQUILIBRIO	251
1. Objeto de estudio.....	251
2. Breve aproximación al principio de inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española	251
3. Alcance de la segunda instancia en el proceso civil español.....	253
4. Análisis crítico de los argumentos que niegan el control de la valoración de la prueba civil en segunda instancia	254
4.1. El debido respeto al principio de inmediación.....	254
4.2. La imposibilidad de controlar la valoración de la prueba salvo que el enjuiciamiento fáctico no responda a parámetros de lógica.....	260
5. Reflexión final.....	261

D. PROHIBICIONES PROBATORIAS

LA PRUEBA ILÍCITA: UN CONCEPTO TODAVÍA POR DEFINIR 265

1. Introducción..... 265
2. Premisas básicas del debate: ámbito normativo de la prueba ilícita y su justificación constitucional 267
3. Nuevos parámetros de la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio 269
4. El problema hermenéutico del art. 11.1 LOPJ 272
5. Justificación constitucional de la nueva lectura del art. 11.1 LOPJ que formula la STC (pleno) 97/2019, de 16 de julio 274
6. Reflexión final 279

EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN MICHELE TARUFFO 281

1. Introducción..... 281
2. Primera etapa: “Studi sulla rilevanza della prova” (1970), “La motivazione della sentenza civile” (1975) e “Il diritto alla prova nel processo civile” (1984) 281
3. Segunda etapa: “La prova dei fatti giuridici” (1992), “Lezioni sul processo civile” (1995) y “La semplice verità” (2009) 283
4. Tercera etapa: “La prova nel processo civile” (2012) 286
5. Influencia del concepto taruffiano en la posterior doctrina..... 287
6. Reflexiones sobre el concepto de prueba ilícita en la obra de Taruffo..... 288
7. Bibliografía 290

NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE EL ALCANCE ANULATORIO DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS 293

1. Introducción..... 293
2. El derecho a la prueba y la prueba ilícita..... 294
3. La nulidad de la prueba ilícita 295
4. Imposibilidad de subsanación de la prueba ilícita 297
5. Análisis del alcance anulatorio de la prueba ilícita 301
 - 5.1. Discusión acerca del significado de la expresión “directa o indirectamente” ex art. 11.1 LOPJ..... 301
 - 5.2. El problema de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita) y su falta de incorporación normativa en el art. 11 . 1 LOPJ 303

5.2.1. Origen y evolución de la <i>fruit of the poisonous tree doctrine</i> en la jurisprudencia norteamericana.....	303
5.2.2. Su falta de incorporación normativa en el art. 11.1 LOPJ.....	307
5.2.3. Alcance anulatorio de la prueba ilícita según la LOPJ.....	310
6. Estudio de un caso particular a modo de conclusión	313
7. Bibliografía	315

PROBLEMAS DE LA DENUNCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL

1. Precisiones previas	319
2. La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal	322
2.1. Primera tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de exclusión probatoria.....	322
2.2. Segunda tesis: el art. 11.1 LOPJ como norma de valoración probatoria	325
3. Opinión personal: <i>in medio virtus</i>	327

E. SOBRE LA PRUEBA PERICIAL Y DOCUMENTAL

LA DINÁMICA DE LA PRUEBA PERICIAL

1. Introducción: crítica a la actual regulación de la prueba pericial.....	331
2. Naturaleza jurídica de la prueba pericial	333
3. Necesidad y objeto de la prueba pericial.....	336
4. El perito	339
4.1. Concepto y distinción con figuras afines.....	339
4.1.1. Concepto de perito	339
4.1.2. Distinción con figuras afines	340
4.2. La capacidad del perito	344
4.2.1. Del perito de parte	344
4.2.2. Del perito judicialmente designado	344
4.3. Derechos y deberes del perito	346
4.3.1. Derechos del perito.....	346
4.3.2. Deberes del perito	346
4.4. La responsabilidad del perito	349
4.4.1. Introducción.....	349
4.4.2. La responsabilidad penal	350

4.4.3. La responsabilidad civil	351
4.4.4. La responsabilidad disciplinaria	353
4.5. La imparcialidad del perito: la tacha y la recusación	354
4.5.1. Introducción: valoración crítica de la nueva LEC	354
4.5.2. La tacha del perito de parte	355
4.5.3. La recusación del perito judicialmente designado	357
5. La aportación del dictamen pericial	363
5.1. Introducción	363
5.2. Los dictámenes periciales de parte	365
5.2.1. La aportación previa: la prueba pericial anticipada	365
5.2.2. La aportación inicial con la demanda y contestación	366
5.2.3. La aportación posterior	371
5.3. Los dictámenes periciales realizados por un perito judicialmente designado	373
5.3.1. Introducción	373
5.3.2. El problema de la compatibilidad de dictámenes periciales. ¿Qué pericia es preferible?	374
5.3.3. El dictamen del perito judicialmente designado en el juicio verbal	379
5.3.4. Procedimiento para la designación judicial del perito	379
5.4. La aportación del dictamen como diligencia final	388
6. La intervención de las partes en la realización del dictamen pericial	389
7. La contradicción del dictamen pericial	392
7.1. En la contestación a la demanda	392
7.2. En la audiencia previa	392
7.3. En el juicio o vista	393
7.4. En las conclusiones	400
8. Recursos contra la denegación o falta de práctica de la prueba pericia	401
8.1. Introducción	401
8.2. Recursos en primera instancia	402
8.2.1. En el procedimiento ordinario	402
8.2.2. En el juicio verbal	403
8.3. El recurso de apelación	404
8.3.1. Por inadmisión o no práctica de la prueba pericial	404

8.3.2. Por errónea valoración de la prueba pericial.....	406
8.4. El recurso extraordinario por infracción procesal	407
8.5. El recurso de amparo	412
9. Valoración e impugnación del dictamen pericial.....	413
10. El coste de la pericia	416
11. Bibliografía	418
LOS PERITOS JUDICIALES Y SU DEBIDA INDEPENDENCIA	423
1. Planteamiento del tema	423
2. La independencia e imparcialidad judicial	423
3. ¿Es posible trasladar el concepto de la independencia del juez a la del perito judicial?	428
4. Condiciones necesarias para la verdadera independencia de los peritos judiciales	430
4.1. El perito no debe estar subordinado a nadie, sino solo a sus propios conocimientos especializados.....	430
4.2. Deben preverse mecanismos eficaces para que el perito pueda denunciar cualquier posible ataque a su independencia.....	434
5. Reflexión final	435
6. Anexos.....	435
A) “GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS DE LA PERICIA JUDICIAL CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA” DE L’EUROPEAN EXPERTISE & EXPERT INSTITUTE APROBADAS EN APROBADA EN OCTUBRE DE 2015	436
B) “LÍNEAS DIRECTRICES SOBRE EL PAPEL DE LOS PERITOS NOMBRADOS POR UN TRIBUNAL EN LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA” DE LA COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA —CEPEJ—, APROBADAS EL 12 DE DICIEMBRE DE 2014.....	437
C) “RECOMENDACIONES DE BUENAS PRÁCTICAS JURISDICCIONALES DE LA CORTE DE CASACIÓN FRANCESA SOBRE PERICIAS JUDICIALES CIVILES” APROBADAS EL 15 Y 16 DE NOVIEMBRE 2007	438
CONDICIONES MÍNIMAS PARA QUE LA PRUEBA PERICIAL RESPETE EL PRINCIPIO DE ORALIDAD	441
1. Introducción: exigencias mínimas para calificar a un proceso civil como “oral”	441
2. Formas de aportarse los dictámenes periciales.....	443

3. Condiciones mínimas para que la prueba pericial respete el principio de oralidad	445
4. Libertad de valoración del dictamen pericial. Especial atención al problema de la prueba científica	447
5. Alcance de la oralidad en la prueba pericial	452
6. Precauciones en la declaración oral del perito	454
7. Conclusiones	456
8. Orientación bibliográfica.....	456

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LAS NORMAS MÍNIMAS COMUNES DEL PROCESO CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PRUEBA PERICIAL..... 461

1. Introducción.....	461
2. Valoración general de las normas mínimas comunes: el inexplicable olvido de la ejecución civil	461
3. La iniciativa del juez civil respecto de la prueba pericial.....	463
4. La independencia pericial	464
5. Conclusión.....	465

LA CORRESPONDENCIA PRIVADA ENTRE ABOGADOS COMO PRUEBA JUDICIAL: UN VIAJE COMPARATIVO 467

1. Introducción.....	467
2. Primera parte: el derecho constitucional a la prueba	469
2.1. El derecho a la prueba está recogido en la Constitución del país	469
2.2. El derecho a la prueba no está recogido en la Constitución, pero sí en el derecho a un juicio justo o al debido proceso	470
3. Segunda parte: niveles de protección jurídica de la correspondencia privada entre abogados	475
3.1. La correspondencia entre abogados es siempre confidencial, incluidas las negociaciones y los procedimientos de mediación	476
3.2. La correspondencia entre abogados es confidencial, pero solo para las negociaciones de conciliación.....	478
3.3. La correspondencia entre abogados está protegida, pero solo para los procedimientos de mediación	479
3.4. La protección del secreto profesional corresponde a la correspondencia entre cliente y abogado.....	480
3.5. La correspondencia entre abogados no es confidencial, pero el abogado tiene derecho a negarse a revelarlas	481

3.6. La correspondencia entre abogados no es confidencial.....	481
4. Tercera parte: ¿existe la posibilidad legal de llevar a juicio documentación privada entre abogados?.....	482
4.1. El abogado tiene derecho a aportar la correspondencia entre abogados a un procedimiento judicial según su criterio o según el del cliente	482
4.2. Un abogado tiene derecho a aportar correspondencia entre abogados a un procedimiento judicial en determinadas circunstancias o cuando lo autorice o requiera un tercero (por ejemplo, el propio tribunal, el Colegio de Abogados, etc.).....	483
4.3. Está prohibido que un abogado aporte correspondencia entre abogados a un procedimiento judicial	485
5. Cuarta parte: consecuencias procesales de la infracción del deber de aportar documentación privada entre abogados al proceso judicial	486
5.1. El tribunal puede excluir/no admitir dichas pruebas	487
5.2. El tribunal no valorará dichas pruebas.....	488
5.3. El tribunal aceptará dichas pruebas, aunque estén prohibidas por normas éticas	488
6. Conclusión	489
7. Agradecimientos.....	490
8. Bibliografía	490
LA PRUEBA DOCUMENTAL	495
I. CONCEPTO	495
II. TIPOS DE DOCUMENTOS	496
III. LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS	496
1. Tipología.....	496
2. Modo de aportación de los documentos públicos	499
3. Fuerza probatoria de los documentos públicos	504
4. Impugnación del documento público.....	506
5. Documentos públicos extranjeros.....	508
IV. LOS DOCUMENTOS PRIVADOS	510
1. Concepto	510
2. Modo de aportación de los documentos privados	510
3. La regla de abstracción procesal	516
4. Fuerza probatoria de los documentos privados	516

CONTENIDO

V. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS: EL “DEBER” DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.....	519
1. El “deber” de exhibición documental entre partes.....	519
2. La exhibición documental por terceras personas	521
3. La exhibición documental de entidades oficiales	522
VI. LOS DOCUMENTOS EN LENGUA EXTRANJERA	524
VII. LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES	527
VIII. LOS SOPORTES DOCUMENTALES DIGITALES	528
IX. EL DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE	531

F. INTERROGATORIO DE PARTES Y TESTIGOS

LA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE LAS PARTES	537
I. CONCEPTO Y SUJETOS DEL INTERROGATORIO	537
1. Concepto	537
2. Interrogatorio de la propia parte.....	538
3. Interrogatorio del colitigante.....	539
4. Interrogatorio del sustituido procesal.....	541
5. Interrogatorio en caso de personas sin capacidad procesal.....	541
6. Interrogatorio del abogado.....	542
7. Interrogatorio de la persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica	544
8. El interrogatorio de las personas públicas.....	546
9. Interrogatorio de terceros	546
II. CONTENIDO DEL INTERROGATORIO Y ADMISIÓN DE LAS PREGUNTAS	549
III. IMPUGNACIÓN DE LAS PREGUNTAS QUE SE FORMULEN	551
1. Impugnación de las preguntas admitidas	551
2. Impugnación de las preguntas denegadas.....	552
IV. INCOMPARECENCIA Y ADMISIÓN TÁCITA DE LOS HECHOS: LA FICTA ADMISSIO	552
V. MODO DE RESPONDER AL INTERROGATORIO	553
VI. FACULTADES DEL TRIBUNAL E INTERVENCIÓN DE ABOGADOS. INTERROGATORIO CRUZADO	556
VII. EL INTERROGATORIO DOMICILIARIO	558
VIII. INTERROGATORIO POR VÍA DE AUXILIO JUDICIAL.....	559
IX. VALORACIÓN DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES	565

LA PRUEBA TESTIFICAL	567
1. Concepto	567
2. Idoneidad para ser testigos	567
2.1. Regla general	567
2.2. Excepciones a la regla general	568
2.2.1. Las personas que se hallen permanentemente privadas de razón	568
2.2.2. Las personas que se hallen permanentemente privadas del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimientos por dichos sentidos.....	570
2.2.3. Los menores de catorce años que, a juicio del tribunal, no posean el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente	571
2.3. La declaración testifical del abogado.....	573
2.3.1. Cuando el abogado no es letrado de ninguna de las partes	574
2.3.2. Del propio abogado.....	575
2.3.3. Del abogado de la parte contraria.....	577
2.4. La declaración testifical del detective privado	577
2.5. Declaración testifical a cargo de personas jurídicas y entidades públicas	580
2.6. Declaración testifical a cargo de personas con deber de guardar secreto	582
3. Proposición de la prueba y designación de los testigos.....	588
4. Limitación del número de testigos.....	589
5. La declaración de los testigos.....	591
5.1. La citación del testigo y el deber de comparecer.....	591
5.2. Modo de declarar el testigo	591
5.3. El juramento o promesa de decir verdad	593
5.4. Las preguntas generales al testigo	594
5.5. Contenido y admisibilidad de las preguntas	594
5.6. Impugnación de la admisión o inadmisión de las preguntas.....	596
5.7. Las respuestas a las preguntas admitidas.....	598
5.8. El testigo-perito.....	599
6. Intervención de las partes en el interrogatorio y su ampliación	600
7. Careo entre testigos y entre estos y las partes.....	600

8.	Modo de consignar las declaraciones testificales	602
9.	Indemnizaciones a los testigos.....	602
10.	Declaración domiciliaria del testigo.....	603
11.	Las tachas de los testigos.....	606
11.1.	Concepto y causas	606
11.2.	Tiempo y modo de formulación de la tacha.....	607
11.3.	Prueba y oposición sobre las tachas	608
12.	Valoración de las declaraciones de testigos	610
13.	Protección del derecho a la prueba testifical	614
13.1.	En primera instancia.....	614
13.2.	En segunda instancia.....	616
13.2.1.	Control frente a la inadmisión o falta de práctica de la prueba testifical admitida	616
13.2.2.	Control frente a la errónea valoración	618
13.3.	El recurso extraordinario por infracción procesal	624
13.4.	No procede el recurso de casación	626
13.5.	El recurso de amparo	627
	EXAMEN DE UN NUEVO MÉTODO DE DETECCIÓN JUDICIAL DE LA MENTIRA.....	631
1.	Marco teórico.....	631
2.	Experiencia judicial.....	636
3.	Planteamiento práctico: ensayo clínico	637
3.1.	Introducción.....	637
3.2.	Material, método y resultados	638
	EL ABOGADO COMO SUJETO DEL INTERROGATORIO EN EL PROCESO CIVIL	641
1.	Introducción.....	641
2.	Interrogatorio testifical del abogado cuando este no es letrado de ninguna de las partes.....	642
3.	Interrogatorio testifical del propio abogado	644
4.	Interrogatorio testifical del abogado de la parte contraria	646
5.	Interrogatorio del abogado como parte —especial problemática cuando la parte es una persona jurídica—	645

A María y a Fernando, mis padres, por darme la vida.
A mi tía Roser, por hacerme la vida más feliz y tranquila.
A Claudia, por toda una vida disfrutada junto a ella.

A mis maestros, los profesores M.^a Victoria Berzosa Francos y
Manuel Cachón Cadenas, por guiarme en mi vida académica.
Y a mi otro maestro en el derecho probatorio,
el profesor Luis Muñoz Sabaté por enseñarme
el arte de la prueba judicial.

A mis queridos discípulos,
por enriquecer mi vida investigadora con sus estudios.

Y a mis queridos estudiantes,
por alegrar mi vida docente.

PRÓLOGO

TODO EMPEZÓ LA MAÑANA del martes 7 de febrero de 2023, cuando el profesor Pedro Paulino Grández, un ilustre jurista peruano, catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entró en mi despacho de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Vino a verme no tanto en su condición académica, sino como director fundador de la editorial jurídica Palestra Editores, que ya conocía por su magnífica “Biblioteca de Derecho Procesal” iniciada por el amigo Juan Monroy Gálvez. Y me formuló un proyecto que nunca me había propuesto: recopilar mis principales trabajos realizados en estos más de treinta años de dedicación al estudio del derecho procesal. Nunca pensé que ello fuera necesario, pues están fácilmente al alcance de cualquier jurista, acudiendo a un lugar que desgraciadamente cada vez se frecuenta menos: las bibliotecas. Pero me razonó que ello era cierto para los juristas europeos, pero no tanto para los latinoamericanos, a los que en demasiadas ocasiones les es costoso acceder a las fuentes bibliográficas originales. Además, la pasión y empeño que puso en su proyecto acabó de convencerme. A partir de ahí, inicié un trabajo de búsqueda y selección de estudios que consideré podían ser de interés y preparé un listado de trabajos científicos que la editorial Palestra valoró publicar en esta nueva colección que se inaugura “Diálogos Europa-América”, pensada para juristas que ofrecen obras que se pueden leer en ambos lados del Atlántico. Mis “Estudios sobre el proceso y la justicia” se agrupan en tres volúmenes: el primero, dedicado a los principios del proceso y a la formación de los abogados; el segundo, destinado al examen de diversos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva; y el tercero, sobre derecho probatorio.

Mi relación con el derecho probatorio se inicia a finales del siglo pasado, cuando mi maestra —la querida profesora M.^a Victoria Berzosa Francos— me sugiere realizar la tesis doctoral sobre el derecho a la prueba en el proceso civil. Ello me permitió rápidamente relacionarme con quien, poco después sería mi gran maestro en el derecho probatorio, el querido profesor Luis Muñoz Sabaté. Ambos, junto al profesor Manuel Cachón Cadenas, han sido los que me han guiado —y siguen haciéndolo— en mi actividad científica, y a los que dedico esta obra.

En este tercer volumen que, como he indicado, se dedica a estudios sobre derecho probatorio, aparecen veinticuatro aportaciones científicas en torno a seis ejes temáticos: cuestiones generales sobre prueba judicial, la iniciativa probatoria del juez, la carga y valoración de la prueba, la ilicitud de la prueba, las pruebas pericial y documental y, finalmente, las pruebas de interrogatorio de las partes y de testigos.

Con referencia al primero ellos, las cuestiones generales sobre la prueba judicial, debo destacar tres recientes estudios: a) el primero es “El derecho a la prueba: un valor en expansión”, que supone una puesta al día de mi tesis doctoral de 1996 sobre el derecho a la prueba en el proceso civil, y que mereció el “Premio extraordinario de Doctorado de la Universitat de Barcelona” (un trabajo previo sobre la materia de 1994 ya había obtenido el “Premio Nacional Doctor Couder” de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia). En el presente estudio se expone la influencia que este derecho fundamental supone para todo el derecho probatorio; b) El segundo trabajo es el titulado “Cuestiones problemáticas del derecho probatorio” que, con el título “Current Situations and Problems regarding New Types of Evidence”, constituyó la Ponencia General que presenté en el “XVI World Congress on Procedural Law” de la *International Association of Procedural Law*, en Japón (Kobe) del 2 a 5 de noviembre de 2019. Para su realización tuve el honor de coordinar un equipo de 32 profesores de 27 nacionalidades de los cinco continentes, y el estudio se publicó igualmente en la obra *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*¹. Los resultados más relevantes de este estudio son el examen de cómo las nuevas tecnologías impactan en el derecho probatorio, y ello se manifiesta especialmente en dos ámbitos: las nuevas tecnologías como objeto de prueba y las nuevas tecnologías como mecanismo facilitador de la prueba. En el primer ámbito, lo cierto es que la nueva realidad tecnológica, cuando deviene litigiosa, genera una especial problemática en el campo probatorio: así, por ejemplo, los conflictos

¹ Joan Picó y Junoy, “The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution”, en *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*, dirigida por Koichi Miki, 477-518 (Cambridge: Intersentia, 2021).

derivados del “internet de las cosas” (IoT), los *smart contracts* o la contratación internacional *online*. Y en el segundo ámbito, los avances tecnológicos ofrecen al juez diversos instrumentos dirigidos a facilitar su convencimiento de los hechos litigiosos y darlos por probados: aquí, por ejemplo, encontramos los algoritmos matemáticos que integran la inteligencia artificial y que pueden coadyuvar a la función probatoria del juez; la neurociencia como vía para dar mayor o menor credibilidad a las declaraciones de todas las personas que declaran en presencia judicial (desde las propias partes, a los testigos y peritos); los nuevos sistemas de firma de los contratos electrónicos, etc.; y c) El tercer estudio que quiero poner de relieve es el referente a la “virtual justice” o a los juicios *online*, que tuve la ocasión de preparar durante mi estancia de investigación en la *Stanford University*, y donde tuve el honor de impartir en abril de 2021 —junto a mi compañero y amigo el profesor Juan Antonio Andino— un curso sobre *Comparative Evidence Law*. Pese a que hoy en día los juicios realizados a través de plataformas digitales (Zoom, Google Meet, Microsoft Teams, etc.) son una realidad imparable e *in crescendo*, en este estudio denuncié cómo las garantías constitucionales del debido proceso —como la defensa, la publicidad y, especialmente, la intermediación— se ven comprometidas.

La iniciativa probatoria del juez constituye el segundo bloque de estudios de este volumen. Aquí quiero poner de relieve el trabajo sobre la falsedad del argumento histórico de la negativa a atribuir dicha iniciativa al juez debido al brocardo *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, que me encargó de desmontar con el manejo directo de las originales fuentes históricas. Un estudio más amplio sobre la materia lo constituye mi monografía “El juez y la prueba” (publicada recientemente en Perú también por la editorial Palestra), respecto de la cual el profesor Michele Taruffo, en su recensión en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*², afirma que su autor

[...] con la escrupulosidad de un historiador efectúa una preciosa e importante obra al menos por tres razones: por una lado, aporta datos cognoscitivos muy relevantes desde la perspectiva histórica de un tema esencial del proceso civil en Europa; por otro lado, demuestra como por más de un siglo esta historia se ha caracterizado por un error muy grave; y en fin, demuestra como el principio de la disponibilidad de las pruebas, con el consecuente vínculo del juez al *probata partium*, no tiene ninguna legitimación histórica.

² Michele Taruffo, “Recensione a Picó i Junoy, Joan, El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo ‘iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam’ y su repercusión actual”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* LXII, N.º 4 (2008): 1402-1404.

El tercer bloque temático incide sobre la carga y la valoración de la prueba, y al respecto quiero llamar la atención de los siguientes tres estudios: a) el primero sobre la posibilidad de crear una tabla periódica de los indicios. Como es bien sabido, la tabla periódica de los elementos ha permitido sistematizar los diversos elementos químicos en función de sus propias características, lo que ha facilitado el avance de este ámbito de la ciencia. De manera similar a lo que sucede en la química, me planteé si es posible idear una tabla periódica de los indicios que nos permita incluir determinados elementos indiciarios como los característicos que evidencian la existencia de determinados hechos, y darles un valor específico en función de su fuerza probatoria, lo que, sin duda, facilitaría la labor de enjuiciamiento de los jueces. Y pensé hacerlo respecto de un hecho subjetivo de muy difícil prueba: la simulación de los contratos. Para ello era necesario hacer un listado —a modo de inventario— de los indicios (ello lo había ya realizado eruditamente el profesor Muñoz Sabaté en varios de sus estudios); analizar cuáles eran los más frecuentemente utilizados por los tribunales para dar por probada la simulación, examen que realicé estudiando la jurisprudencia los tribunales españoles más representativos durante un periodo determinado de tiempo, y otorgar un valor a dichos indicios en función de la frecuencia de su uso judicial. El segundo estudio analiza la flexibilización de la carga de la prueba a través de los criterios hermenéuticos de la disponibilidad y facilidad probatoria del vigente art. 217.7 LEC española. Se trata de un tema complejo y de gran actualidad en Iberoamérica a raíz de la asunción legal de la denominada por Jorge Peyrano “carga dinámica de la prueba”, como sucede, por ejemplo, con el art. 373 del Código Procesal Civil brasileño de 2015, o el art. 67 del Código General del Proceso colombiano de 2012. Y, finalmente, el tercer estudio analiza la problemática revisión de la prueba en segunda instancia por un tribunal que no ha inmediateado en la práctica de esta prueba. Por parte de cierta doctrina, y algunos tribunales, se ha considerado que el recurso de apelación, en un proceso civil inspirado por el principio de oralidad en la práctica de la prueba, no puede ser un instrumento para desvirtuar la valoración judicial de la prueba llevada a cabo en primera instancia pues ello supondría vulnerar el principio de inmediateación. Este estudio se centra en demostrar la incorrección de este planteamiento que, de forma peligrosa, está desnaturalizando la tradicional configuración de la apelación como una plena *revisio prioris instantiae*. Para ello, tras una breve aproximación al alcance y fundamento del principio de inmediateación, examino críticamente los argumentos que fundamentan dicha doctrina para, finalmente, buscar el punto de equilibrio en el que, permitiendo la máxima amplitud del recurso de apelación se respete la vigencia del principio de inmediateación del juicio de primera instancia.

La ilicitud de la prueba centra la atención del cuarto bloque temático de estudios del presente volumen. Y la verdad es que se lo merece, pues estamos ante una institución que tiene tantos admiradores como detractores. Por ello, no es de extrañar, como demuestro en uno de los estudios, que ni Michele Taruffo se atreviese expresamente a dar un concepto de prueba ilícita, aunque llegó a mantener un alcance restringido del mismo debido a dos ideas que conformaron gran parte de su pensamiento científico: la búsqueda de la verdad como meta de todo proceso y el derecho a la prueba como parte fundamental integrante de la garantía constitucional de la defensa procesal de los litigantes. Las múltiples dudas que comporta la admisión de la prueba ilícita, con sus devastadores efectos heurísticos, ha conducido a una deriva jurisprudencial de los tribunales españoles a favor de la reducción al máximo de su ámbito de aplicación (y buena muestra de ello es la última sentencia del Tribunal Constitucional, la 97/2019, de 16 de julio). Sobre esta temática deseo destacar el estudio “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas” que mereció el “I Premio Antonio Maura” (1996) para conmemorar el IV Centenario de la fundación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, lo que da cuenta de la importancia que la materia analizada tiene para el mundo de la abogacía. Y lo cierto es que el tema de la prueba ilícita, crucial para el derecho probatorio, plantea complejas realidades —normativas y jurisprudenciales— que obligan al procesalista a estar permanente al día. En este trabajo se examina el difícil enlace entre el derecho fundamental a la prueba y la prueba ilícita (como figura de exclusión del material probatorio valorable por el juez), y se formula (a través de un ejemplo práctico) una reflexión crítica sobre el alcance anulatorio de la prueba ilícita, esto es, de sus efectos reflejos.

El quinto bloque temático se dedica a las pruebas documentales y periciales. Respecto de la primera, debo advertir al lector del estudio referente al complejo tema de la correspondencia privada que se entregan los abogados en cualquier negociación previa al proceso y luego se aporta como prueba judicial, recientemente publicado³ y que expresamente se ha traducido al español para este volumen. Y con referencia a la prueba pericial, de la rica problemática que plantea la aportación jurisdiccional del conocimiento científico del que carece el juez, deseo hacer hincapié en dos estudios: uno que analiza cómo conjugar esta prueba eminentemente escrita con el principio de oralidad que inspira los actuales procesos civiles; y otro sobre la independencia pericial que, a pesar de no estar expresamente recogida en los textos legales, es una exigencia de la debida efectividad de la tutela judicial. Como es sabido, la independencia del juez comporta su pleno sometimiento

³ Joan Picó i Junoy y Juan Antonio Andino López, “Private communication between lawyers as evidence in a judicial process: A comparative journey”, *Journal of Evidence and Proof* 26 (enero 2022): 61-81.

a la ley y, para ello, requiere un conocimiento preciso de los hechos que debe enjuiciar. En la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado precisará del auxilio pericial. En consecuencia, la falta de independencia del perito, indirectamente, incide sobre la independencia del juez, que podrá estar actuando, aún sin saberlo, bajo la presión o intervención espuria de poderes externos. Como advirtió Damaska, al concluir su estudio “Evidence Law Adrift” (El derecho probatorio a la deriva):

[...] un síntoma del problema que se avecina es la creciente preocupación respecto de la función del perito designado por el tribunal continental. Incluso los jueces, a menudo, son incapaces de entender sus misteriosos informes. Se está extendiendo el miedo de que encubiertamente los tribunales están delegando su poder de decisión a un extraño sin legitimidad política. ¿Se está convirtiendo el servidor aparente del juez en su amo oculto?⁴

Si ello es así, como advierto en este estudio, es claro que la falta de control de la actividad del perito, esto es, su pérdida de independencia, comporta, en última instancia, un ataque a la necesaria independencia judicial, lo que es necesario evitar.

Finalmente, los estudios sobre el interrogatorio de los litigantes y testigos centran la atención de la parte final de este volumen. De los diferentes trabajos que podrá leer el lector quiero solo señalar dos: el primero, un ensayo clínico que realicé sobre un método científico presuntamente capaz de detectar la mendacidad en quien declara; y el segundo, que analiza la posibilidad de que un abogado declare en juicio como testigo (en la triple situación de que no sea el abogado de ninguna de las partes, sea el abogado de la parte que pide su declaración o sea el abogado de la parte contraria) o declare como parte (con especial atención a la problemática de la declaración de las personas jurídicas).

Barcelona, 8 de julio de 2023

Joan Picó i Junoy

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

⁴ Mirjan Damaska, *El derecho probatorio a la deriva*, traducción de Joan Picó i Junoy (Madrid: Marcial Pons, 2015), 215.

A. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

EL DERECHO A LA PRUEBA: UN VALOR EN EXPANSIÓN

1. Reconocimiento constitucional del derecho a la prueba

El derecho a la prueba es una de las garantías fundamentales del debido proceso, amparado expresamente tanto en la Constitución española (CE) como en otros textos constitucionales latinoamericanos, aunque con distinta intensidad:

- a. El art. 24 de la Constitución española (CE) indica que “Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.
- b. El art. 94 de la reciente 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 siguiente: [...] c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido”.
- c. El art. 20.B.IV de la Constitución mexicana afirma: “De los derechos de toda persona imputada: [...] Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley”.
- d. El art. 29 de la Constitución colombiana prescribe “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso

* Publicado en *La Ley Probática*, N.º 8 (2022): 1-22 (y una versión anterior, con el título “El derecho constitucional a la prueba”, en *La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos*, dirigido por Joan Picó i Junoy, Juan Mendoza Díaz y Ariel Mantecon Ramos (Barcelona: J. M.ª Bosch Editor, 2021), 19-60.

público sin dilaciones injustificadas; 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”.

- e. Y 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”¹.

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 proceso²⁻³.

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 Derecho Humanos (CEDH)⁴—

¹ Sin embargo, el derecho a la prueba no lo encontramos expresamente previsto en otras importantes constituciones europeas, como la de Alemania, Italia, Francia o Portugal —por poner solo unos ejemplos— o latinoamericanas, como la chilena, la argentina o la brasileña.

² Lo que ha merecido el estudio de la doctrina procesal europea y latinoamericana. En España destaca Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona: J. M.ª Bosch, 1996), y recientemente J. A. Andino López, “Breve estudio comparativo del derecho constitucional a la prueba”, *La Ley*, N.º 9533 (diciembre de 2019): 29-34; en Alemania el libro de M. Nissen, *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019); en Francia la monografía de A. Bergeaud, *Le droit a la preuve* (Paris: LGDJ-Lextenso, 2010), y los estudios de G. Lardeux, “Le droit à la preuve: tentative de systématisation”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, N.º 1 (2017): 1-26, Walter Perrot, “Le droit a la preuve”, en *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, ed. P. Gilles (Bielefeld: Gieseck Verlag, 1983), 91-114, y Gilles Goubeaux, “Le droit a la preuve”, en *La preuve en droit*, dirs. Ch. Perelman y P. Foriers (Bruxelles: Émile Bruylant, 1981), 277 y ss.; y en Italia el célebre estudio, que todavía sigue vigente, de M. Taruffo, “Il diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale* XXXIX, N.º 4 (1984): 74-120. De igual modo, respecto a Latinoamérica pueden consultarse las monografías de Reynaldo Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2.ª ed. (Santiago de Chile: Jurídicas Olejnik, 2018); Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001), Gustavo Adolfo Domínguez Florido, *El derecho a la prueba y su interpretación en el contexto constitucional* (Caracas: Académica Española, 2019); A. Mantecón Ramos, *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil* (La Habana: Ediciones ONBC, 2010); y L. B. Ruiz Jaramillo, *La prueba como derecho en el Código General del Proceso* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

³ Y le da autonomía propia frente a otros derechos, como los referentes a la tutela judicial efectiva y a la defensa. Sin embargo, la jurisprudencia suele relacionarlos: así, por ejemplo, tanto el TC como el TS, en reiteradas ocasiones (entre las últimas *vid.* la STS 899/2021, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4870; o la STC 121/2021, de 2 de junio) han afirmado que el derecho a la prueba “presenta una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como con el derecho a la defensa (art. 24.2 CE) del que es realmente inseparable”.

⁴ Como advierte Bujosa Vadelll “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

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”.

Antes de entrar en el examen del derecho a la prueba, como advierte Picó i Junoy respecto del derecho español, y de acuerdo a la doctrina del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemán), todos los derechos fundamentales tienen un doble carácter (objetivo y subjetivo), por lo que el derecho a la prueba:

- a. 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. b) Y, en segundo lugar, desde su vertiente subjetiva, se atribuye al litigante el poder de ejercitarlo en cualquier proceso, así como de reclamar su debida protección⁶.

Por ello, 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.

2. Aspecto objetivo del derecho a la prueba

Como acabamos de indicar, 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—, así como también a las partes⁷. Esta configuración objetiva del derecho a la prueba comporta las siguientes cuatro consecuencias que pasamos a analizar: 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

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*, dir. Joan Picó i Junoy (Barcelona: J. M.ª Bosch, 2017), 52.

⁵ Con referencia al derecho a la prueba como parte del “debido proceso” del art. 8 CADH consultar Osvaldo Gozáini, *El debido proceso* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004), 399-403.

⁶ Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba...*, *ob. cit.*, 17-18; y *Las garantías constitucionales del proceso*, 2.ª ed. (Barcelona: J. M.ª Bosch, 2012), 24.

⁷ En este sentido, respecto del ordenamiento español, se pronuncian los arts. 91.1 y 53.1 CE.

la eficacia del derecho a la prueba; c) la subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria; y d) la irrenunciabilidad del derecho.

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*)⁸. Y en este sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional español: así, por ejemplo, en su sentencia (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 denegatoria 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 la práctica de una prueba apelando a intereses indudablemente dignos de tutela, pero de rango subordinado, como la más eficaz y pronta resolución de los procesos judiciales”; y la STC 1/1992, de 13 de enero, afirma que el derecho a la prueba “al haber sido constitucionalizado impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deban los tribunales de justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo”⁹.

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 implica, además, que los límites legales a su ejercicio deban interpretarse de forma restrictiva. Así, por ejemplo, la STC 60/2007, de 26 de marzo, ante la posible aplicación de dos

⁸ Y ello es especialmente relevante para evitar que se impida el acceso al proceso de los avances de la ciencia respecto a los modernos medios de averiguación de los hechos. Para un estudio de esta realidad normativa en 32 Estados, consultar Joan Picó i Junoy, “The new challenges of evidence law in the fourth industrial revolution”, en *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*, ed. K. Miki (Cambridge: Intersentia, 2021), 479-518.

⁹ 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.

normas contradictorias, impuso al juzgador de instancia la necesidad de elegir la menos restrictiva para el ejercicio del derecho a la prueba¹⁰.

Al igual que sucede para el resto de derechos fundamentales, la limitación de la eficacia del derecho a la prueba debe realizarse mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o deniegue la prueba solicitada. De manera concluyente, la STC 236/2002, de 9 de diciembre, establece que este 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”¹¹.

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 contraria¹². Así el TC, reiteradamente, destaca que el derecho a la efectividad de la tutela judicial, 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 reparación, si ello no supone una ruptura de la regularidad del proceso¹³. En consecuencia, los defectos subsanables no pueden convertirse en insubsanables por inactividad del órgano jurisdiccional, debiendo este 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.

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 la prueba, siempre que ello no comporte vulneración de otra garantía constitucional del proceso de la contraparte: así, por ejemplo, debe permitirse la subsanación de aquella pregunta que se formule a la parte contraria,

¹⁰ *Vid.* también la STC 140/2000, de 29 de mayo.

¹¹ En este sentido, *vid.* también las SSTC 60/2007, de 26 de marzo; 35/1997, de 25 de febrero; 1/1996, de 15 de enero; 94/1992, de 11 de junio; 52/1989, de 22 de febrero; o la 149/1987, de 30 de octubre.

¹² Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, *ob. cit.*, 67-69.

¹³ *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.

a un testigo o a un perito, y que el tribunal entienda que no es del todo precisa o clara; pero no puede admitirse, una vez iniciado el proceso, la aportación de documentos ya conocidos y poseídos con anterioridad, pues ello comprometería el derecho de defensa de la parte contraria¹⁴.

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 objeto de negociación privada por los particulares¹⁵, lo que conduce a que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo. Como bien indicó la STC 19/1985, de 13 de febrero, “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto”¹⁶.

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

¹⁴ Al menos en aquellos sistemas procesales civiles en los que es obligatoria la aportación inicial de todos los documentos fundamentales para que las partes puedan defenderse en el proceso como estimen conveniente.

¹⁵ En este sentido, Luis Aguilar De Luque, 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 desdenadas. 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)” (“Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 14 (enero-abril de 1993): 33. Y, de igual modo, J. F. López Aguilar, *Derechos fundamentales y libertad negocial* (Madrid: Ministerio de Justicia, 1990), 121; J. Alfaro Aguila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil* 46, N.º 1 (1993): 96 y ss.; y Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, *ob. cit.*, 34-35.

¹⁶ Y, de igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo español (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”.

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”¹⁷.

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, 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.

La constitucionalización del derecho a la prueba incide directamente sobre el alcance de los pactos procesales probatorios. Ello no significa que no sean posibles, pues todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deben ser bienvenidos¹⁸. 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 tutela¹⁹. Seguidamente, pasamos a analizar las hipótesis de posibles —o imposibles— pactos privados probatorios.

a) Pactos sobre iniciativa probatoria

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

¹⁷ Al respecto, A. P. Cabral, *Convenções processuais. Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 3.ª ed. (Salvador: Juspodium, 2020); P. H. Nogueira y A. P. Cabral (coords.), *Negócios processuais*, 4.ª ed. (Salvador: Juspodium, 2019); L. M. S. Barreiros, *Convenções processuais e poder público* (Salvador: Juspodium, 2017); A. C. Cordeiro, *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento* (Curitiba: Juruá, 2017); R. Godinho, *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil* (São Paulo: Revista do Tribunais, 2015); y los diversos estudios publicados en la obra coordinada por Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani, *Convenciones procesales* (Lima: Racuel, 2015).

¹⁸ Ll. Muñoz Sabate, *Las cláusulas procesales en la contratación privada* (Barcelona: Bosch, 1988), 63.

¹⁹ Para una visión crítica, en el ámbito probatorio, de los pactos procesales, Joan Picó i Junoy, “A vueltas con los pactos procesales probatorios”, en *Evidence in the process. La prueba en el proceso* (Barcelona: Atelier, 2018), 667-677; *idem*, “Cuestiones problemáticas del derecho probatorio”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º 1 (2020): 351-354.

admitirse que en aquellos ordenamientos que no prevén la iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes pactar la atribución de dicha iniciativa²⁰, pues ello permitiría una mayor actividad probatoria.

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 pedir la declaración de alguna persona como testigo. Partiendo de la citada vertiente objetiva del derecho fundamental a la prueba, entendemos 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 o la declaración judicial de un testigo, siendo la renuncia al ejercicio procesal de dicho derecho totalmente válido²¹. Más conflictivo se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en las leyes procesales: debido a la configuración legal de este derecho a la prueba²², si dicho pacto atenta a la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admitiera la validez de una prueba ilícita), pero si no la contradice, sería válido.

c) Pactos sobre carga de la prueba

Las reglas de juicio que integran el *onus probandi*, al ir dirigidas al juez, se encuentran fuera del ámbito de disponibilidad de las partes²³, por lo que cualquier pacto que las altere será nulo²⁴: así, por ejemplo, el que indicase que una de las partes del contrato deberá probar un determinado hecho, o el que determinase que, en caso de litigio, el comprador deberá probar los hechos A, B y C y el

²⁰ Como sucede, por ejemplo, con la mayoría de las leyes y reglamentos arbitrales.

²¹ En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho: 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—.

²² Reconocida en numerosas sentencias del TC: de entre las más recientes, consultar la STC 130/2017, de 13 de noviembre.

²³ X. Abel Lluch, *Derecho Probatorio* (Barcelona: J. M.ª Bosch, 2012), 401.

²⁴ R. Escaler Bascompte, *La carga de la prueba* (Barcelona: Atelier, 2017), 40, y X. Abel Lluch, *Derecho Probatorio, ob. cit.*, 401.

demandado los hechos D, E y F²⁵. Sin embargo, pueden considerarse válidos aquellos pactos referentes a qué parte tiene mayor facilidad o disponibilidad a una determinada fuente de prueba (siempre que el código procesal prevea una norma de flexibilización del *onus probandi* —como sucede, en España, con el art. 217.7 LEC—), si bien no vinculan al juez al efectuar su enjuiciamiento fáctico de los hechos litigiosos²⁶. Esta es la solución a la que ha llegado Brasil donde, como hemos 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”.

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 tiene²⁷. Al encontrarnos ante normas de *ius cogens*, todo pacto sobre valoración probatoria deberá reputarse nulo²⁸. Así, por ejemplo, el que contraviniera la prohibición legal de valorar pruebas ilícitas, el 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. Y 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 que 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.

En definitiva, como se ha justificado, los contratos o negocios procesales tienen un alcance muy limitado, y es lógico que así sea pues, en última instancia,

²⁵ Salvo, como es obvio, que el contenido de tales pactos coincidiese con lo previsto en las normas sobre carga de la prueba de cada código procesal.

²⁶ Ll. Muñoz Sabate, *Fundamentos de Prueba Judicial* (Barcelona: J. M.ª Bosch, 2001), 190-191; y *Las cláusulas...*, *ob. cit.*, 65; R. Escaler Bascompte, *ob. cit.*, 41-45; y Joan Picó i Junoy, “La facilidad y disponibilidad probatoria ex art. 217 LEC ¿En qué consisten?”, en *La prueba civil a debate judicial*, dirs. Joan Picó, Xavier Abel y Berta Pellicer (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 38-39.

²⁷ 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.*, 73).

²⁸ En la misma línea, *vid.* X. Abel Lluch, *ob. cit.*, 366.

no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al juez para que pueda formarse su justo enjuiciamiento de los hechos litigiosos, por lo que todo lo que sea limitar dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la concreta función jurisdiccional del juez.

3. Aspecto subjetivo del derecho a la prueba

Al margen de la configuración objetiva del derecho a la prueba, este tiene también un aspecto subjetivo, en la medida en que su ejercicio se atribuye a las partes, quienes libremente pueden o no ejercitarlo en el proceso²⁹.

3.1. Concepto de derecho a la prueba

El fenómeno de constitucionalización del derecho a la prueba que acabamos de analizar 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. Así se configura la prueba 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. En consecuencia, 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.

En función de lo antedicho, el derecho a la prueba ha sido definido 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”³⁰. Y en similares términos, en España, la STS 899/2021,

²⁹ En cualquier tipo de proceso jurisdiccional, y no solo en el penal. De manera rotunda, las recientes STS 899/2021, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4879) y STC 121/2021, de 2 de junio, nos recuerdan correctamente que el derecho a la prueba “opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado”.

³⁰ Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba...*, 18-19. Taruffo lo define como “el derecho de la parte de hacer valer todas las pruebas de que disponga al objeto de demostrar la verdad de los hechos de su pretensión” (*Il diritto alla prova...*, *ob. cit.*, 77-78). Y el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, de la Real Academia de la Lengua Española, como el “derecho a proponer y practicar la prueba que se considere conveniente en un procedimiento judicial como manifestación del derecho a la tutela