
El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español

Juan Varea Orbea - Juez en prácticas de la 57.a Promoción de la Escuela Judicial

Secção: Sumario

Objeto y carga de la prueba civil (Janeiro 2007)

Id. vLex: VLEX-444460

<http://vlex.com/vid/444460>

Resumo

El estudio aborda aspectos sustantivos y procesales de la prueba ilícita. En la vertiente sustantiva trata de sistematizar el concepto, amplio o estricto, de la prueba ilícita y su ámbito de aplicación. En la vertiente procesal, se detiene en las distintas fases del control judicial de la prueba ilícita, que, según el autor, no se limitan a la fase de admisión -donde, no obstante, se produce la mayor controversia-, sino que se puede extender a la fase posterior a la admisión, con particular análisis del incidente del art. 287 LEC, e incluso a la sentencia.

1. Introducción. 2. Preliminares: 2.1. Concepto de prueba ilícita. 2.2. Conceptos de fuente y medio de prueba en relación a los artículos 283 y 287 LEC 1/2000. 3. Fases del control judicial de la prueba ilícita: 3.1. Fase de admisión. 3.2. Incidente del artículo 287 LEC. 3.3. Control posterior de la prueba ilícita, especialmente en la sentencia. 4. Tratamiento procesal del artículo 287 LEC: 4.1. Planteamiento del incidente. 4.2. Substanciación. 4.3. Resolución y destino de la prueba ilícita. 4.4. Recursos. 4.5. Especial referencia al Juicio Verbal. 5. Conclusiones. 6. Índice sistemático de jurisprudencia. 7. Bibliografía.

Texto

1. Introducción.

2. Preliminares.

Juzgados.2.1. Concepto de prueba ilícita.

2.2. Conceptos de fuente y medio de prueba en relación a los artículos [283.3](/vid/126688/node/283.3) y [287](#) de la [LEC](#).

3. Fases del control judicial de la prueba ilícita.3.1. Fase de admisión.

3.2. Incidente del artículo [287](#secc6). Su naturaleza.

3.3. Control posterior de la prueba ilícita, especialmente en la sentencia.4. Tratamiento procesal del artículo [287](#).4.1. Planteamiento del incidente.4.2. Sustanciación.

4.3. Resolución y destino de la prueba ilícita.

4.4. Recursos.4.5. Especial referencia al juicio verbal.5. Conclusiones.6. Índice sistemático de jurisprudencia.JuriSPruDencia Tc.TS.TTSSJJ.AAPP.7. Bibliografía.

[Página 395]

1. Introducción.

La doctrina de la prueba ilícita se ha aplicado tradicionalmente en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, es un problema que alcanza a todo el ordenamiento jurídico y por lo que respecta, concretamente, al proceso civil ha cobrado una especial relevancia con la [ley de Enjuiciamiento Civil](#) 1/2000 (en adelante [LEC](#)), que ha establecido un catálogo abierto de medios de prueba en el artículo 299 y ha creado un incidente en el artículo 287, que tiene por objeto la expulsión de esta clase de pruebas, dando cumplimiento al imperativo del artículo [11.1](#) de la [ley Orgánica del Poder Judicial](#) 6/1985 (en adelante [LOPJ](#))^[1].

Realmente, el problema de la prueba ilícita supone plantearse si es posible, para hacer efectivo el valor de justicia del art. [1.1](#) de la [Constitución](#) de 1978 y alcanzar, como fin del proceso, la determinación de la certeza de los hechos controvertidos, el uso por el Estado y los particulares (titulares de derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso) de toda clase de medios probatorios. El art. [1.1](/vid/126929/node/1.1) de la [CE](#) proclama el Estado social y democrático de derecho y ello, por definición, implica la limitación del poder político. uno de los límites esenciales a ese poder (y también a la actuación del individuo) es el respeto a los Derechos fundamentales

consagrados en el art. [14](#) y la Sección 1.a del Capítulo II del Título I de la [CE](#). Precisamente, el análisis de la actuación del juez en el proceso civil, como garante de tales Derechos en el marco de la actividad probatoria, es el objeto del presente trabajo.

2. Preliminares.

2.1. Concepto de prueba ilícita.

Para analizar el control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil es necesario partir de su definición. Además, ello es preciso por estar en íntima relación con la regu-

[Página 396]

lación introducida por la [LEC](#) en los arts. 283.3 y 287, ya que, como después se indicará, el primero de ellos ha llevado a algunos autores a sostener que se ha producido una ampliación del concepto tradicional de ilicitud probatoria, reducido a la vulneración de Derechos fundamentales. De esto, ya se deduce que son dos las posiciones sobre el concepto de prueba ilícita: las amplias y las reducidas[\[2\]](#).

Dentro de las primeras se encuentran aquellas que consideran ilícita toda prueba obtenida y practicada con vulneración de normas del ordenamiento, ya sean meramente legales o constitucionales. Por el contrario, las tesis restringidas limitan el concepto a las pruebas que suponen violación de Derechos fundamentales. Incluso algunos autores restringen, aún más, la definición, partiendo del tenor literal de los arts. [11.1 LOPJ](#) y [287 LEC](#) de los que deducen que, el término ilicitud sólo puede aplicarse a las fuentes y no

a los medios de prueba[\[3\]](#).

La tesis amplia es defendida por autores como Moreno Catena[\[4\]](#), quien considera que la prueba ilícita es el género ("toda actividad prohibida por la ley" del art. [283 LEC](#)) en tanto que, lo que denomina prueba prohibida (la obtenida con vulneración de Derechos fundamentales del art. [287 LEC](#)), es una especie de la anterior. Este autor parte de una interpretación sistemática de los arts. 283.3 y 287 citados y concluye que la ley de enjuiciamiento introduce un concepto amplio de ilicitud. Concretamente, distingue entre prueba irregular y prueba ilícita e incluye en esta última, la nula (por vulneración de normas procesales en la introducción o práctica de la prueba) y la prohibida (por infracción de la fuente probatoria) [\[5\]](#). la prueba ilícita sería, en todo caso, inadmisibles con independencia de la naturaleza de la norma vulnerada.

Otro autor que sigue este concepto amplio es López Simó para el que toda actividad probatoria que por cualquier causa, sea contraria a la ley, queda prohibida[\[6\]](#). Muñoz Sa-baté también considera que el art. [283.3 LEC](#) amplía el concepto tradicional de prueba ilícita con el fin de cubrir el hueco que podría quedar cuando la actividad probatoria infringe cualquier normativa.[\[7\]](#)

Por el contrario, la doctrina mayoritaria acoge la tesis restringida, conforme a la cual, la prueba ilícita aparece sólo con la infracción de Derechos fundamentales. Así, PiCÓ i Junoy la define como, aquella prueba cuya fuente está contaminada por la vulneración de

[Página 397]

un derecho fundamental o aquella, cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción, entendiendo que el art. [283.3 LEC](#) no realiza una ampliación del concepto sino que, se limita a consagrar el principio de legalidad procesal lo cual supone impedir al juez la infracción de normas de procedimiento relativas a la práctica de la prueba [\[8\]](#). En relación a la regulación de la [LEC 1/2000](#) este criterio supone relacionar los arts. [283.3](#) y [287 LEC](#) y entender que regulan cuestiones distintas (como después se explicará) [\[9\]](#).

Lo cierto es que esta posición restrictiva es la que parece recoger el Ordenamiento español. El art. [11.1 LOPJ](#) dispone que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con infracción de derechos fundamentales..." y el art. [287 LEC](#), bajo la rúbrica "ilicitud de la prueba" se refiere a "[...] en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales [...]". A su vez, la doctrina del Tribunal Constitucional refiere la ilicitud de la prueba y su ineficacia, a la violación de la misma categoría de derechos, como resulta de la importante sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que afirma que la prueba con causa ilícita no puede prevalecer en vulneración de derechos fundamentales. [\[10\]](#)

De otro lado, es necesario destacar que montero aroCa considera que la legalidad sólo es predicable de los medios de prueba, en tanto que la ilicitud lo es de las fuentes, manteniendo un concepto aún más restringido que el anterior [\[11\]](#). Esta cuestión lleva al análisis del segundo problema preliminar, la distinción entre medio y fuente de prueba, ya que la cuestión de si un medio vulnerador de derechos fundamentales es prueba ilícita o, si el concepto se reserva a la

fuente, está relacionado con la problemática de si los arts. [283.3](#) y [287 LEC](#) se refieren o no, al mismo objeto. No obstante, la consecuencia será idéntica por imperativo del art. [11.1 LOPJ](#), esto es, la inefectividad del elemento probatorio.

2.2. Conceptos de fuente y medio de prueba en relación a los artículos [283.3](#) y [287](#) de la [LEC](#).

No se trata de analizar aquí esta distinción, pacíficamente admitida en la doctrina, sino de ponerla en relación con la regulación de los artículos citados.

[Página 398]

Montero Aroca señala que el concepto de fuente es extrajurídico, corresponde a una realidad anterior al proceso, en tanto que el medio, es un concepto jurídico [\[12\]](#). seane sPiegelberg define las fuentes como elementos de la realidad extraprocesal, investigadas por los litigantes, que sirven para acreditar los hechos objeto de debate [\[13\]](#) (p.ej. un testigo o un documento). El medio es el cauce a través del cual se introduce la fuente en el proceso con arreglo al procedimiento previsto en la ley (p.ej. la declaración testimonial de los arts. [360](#) y ss. [LEC](#)). Pues bien, esta distinción es recogida por la [LEC](#) en los arts. [283.3](#) y [287](#). un sector doctrinal entiende que el primero de los artículos, cuando utiliza la expresión "actividad prohibida por la ley" se refiere, exclusivamente, a los medios, a la actividad que se desarrolla ante el juez en el proceso para conseguir su convicción [\[14\]](#), a diferencia de los autores que defienden el concepto amplio de prueba ilícita que incluyen en este

artículo tanto la fuente como el medio probatorio.^[15] Además, los autores que defienden la primera postura consideran que el art. [287 LEC](#), al igual que el art. [11.1 LOPJ](#), al usar la expresión "obtención u origen" se refieren a la fuente, a la actuación extraprocesal de las partes. Esta interpretación es acogida por la SAP de Pontevedra de 18 de noviembre de 2002^[16].

Ciertamente, la cuestión tiene trascendencia práctica. Si el art. [287 LEC](#) se refiere a las fuentes, únicamente se excluyen del proceso, por imperativo del art. [11.1 LOPJ](#), aquellas que impliquen la vulneración de derechos fundamentales, en tanto que, aquellas que vulneren otros derechos de diverso rango (p.ej. la propiedad) tendrían acceso al proceso a través de medios lícitos, en los términos del art. [283.3 LEC](#)^[17] y de esta forma podrían ser valorados por el Juez. PiCÓ i Junoy resalta el carácter fundamental del derecho a usar los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. [24.2 CE](#), lo que obliga a defender un concepto restrictivo de prueba ilícita y a admitir y valorar pruebas meramente ilegales^[18]. Esta posición también es sostenida por Seoane Spiegelberg que, citando a Chozas Alonso, mantiene que el derecho del art. [24.2 CE](#) sólo puede ceder ante otros del mismo rango^[19]. Así parece entenderlo, también, el TC que, en sentencia 114/1984,

[Página 399]

declara que, "[...] debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el

ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas, acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales"^[20]. Cuestión distinta es la infracción de normas procesales en la práctica de la prueba. El art. [283.3 LEC](#) impide al Juez admitir medios probatorios contrarios al ordenamiento (incluidos, desde luego, los que suponen violación de derechos fundamentales) de manera que se cumple el principio de legalidad del art. [117](#) de la [CE](#) y art. [1](#) de la [LEC](#), lo cual, supone un límite al art. 299 de esta última. En la práctica de la prueba también se ha de observar el procedimiento de la ley, si bien el efecto de la infracción, respecto a la posibilidad de valorar la prueba o permitir su declaración de nulidad, puede ser diverso, atendiendo a la entidad de la vulneración y de que se origine o no, indefensión (art. [225.3 LEC](#); SSTC de 15 de enero de 1996, de 12 de diciembre de 2005, de 30 de septiembre de 2002 que exigen la efectiva indefensión)^[21].

3. Fases del control judicial de la prueba ilícita.

El art. [11.1 LOPJ](#) dispone que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". Este precepto impone al Juez la obligación de rechazar (o excluir o, simplemente, no valorar) estas pruebas, para lo cual, ha de realizar el oportuno control de aquellas que propongan las partes. Para ello y, a la vista de los arts. [283.3](#) y [287 LEC](#), se pueden señalar, en principio, tres momentos del control judicial: la fase de proposición y admisión de la prueba, el incidente contradictorio del art. [287 LEC](#) y, una vez practicada, incluida la apreciación en

sentencia.

3.1. Fase de admisión.

Una de las cuestiones que ha planteado el nuevo incidente del art. [287 LEC](#), es la relativa a si las pruebas ilícitas pueden ser inadmitidas por el Juez en la audiencia previa o, necesariamente, se han de admitir para dar lugar al trámite de aquel incidente (lo cual plantea un problema distinto al del momento en que se puede denunciar tal ilicitud y que se analizará posteriormente).

Una de las finalidades de la audiencia previa (art. [429 LEC](#)) es la proposición y admisión de la prueba. una vez practicadas las actuaciones previstas en los arts. [414](#) y siguientes de la [LEC](#), las partes proponen la prueba y el Juez debe resolver sobre su admisión (art. [285 LEC](#)), para lo cual, tendrá en cuenta los criterios del art. [283 LEC](#):

[Página 400]

impertinencia, inutilidad e ilegalidad. la cuestión radica en si la ilegalidad del art. [283.3 LEC](#) permite incluir también a las pruebas ilícitas o si para estas el trámite ineludible es el del art. [287 LEC](#). Este último se refiere a la "prueba admitida" y el apartado segundo indica que la cuestión (la ilicitud) se resolverá en el acto del juicio (o, en la vista, si se trata de juicio verbal) y con audiencia de las partes. Se trata de un régimen distinto al de la impertinencia o inutilidad donde el Juez resuelve de plano y sin audiencia (esta se realiza a través del art. [285 LEC](#)). Dicho de otra forma, se trata de resolver si las pruebas ilícitas quedan sometidas, también, al régimen de los arts. [283](#) y [285 LEC](#), en tanto

que, el art. [287 LEC](#) sería un mecanismo de refuerzo para garantizar lo dispuesto en el art. [11.1 LOPJ](#). Así, se permitiría excluir y no practicar una prueba ya admitida.

Evidentemente, los autores que mantienen una concepción amplia de la prueba ilícita ex art. [283.3 LEC](#) entienden que han de inadmitirse aquellas que vulneran los derechos fundamentales. Pero dentro de los autores que defienden un concepto estricto, indicando que el art. [283.3 LEC](#) se refiere al principio de legalidad, se dan posiciones dispares. Aunque en principio pudiera pensarse que la mejor forma de dar cumplimiento al art. [11.1 LOPJ](#) es inadmitir la prueba ilícita en la audiencia previa e impedir su entrada en el proceso, algunos autores entienden que el art. [287 LEC](#) excluye esta posibilidad obligando a acudir al incidente regulado en el mismo. PiCÓ i Junoy afirma que el Juez, en la audiencia previa, aunque se denuncie la ilicitud de una prueba, no puede inadmitirla *ab initio*^[22]. Siendo el medio propuesto legal, en los términos del art. [283.3 LEC](#), deberá admitirlo aunque la fuente no lo sea y abrir el incidente del art. [287 LEC](#), garantizando la contradicción de las partes. Después, resolverá al inicio del juicio o de la vista sin posibilidad de reposición del art. [285 LEC](#). Sostiene esta tesis partiendo del tenor literal del art. [287 LEC](#) (se refiere a la prueba ya admitida) y el distinto significado de los arts. [283.3](#) y [287 LEC](#), como ya se expuso anteriormente. Pero sobre todo, se basa en los siguientes argumentos: el régimen de recursos del art. [285.2 LEC](#) (reposición y protesta) impide la práctica de pruebas sobre la ilicitud a diferencia del art. [287.1 LEC](#); no tendría sentido un doble mecanismo de protección en función del momento en el que el Juez conoce la ilicitud. No obstante, la razón última de este incidente, para este autor, sería la máxima protección del derecho de defensa (art. [24 CE](#)) en un momento en el cual, el Juez, cuenta con muy

pocos elementos para resolver el problema. Por ello, mantiene una interpretación garantista que, en todo caso, permitiría la prueba y la contradicción entre las partes.

Asencio Mellado también mantiene esta postura. Sostiene que, a pesar de que la STC 114/1984 consideró impertinentes e, inadmisibles, las pruebas ilícitas, ello, se debió a la falta de regulación específica en esas fechas. Actualmente ya no sería necesaria tal declaración a partir de los arts. [11.1 LOPJ](#) y, sobre todo, [287 LEC](#). Este último establece un procedimiento especial que no se opone al primero. lo relevante es que la prueba ilícita quede excluida del proceso y de la valoración judicial. Concretamente, rechaza que

[Página 401]

la prueba ilícita sea inadmitida en el trámite del art. [285 LEC](#) y que las partes puedan recurrir en reposición, de acuerdo al apartado segundo del mismo, ya que, en otro caso y, a su entender, se producirían consecuencias gravosas, tales como eludir la contradicción y prueba prevista legalmente o tener que crear esta tramitación en fase de admisión o recurso [\[23\]](#). Esto significa que siendo el medio propuesto legal, pertinente y útil debe ser admitido por el Juez, quien resolverá sobre la ilicitud de la fuente previa audiencia de las partes y tras practicarse la prueba que proceda sin que, en ningún caso, pueda eludirse este trámite [\[24\]](#). En definitiva, estos autores afirman que a diferencia de lo que sucede con la inutilidad, impertinencia e ilegalidad respecto a las cuales el Juez resuelve, *in audita parte*, en el momento de la proposición, la ilicitud exige, siempre,

contradicción y, por ello, tales pruebas deben admitirse para dar paso al incidente del art. [287 LEC](#).

Pero esta construcción no es compartida por otros autores. seoane sPiegelberg se plantea si es posible inadmitir previamente una prueba cuando se alega y consta su ilicitud en el momento de la proposición. Concluye que no deben admitirse tales pruebas, pudiendo el Juez rechazarlas de plano en la audiencia previa. Para ello, parte del art. [283.3 LEC](#) y entiende que en él se incluyen las pruebas en cuya obtención o práctica se vulneran derechos fundamentales (es lo que denomina prohibiciones probatorias). De todas formas, reconoce que esta posibilidad solo sería posible cuando tal ilicitud fuese patente. En caso de simple duda, deberá admitirse para acudir al procedimiento del art. [287 LEC](#), de acuerdo con la máxima *pro probatione* [\[25\]](#).

Por su parte de la oliva señala que si la ilicitud de la prueba se advirtiera en el momento de la proposición, en la audiencia previa, este es el instante oportuno para excluirla mediante la inadmisión, pues carecería de sentido entender que se ha de esperar a la admisión para suscitar la cuestión o ponerla de manifiesto mediante el admisible recurso de reposición. Como argumento indica que si bien los arts. [11.1 LOPJ](#) y [283 LEC](#) no se refieren a la inadmisibilidad por ilicitud en la obtención de la prueba esa posibilidad no puede desvirtuarse sobre la base de que, literalmente, procede la admisión de la pertinente y útil en tanto que la ilicitud nada tiene que ver con la admisibilidad, sino sólo con la práctica. y afirma que "lo que no debe tener virtualidad probatoria y, por tanto, no procede que se tome en consideración, debe inadmitirse" [\[26\]](#). También hay que destacar

[Página 402]

que moreno Catena, aunque entiende que se puede inadmitir la prueba ilícita en la fase de proposición, sostiene que debe darse audiencia a las partes y practicarse la prueba necesaria en este momento[27].

Ciertamente, lo importante en relación a la prueba ilícita, a la vista del art. [11.1 LOPJ](#), no es tanto que se admita o no, como que la misma no se valore, no afecte al proceso de convicción del juez [\[28\]](#). Desde luego, esta finalidad se cumple mejor impidiendo la entrada de la prueba en el proceso, lo que además, reduciría el riesgo de contaminación del Juez ya que, en el incidente del art. [287 LEC](#), seguramente, entrará en contacto con la fuente viciada de forma más intensa que en el trámite de admisión pues, en aquél, la parte interesada puede aprovechar el trámite de alegación y prueba para resaltar las informaciones obtenidas de forma ilícita [\[29\]](#). Es cierto que está en juego el derecho fundamental a la prueba (art. [24 CE](#)), pero no lo está en menor medida que en el resto de supuestos. No hay que olvidar que el Juez puede inadmitir una prueba como inútil (art. [283.2 LEC](#)) y que para tal juicio no existe previa audiencia de las partes, resolviendo el Juez de plano sobre un aspecto acerca del que, seguramente, tiene menos elementos objetivables que para el supuesto de ilicitud. Así, muchas veces resultará difícil determinar, a priori, si una prueba es o no útil al fin perseguido (de ello sólo se estará seguro tras practicarla). Además, en el caso de prueba ilícita está en juego otro derecho fundamental, el de la parte (o un tercero) que ha sido vulnerado por una actividad extraprocesal (la fuente ilícita). la inadmisión del elemento probatorio para nada afectaría tal derecho, en tanto que el de

la parte contraria (del art. [24 CE](#)) se preserva con el recurso de reposición y la protesta del art. [285.2 LEC](#), en los mismos términos que si se alegara inutilidad o impertinencia. Parecería extraño que la violación de un derecho fundamental por la fuente no se comunicara al elemento probatorio en su conjunto (entendido como fuente y medio) y, por tanto, hiciera ilegal también el medio a través del que se intenta introducir en el proceso. lo decisivo es que ese elemento probatorio quede fuera del proceso y no sea valorado en la sentencia. Cuestión distinta es que, en la mayoría de las ocasiones, en el momento de la admisión, el Juez carecerá de elementos suficientes para apreciar la ilicitud de la fuente y que, en caso de duda, deba admitir la prueba (está en juego el derecho del art. [24.2 CE](#)). Se trata de la máxima *pro probatione* acogida por la doctrina

[Página 403]

y la jurisprudencia[\[30\]](#). De todas formas es una regla aplicable, en general, al juicio de pertinencia del art. [283 LEC](#), con todos sus criterios.

Debe tenerse en cuenta que el TS no se ha pronunciado al respecto y que las Audiencias acuden al art. [287 LEC](#) al efecto del concepto de prueba ilícita [\[31\]](#). los pronunciamientos más cercanos a la cuestión los encontramos en el orden social, donde el artículo comentado es de aplicación supletoria según el art. [4 LEC](#) y D.A 1.a IPI 2/1995[\[32\]](#), aunque tampoco resuelven directamente la cuestión.

Desde el punto de vista práctico, hay que señalar que el régimen de recursos, que

luego se estudiará, es distinto en los arts. [285.2](#) y [287.2 LEC](#), aunque, tal vez, se justifique (tanto, la especial impugnación, como la tramitación contradictoria del art. [287.1 LEC](#)) en que no es lo mismo inadmitir que expulsar una prueba ya admitida, sobre la que pesaba un juicio inicial de pertinencia, utilidad y legalidad, lo que exigiría mayores precauciones. Desde luego, frente a la inadmisión de la prueba ilícita, *ab initio*, procedería recurso de reposición y ulterior protesta (art. [285.2 LEC](#)). Si se admite la prueba, se acudiría al incidente del art. [287 LEC](#). los autores que defienden la tesis de que la prueba ilícita necesariamente ha de admitirse, sostienen que no cabría reposición del art. [285.2 LEC](#), con algunas excepciones, como Martín Ostos³³. Si se defiende que el Juez está obligado a admitir parece lógico que no quepa la reposición ya que es un recurso sobre la decisión de admitir o no y ésta última no cabría. Si se entiende que es posible inadmitir la prueba, no habría obstáculo para conceder reposición y luego acudir al incidente del art. [287 LEC](#) > [34] (aunque sería más práctico en caso de duda y, por economía procesal, abrir directamente este último).

3.2. Incidente del artículo 287. Su naturaleza.

Con independencia de la cuestión abordada, la licitud probatoria recibe un tratamiento específico en la [LEC](#), lo cual constituye una novedad de la misma como destaca

[Página 404]

su Exposición de motivos. Se trata del art. [287 LEC](#), que constituye el segundo momento para el control judicial, dentro ya del juicio o de la vista y antes de la práctica de la prueba.

El sentido que se dé a este incidente dependerá de la postura que se adopte en relación a la posibilidad o no de admitir una prueba ilícita. Si se entiende que aunque la fuente esté viciada de ilicitud (en sentido estricto) debe admitirse el medio, el trámite del art. [287 LEC](#) se convierte en un procedimiento que necesariamente ha de seguir el Juez para expulsar (es decir, no practicar) la prueba que ya se admitió. Si el Juez debe admitir necesariamente la prueba, el incidente equivaldría a un segundo juicio de admisión, pero especial, al existir la posibilidad de contradicción y prueba.

Si se afirma que es posible la inadmisión ex art. [283 LEC](#), se convierte en un mecanismo de refuerzo para la protección de los derechos fundamentales. Esa protección se inicia en el trámite de admisión y para el caso de que alguna prueba ilícita hubiera escapado al control inicial, dado que ya ha sido admitida, el incidente del art. [287 LEC](#) sería la vía para evitar su práctica.

De todas formas y, como después se dirá, ésta no es la única vía de control posible, ya que el art. [11.1](#) de la [LOPJ](#) impide la valoración de estas pruebas y el hecho de haber sido practicadas, no implica subsanación. En definitiva, se podría entender que el art. 287 establece un incidente de declaración de ilicitud que supone un tratamiento *ad hoc*, exclusivo y excluyente de la prueba ilícita. En otro caso, se ubicaría tal tratamiento en el sistema general de admisión de pruebas si bien, con una tramitación especializada, en atención a la fase del proceso (prueba ya admitida). Así se reforzaría la prohibición del art. [11.1](#) de la

[LOPJ.](#)

3.3. Control posterior de la prueba ilícita, especialmente en la sentencia.

El art. [287.1 LEC](#) dispone que "[...] sobre esta cuestión -la ilicitud- [...] se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba". ¿Significa esto que si la prueba ha sido practicada se subsana el vicio y no es posible el control judicial? la doctrina, mayoritariamente, rechaza tal posibilidad y admite el control, incluso, en la propia sentencia, partiendo del art. [11.1 LOPJ](#). No obstante, en cuanto a la forma de articular ese control, se ofrecen diversas soluciones.

La [LEC](#) no ofrece una solución expresa pero, es claro, que el art. [11.1 LOPJ](#) prohíbe tomar en consideración la prueba ilícita ("no surtirá efectos") y por eso el Juez debe excluirla del proceso de convicción. Ahora bien, el problema radica en si para conseguir ese efecto debe arbitrarse algún tipo de procedimiento o, simplemente, no valorarla.

Si la ilicitud se aprecia durante la práctica de la prueba, no existe especial problema para plantear el incidente, ya que, sería ilógico terminar su ejecución para después buscar otra solución. Así lo entiende PiCó i Junoy al afirmar que si surge la cuestión, en esta fase, la parte o, el Juez, deberá denunciarlo inmediatamente, abriéndose el incidente, lo

[Página 405]

que probablemente exigirá interrumpir el acto (art. [193.1.1º LEC](#)). Si la ilicitud se apreciara,

terminado el juicio, en el momento de dictar sentencia, el Juez no podrá valorar la prueba[\[35\]](#). Como dice Abel Lluch aunque el legislador establece el incidente del art. [287 LEC](#) antes de la práctica de la prueba con la finalidad de evitar ésta y la posible contaminación, ello, no excluye el control posterior[\[36\]](#). O como dice Díaz Fuentes, no puede haber preclusión ni subsanación por oponerse a ello las normas de rango constitucional prevalecientes[\[37\]](#). Así lo entiende, prácticamente, toda la doctrina [\[38\]](#) y así se deduce de la jurisprudencia del TC[\[39\]](#).

En cuanto a la forma en que ha de excluirse la valoración de la prueba ilícita existen tres posiciones. En primer lugar, Asencio Mellado entiende que el tribunal, en la misma sentencia, puede apreciar la ilicitud y no tomar en consideración la prueba, pues, la ley no arbitra procedimiento alguno para ponerlo de manifiesto a las partes y someter la cuestión a contradicción [\[40\]](#). Sin embargo, PiCó i Junoy señala ciertos inconvenientes de esta solución como son los siguientes: se limita la eficacia del derecho a la prueba (se admite, se practica pero, no se valora); supone una decisión sorpresiva susceptible de causar indefensión (el litigante ha confiado en la eficacia de una prueba ya practicada) [\[41\]](#). A esto se uniría la inconsciente contaminación del Juez[\[42\]](#).

Por ello, este último autor, defiende una segunda solución más garantista como es iniciar, *ex officio*, un incidente de nulidad de actuaciones del art. [240.2 LOPJ](#) (la prueba ilícita es nula, no se subsana con la práctica y puede originar indefensión)[\[43\]](#). También Fernández urzainqui [\[44\]](#) y Abel Lluch[\[45\]](#) acuden al incidente de nulidad sobre la base de los arts. [225.5](#) y [227.2 LEC](#), con lo que se garantiza la audiencia a las partes.

[Página 406]

En tercer lugar, se ha sostenido que la apreciación de la ilicitud en esta fase del proceso ha de considerarse un hecho nuevo o de nueva noticia, siendo aplicable el régimen del art. [286 LEC](#) [46].

Finalmente, destacar, que PiCó i Junoy apunta la posibilidad de aplicar el incidente del art. [287 LEC](#) por analogía (art. [4 CC](#)) cuando la controversia surja tras el juicio [\[47\]](#).

4. Tratamiento procesal del artículo 287.

Analizadas las cuestiones anteriores, es hora de abordar la regulación del propio incidente, destacando los aspectos más problemáticos. El artículo [287 LEC](#) dispone lo siguiente: "1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de

reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o de la vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva".

4.1. Planteamiento del incidente.

Con independencia de la discusión sobre si es posible o no que el Juez inadmita directamente una prueba ilícita en la audiencia previa, el primer interrogante que presenta el incidente es, cuándo puede plantearse, ya sea por las partes, ya de oficio por el tribunal. Es decir, en qué momento puede ponerse de manifiesto la ilicitud de la prueba. El art. [287.1 LEC](#) señala que las partes deberán alegarlo inmediatamente pero, a su vez, se refiere a pruebas ya admitidas. El apartado segundo, como luego se analizará, sitúa la resolución en el acto del juicio o de la vista, antes de la práctica de la prueba. Si se sigue una interpretación literal, se concluye que la denuncia puede producirse bien en la audiencia previa, una vez se haya resuelto la admisión de la prueba (arts. [429](#), [283](#) y [285 LEC](#)), o bien en el acto del juicio o de la vista. Pero, ¿es posible plantear el incidente antes de la admisión? Si se entiende que el Juez puede y, debe, inadmitir la prueba ex

[Página 407]

arts. [283](#) y [285 LEC](#), es evidente que sí [48]. En otro caso, Asencio Mellado afirma que las partes sólo pueden denunciar la ilicitud de la prueba una vez que haya sido admitida [\[49\]](#). Sin embargo, Díaz Fuentes defiende que las partes pueden denunciar la ilicitud en el momento de la

proposición. Es más, tratándose de documentos que se acompañan a la demanda o a la contestación sostiene que, las partes deben denunciar la ilicitud al pronunciarse sobre los documentos aportados de contrario en la audiencia previa (art. [427 LEC](#)) e, incluso, en la contestación a la demanda. Así resultaría del art. [287.1 LEC](#) que ordena alegarlo de inmediato^[50]. También Muñoz Sabaté considera que el vicio ha de alegarse de inmediato, es decir, en la audiencia previa, tras el acompañamiento, si lo ha habido, de los documentos adquiridos ilícitamente o, en su caso, en la contestación a la demanda y, ello, sin perjuicio de que se resuelva en el acto del juicio^[51]. Fernández urzainqui opina que la parte deberá denunciarlo de inmediato, en cuanto la ilicitud sea conocida y la prueba haya sido propuesta o aportada y, tratándose de documentos del art. [265 LEC](#), desde que se da traslado a la parte^[52]. No parece existir mayor problema (salvo el tenor literal del artículo) para que la ilicitud pueda ser denunciada antes del trámite de admisión, en cuanto sea conocida, sin perjuicio de que el incidente se sustancie en el momento procesal oportuno. Además, la denuncia inmediata permitirá a las partes disponer de más tiempo para proveerse de los elementos probatorios que estimen de cara a la sustanciación.

4.2. Sustanciación.

De acuerdo con el art. [287.1 LEC](#) el incidente puede iniciarse de oficio o a instancia de parte. En este caso, se hará oralmente en la audiencia previa o, en el acto del juicio, y con traslado escrito al resto de partes^[53]. En cuanto al planteamiento de oficio, hay que destacar que los derechos fundamentales afectados no tienen por qué ser de titularidad de una de las partes. Pueden corresponder a terceros como peritos, testigos o personas ajenas al proceso, dada su condición de

inviolables^[54].

El incidente se sustancia con audiencia a las partes y con la práctica de la prueba pertinente y útil, y se resuelve en el mismo acto del juicio. Pero el artículo sólo da esta

[Página 408]

indicación temporal relativa a la resolución aunque no indica, expresamente, cuándo se debe celebrar el incidente. Muñoz Sabaté, partiendo del tenor literal, opina que ha de regir el principio de oportunidad, de tal forma que, si la parte a quien perjudica la inadmisión está en condiciones de ser oída y proponer prueba en el momento de la denuncia, que (según el autor) generalmente se producirá en la audiencia previa, no habría problemas para acumular, a las pruebas relativas al objeto principal, las relativas a la ilicitud^[55]. No obstante, la mayoría de autores entienden que el incidente se ha de desarrollar inmediatamente antes de la resolución, es decir, en el juicio o, en la vista. De tal manera que, admitida la prueba por el Juez, se esperará a ese momento procesal para sustanciar y resolver^[56]. Esta parece ser la interpretación más ajustada al sentido de este incidente regido por los principios de oralidad e inmediación, de acuerdo con los arts. [137](#) y sobre todo [210 LEC](#), que al tratar de las resoluciones orales, dispone que "Salvo que la ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto [...]". Se puede añadir que, el hecho de diferir la tramitación al juicio, permitiendo una denuncia anterior, garantiza, en mayor grado,

la contradicción.

La sustanciación es muy sencilla. Se ofrecerá un trámite de alegaciones y se practicará la prueba pertinente y útil que se proponga en el acto. El juez, por tanto, deberá realizar un juicio de pertinencia de tales pruebas que, obviamente, se deben referir al tema de la ilicitud de la fuente, no al objeto principal del proceso. Este juicio se resolverá de acuerdo a los criterios generales de los arts. [283](#) y [285.1 LEC](#). El problema estriba en determinar si contra esa resolución cabe o no recurso y, en caso afirmativo, cuál. Es decir, se aplicaría el régimen del 285.2, el [287.2 LEC](#) o ninguno. En contra de la primera opción se puede señalar que el precepto se refiere a las pruebas propuestas en juicio respecto del objeto principal y el tenor del art. [287 LEC](#) que no dice nada. En contra de la segunda, está el hecho de que tal artículo se refiere a la resolución sobre la ilicitud. Parece, por tanto, que la tercera posibilidad, que no haya recurso específico y deba recurrirse la resolución sobre ilicitud, es la más adecuada[\[57\]](#). Desde luego, debe rechazarse el recurso de reposición del art. [451 LEC](#), dada su tramitación escrita que dilataría este incidente oral. Además, sería contradictorio con el régimen de recursos orales que establece la [ley para](#) las resoluciones sobre prueba.

Esta tramitación se seguirá tanto si el incidente se inicia de oficio, como si es a instancia de parte. Pero en el primer caso se plantea la cuestión de las facultades del Juez en orden a la iniciativa probatoria. Abel Lluch distingue perfectamente entre el plantea-

miento (de oficio o a instancia de parte) y la sustanciación, cuyo impulso corresponde a las partes que tienen la carga de proponer la prueba pertinente sin perjuicio de las facultades que se confieren al Juez en el art. [429.1](#) II y III [LEC](#)[58]. Sin embargo, cuando el planteamiento es de oficio entiende que carecería de sentido privar al Juez de la facultad de proponer prueba, en contra de la opinión de otros autores como Fernández urzainqui, Martín Ostos, Montero Aroca o Asencio Mellado[\[59\]](#). Para ello, da un argumento de peso. Si se suscitara el incidente de oficio y las partes no propusieran prueba, el Juez carecería de elementos para resolver una cuestión tan trascendental como es la violación de derechos fundamentales. Esta idea también es apoyada por PiCÓ i Junoy[\[60\]](#). Además, la facultad de proponer prueba de oficio en el ámbito civil no es extraña y, así sucede, en procedimientos no dispositivos en los que está en juego un interés público (p. ej. art. [752 LEC](#)).

4.3. Resolución y destino de la prueba ilícita.

La resolución del incidente se produce en el acto del juicio (tratándose del juicio ordinario) y antes de que dé comienzo la práctica de la prueba (idea que reproduce el art. [433.1 LEC](#)). la resolución adoptará la forma de auto (art. [206.2.2º LEC](#)) que habrá de ser motivado (art. [208.2 LEC](#)) y se pronunciará oralmente en el juicio, consignándose en el acta el sentido del mismo y, sucintamente, su fundamentación (art. [210.1 LEC](#)) [\[61\]](#). la resolución se inserta, así, en la propia sentencia que se dicte, no siendo necesaria resolución en forma de auto a tal efecto [\[62\]](#).

Nada dice la ley acerca del contenido de la resolución pero, es evidente, que en ella

[Página 409]

deberá declararse la licitud o ilicitud de la prueba, lo que se deduce de la dicción del art. [287.1 LEC](#) cuando se refiere a que se resolverá sobre esta cuestión (la vulneración del derecho fundamental en el origen u obtención de la prueba). Fernández urzainqui así lo entiende y añade que mientras la declaración de licitud determina la definitiva admisión de la prueba, despejando la inicial incertidumbre, la declaración de ilicitud conduce a la inadmisión de la prueba, no obstante la inicial admisión. Para este autor, la inadmisión es la consecuencia de tal declaración, ya que el art. [287 LEC](#) se inserta en la sección dedicada a la "proposición y admisión" de la prueba. Añade como argumento el art. [446 LEC](#) que se refiere a la "admisión de pruebas" y a la "admisión de las que se denunciaran

[Página 410]

como obtenidas con violación de derechos fundamentales"[\[63\]](#). En contra, garCimartín montero sostiene que la prueba ya ha sido admitida y el pronunciamiento debe ser el de no practicarla (no la inadmisión) [\[64\]](#).

Realmente, lo que se pretende es excluir la prueba del proceso de convicción judicial de tal forma que no sea valorada. Resulta evidente que ello supondrá que la prueba no se practique, con independencia de que éste sea el pronunciamiento o sea el de inadmisión. Mayor relevancia tiene la cuestión de cuál es el destino de esa prueba nula dentro del proceso. PiCó i Junoy expone dos posibilidades: la retirada del material viciado, devolviéndolo al litigante o, su destrucción; y, su conservación cautelar, a disposición del Secretario Judicial (art. [459.1](#)

[LOPJ](#)), para que lo guarde y custodie. Defiende esta última solución que permitiría al órgano superior, que conociera de un eventual recurso, tomar conocimiento directo del material. También haría posible ventilar responsabilidades por la infracción del derecho fundamental[\[65\]](#). Fernández urzainqui y seoane sPiegelberg, a su vez, apoyan esta decisión en la necesidad del recurso[\[66\]](#). Muñoz Sabaté apunta como argumento que la destrucción del material o, su devolución, obligarían a sesgar el expediente judicial[\[67\]](#).

4.4. Recursos.

Contra la resolución anterior cabe recurso de reposición y quedará a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en apelación contra la sentencia definitiva. El recurso de reposición se interpone, sustancia y resuelve en el acto del juicio. Se trata, de nuevo, de dar primacía al principio de oralidad (en contra de la regulación de los arts. [451](#) a [454 LEC](#))[\[68\]](#). Es una resolución oral en los términos de los arts. [206.2.2º](#), [208](#) y [210 LEC](#) y cabe tanto, si se declaró la licitud como la ilicitud. Esta reposición es presupuesto para que las partes puedan hacer valer sus derechos en la segunda instancia[\[69\]](#), de tal manera que, tras su resolución, es la ley la que reserva tales derechos, a diferencia de lo que sucede con el art. [285.2 LEC](#), que exige la protesta.

A pesar de que el art. [287 LEC](#) sólo habla de "reproducir la impugnación", asenCio me-llado considera que las partes podrán formular recurso de apelación contra la sentencia definitiva y por el solo hecho de la declaración de licitud o ilicitud, siempre que concurra

[Página 411]

el requisito del gravamen del art. 448[70]_. Fernández urzainqui, afirma que en segunda instancia, si la prueba fue inadmitida, la parte perjudicada que formuló reposición, podrá proponerla de nuevo (art. 460.2.1°, aunque, si se entiende que el pronunciamiento ha de ser el de no practicar parece que debería acudir al art. 460.2.2°). Si la prueba fue admitida y practicada, el perjudicado, puede impugnarla, de nuevo, a través del art. 459 LEC[71].

En cuanto a los recursos extraordinarios, se sostienen dos posiciones. Fernández urzainqui y moreno Catena defienden la procedencia del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 466 y 468 y ss. LEC)[72]_. El último autor, argumenta que el uso de una prueba ilícita para fundar el juicio fáctico supone vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) y no del derecho material vulnerado por la actividad extraprocésal. Sin embargo, Asencio Mellado considera que cabe recurso de casación sobre la base del art. 477 LEC y 5 LOPJ, afirmando que la infracción de derechos fundamentales que ocasiona la ilicitud nunca lo es con vulneración del art. 24 CE, sino de cada derecho afectado[73]_. Parece que la doctrina del TC se inclina por la primera postura ya que en diversas sentencias como la 114/1984, 81/1998 o 50/2000, se afirma que la valoración de la prueba ilícita implica ignorancia de las garantías propias del proceso[74]_. Concretamente, la STC 114/1984, en el fundamento 2°, declara que la lesión del derecho fundamental material no puede imputarse al órgano judicial, sino que procede de un acto externo al proceso. El acto procesal no es atentatorio, de modo directo, del derecho material y da como argumento un

supuesto que también puede existir en el incidente del art. 287 LEC, como es que, el titular del derecho vulnerado extraprocésalmente no sea parte en el litigio. Es de destacar la STC de 11 de febrero de 2002, que afirma que, "la prohibición de vulneración de la prueba nula y de la de ella derivada, es una regla de exclusión probatoria, orientada a garantizar un proceso justo. Tiene, por tanto, una dimensión exclusivamente procesal, sin los efectos materiales que pretende el recurrente"[75].

4.5. Especial referencia al juicio verbal.

El incidente del art. 287 LEC no sólo puede plantearse en el juicio ordinario sino también en el verbal. Así resulta del propio precepto, en el párrafo segundo del apartado

[Página 412]

primero y del art. 446 LEC, la mayor parte de las cuestiones tratadas anteriormente son reproducibles aquí pero, es interesante abordar algunas especialidades derivadas de la propia tramitación del juicio verbal y, en especial, el régimen de recursos del art. 446 LEC, así como, su relación con el art. 445 LEC y, por referencia, con los arts. 285.2 y 287 LEC.

Dado que el juicio verbal se tramita en unidad de acto, será al comienzo de la vista, tras la proposición de las pruebas (momento en el que se conocerán éstas y sus posibles vicios[76]) cuando deba denunciarse la ilicitud, sustanciándose y resolviéndose el incidente, de forma oral, antes de la práctica de la prueba (art. 287.1 LEC). Ahora bien, esta regulación concentrada puede plantear

problemas si las partes no disponen en el acto de elementos probatorios suficientes para defender sus posiciones acerca de la ilicitud (sobre todo cuando sea el Juez quien plantee el incidente de oficio). En tales casos, sólo cabe la interrupción de la vista conforme al art. [193.1](#) [1](#)°, 2°, 3° o 4° [LEC](#). Si bien, lo cierto es que tal necesidad puede surgir en el juicio ordinario [\[78\]](#).

Pero los mayores problemas interpretativos se dan respecto del régimen de impugnación de la resolución sobre licitud (y en general con las resoluciones sobre admisión de pruebas) a la vista de los arts. [446](#) y [445 LEC](#). El primero dispone que "contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer su derechos en la segunda instancia". A primera vista, parece que sólo cabe la protesta y, sólo, cuando la resolución sobre prueba ilícita sea la de admisión (o cuando se admita en general una prueba pero, no contra la resolución de inadmisión). Sin embargo, el art. [445 LEC](#) declara aplicables al juicio verbal, lo establecido en los Caps. v y vi del Tit. I del libro II. Entre tales normas se encuentran los arts. [285.2](#) y [287 LEC](#), que establecen el recurso de reposición, el primero en general y, el segundo, para la decisión del incidente, haciendo expresa referencia, este último, al juicio verbal.

La interpretación de estos preceptos da lugar a las siguientes posiciones. En primer lugar, Díaz Fuentes considera que ante la contradicción de estos artículos debe prevalecer el art. [445 LEC](#) (que es tan especial respecto al general art. [285](#), como el art. [446 LEC](#)) y, por ello, ante la resolución sobre admisión de prueba (con exclusión de la

ilícita) no debe confiarse en la mera protesta por lo que, en todo caso, debe admitirse reposición del art. [285.2 LEC](#). lo mismo sucedería con la resolución sobre prueba ilícita

[Página 413]

(tanto, admisión como, inadmisión) pudiendo plantearse la reposición del art. [287 LEC](#). En definitiva, este autor considera el art. [446 LEC](#) letra muerta [\[79\]](#).

En segundo lugar, montero aroCa opina que en el juicio verbal es aplicable el art. [446 LEC](#), de manera que, se excluye el recurso de reposición y sólo cabe la protesta en los casos expresamente previstos en el precepto [\[80\]](#). López-Fragoso Álvarez sostiene la prevalencia, en todo caso, del art. [446 LEC](#) apoyándose en el art. [460.2.1° LEC](#), que se refiere, también, a protesta [\[81\]](#). Pero Asencio Mellado, respecto a la prueba ilícita, indica que frente a la resolución oral que se adopte en el acto de la vista o del juicio, estime o no la ilicitud, se podrá formular recurso de reposición del art. [287.2 LEC](#) [\[82\]](#).

En tercer lugar, lopez Simó interpreta los artículos de manera que, frente a las decisiones de inadmisión general de prueba, cabe protesta (art. [446 LEC](#)) y contra las de admisión, por aplicación del art. [285.2 LEC](#) y ante el silencio legal, cabría reposición y protesta, lo cual, critica, por ilógico. No obstante, respecto a la decisión sobre admisión de prueba ilícita, considera que ha de prevalecer el art. [446 LEC](#) de forma que sólo cabe protesta -y no reposición- frente a la resolución que determina, en primera

instancia, la licitud o ilicitud[83]_. la misma solución defiende Seoane Spiegelberg [84].

Pues bien, respecto a la resolución sobre prueba ilícita, la especialidad del art. 446 LEC se da, no frente al art. 285.2 LEC, sino frente al art. 287.2 LEC que se refiere claramente al acto del juicio o, de la vista (en caso de juicio verbal). No tendría sentido entender que frente a la admisión de la prueba cupiera protesta y, frente a la inadmisión (menos perjudicial desde el punto de vista del derecho fundamental material afectado), reposición. la claridad del art. 287.2 LEC y el espíritu de la nueva LEC de conceder reposición frente a las decisiones de admisión e inadmisión de pruebas (art. 285.2 LEC) llevarían a defender que, en el juicio verbal, ha de prevalecer la posibilidad del recurso de reposición, al menos, en relación a la decisión sobre licitud de la prueba, dándose así cumplimiento al art. 287.2 LEC.

5. Conclusiones.

1. Desde el punto de vista conceptual se plantean dos cuestiones en la doctrina.

[Página 414]

a) la primera, es la relativa al concepto de prueba ilícita. Partiendo de los arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC se puede concluir que el ordenamiento español sigue un concepto restrictivo de prueba ilícita. Ésta puede definirse, así, como aquella, en cuya obtención o práctica, se han vulnerado derechos fundamentales.

b) la segunda, se refiere al ámbito de aplicación de los arts. 283.3 y 287 LEC. El

primero de ellos recoge el principio de legalidad procesal en materia probatoria y se refiere a los medios de prueba, es decir, a la actividad realizada ante el juez, en el proceso, para lograr su convicción, constituyendo un límite al catálogo abierto del art. 299 LEC. El segundo, sin embargo, se refiere a la ilicitud de las fuentes de prueba, esto es, la actividad extraprocesal realizada por las partes que luego se incorpora al proceso a través del oportuno medio de prueba. Por ello, el art. 283.3 LEC no amplía el concepto de ilicitud del art. 287 LEC.

2. Desde el punto de vista procedimental, se distinguen tres momentos en el control judicial de la prueba ilícita.

a) la mayor polémica doctrinal existe en el trámite de admisión de la prueba. un sector doctrinal entiende que el Juez no puede inadmitir una prueba por ilícita en el trámite del art. 285 LEC sino que, necesariamente, ha de admitirla (sin recurso de reposición del art. 285.2 LEC) para, en el juicio o en la vista, abrir el ineludible incidente del art. 287 LEC. Así se garantiza la contradicción respecto de esta cuestión. Otros autores entienden que la prueba ilícita no debe ser admitida si no existen dudas acerca del vicio, pudiendo el Juez rechazarla en la resolución del art. 285 LEC, ya sea de plano ya, con audiencia de las partes. Sólo si se plantea la cuestión de la ilicitud tras la admisión, se abrirá el incidente del art. 287 LEC, que actuaría como mecanismo de refuerzo en el control de la prueba ilícita para expulsarla del proceso. Realmente, esta discusión únicamente tendrá trascendencia en los casos en los que no existan dudas sobre la ilicitud ya que, en otro caso, entrará en juego la máxima *pro probatione*.

b) la segunda fase del control judicial es el incidente del art. 287 LEC, una vez admitida la

prueba y antes de su práctica. la denuncia de la ilicitud, a pesar de que el artículo se refiere a prueba admitida, puede hacerse de inmediato, es decir, en el momento de la proposición o en el de la aportación de documentos o en el trámite del art. [427 LEC](#). Se garantiza, así, que las partes dispongan de los oportunos medios de prueba ya que el incidente se sustanciará, eso sí, al inicio del juicio o de la vista, antes de la práctica de la prueba. la sustanciación consistirá en la audiencia de las partes y en la práctica de las pruebas pertinentes, útiles y legales relativas a la ilicitud. Aunque el incidente puede iniciarse de oficio o a instancia de partes la sustanciación ha de ser impulsada por éstas. No obstante, si se iniciara de oficio el Juez ha de poder proponer prueba lo que evitaría los efectos perjudiciales derivados de la inactividad de las partes. una vez sustanciado el incidente se resolverá oralmente en el mismo acto. Contra la resolución se dará [recurso de reposición reservando la ley los derechos de las partes en la apelación contra la sentencia](#)

[Página 415]

definitiva. Si en apelación se confirmara una sentencia que ha valorado una prueba ilícita cabría recurso extraordinario por infracción procesal, concretamente, del derecho a un proceso con todas las garantías del art. [24 CE](#). En cuanto al destino de la prueba declarada ilícita, que no se valorará en la sentencia, a efectos de recurso y para ventilar posibles responsabilidades, deberá ser conservada por el Secretario.

c) El incidente del art. 287 no es preclusivo y la falta de planteamiento del mismo no convalida

ni subsana la prueba nula, de manera que, la ilicitud probatoria puede plantearse tras su práctica e, incluso, en la sentencia. En tal caso y para garantizar la contradicción, se acudiría a la nulidad de actuaciones de los arts. [225.5](#) y [227.2 LEC](#) y [240.2 LOPJ](#).

3. El régimen de control de la prueba ilícita es aplicable al juicio verbal, incluido el incidente del art. [287 LEC](#). No obstante, este último, normalmente, provocará la interrupción de la vista para permitir a las partes proveerse de los oportunos medios probatorios. Contra la resolución sobre prueba ilícita, a pesar de lo dispuesto en el art. [446 LEC](#), cabría recurso de reposición de acuerdo a los arts. [445](#) y [287 LEC](#).

6. Índice sistemático de jurisprudencia.

JuriSPruDencia Tc.

a) Inadmisibilidad de la prueba ilícita.

STC de 29 de noviembre de 1984, ftos jcos 4° y 5° (EDJ 1984/114).

STC de 2 de marzo de 1998, fto jco 2° (EDJ 1998/1494).

STC de 11 de febrero de 2002, ftos jcos 3° y 4° (EDJ 2002/3372).

STC de 28 de febrero de 2000, fto jco 2° (EDJ 2000/1878).

b) la nulidad de actuaciones procesales exige efectiva indefensión.

STC de 15 de enero de 1996, fto jco 3° (EDJ 1996/15).

STC de 12 de diciembre de 2005, fto jco 4° (EDJ 2005/213561).

STC de 30 de septiembre de 2002, fto jco 3° (EDJ 2002/44858).

c) *Máxima pro probatione*.

STC de 20 de febrero de 1986, fto jco 8° (EDJ 1986/30).

STC de 30 de octubre de 1991, fto jco 3° (EDJ 1991/10314).

d) la valoración de una prueba ilícita supone infracción de las garantías del proceso.

[Página 416]

STC de 29 de noviembre de 1984, ftos jcos 1°, 4° y 5° (EDJ 1984/114).

STC de 2 de abril de 1998, fto jco 2° (EDJ 1998/1494).

STC de 28 de febrero de 2000, fto jco 2° (EDJ 2000/1878).

STC de 11 de febrero de 2002, fto jco 3° (EDJ 2002/3372).

TS.

e) *Máxima pro probatione*.

STS, Sala 1.a, de 28 de julio de 1994, fto jco 2° (EDJ 1994/6251).

STS, Sala 1.a, de 18 de julio de 1991, fto jco 1° (EDJ 1991/8027).

TTSSJJ.

f) ART. [287 LEC](#).

STSJ del País vasco, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2004, fto jco 2° (La Ley Juris 1910085/2004).

AAPP.

g) El art. [287 LEC](#) se refiere a la fuente y no al medio de prueba.

SAP de Pontevedra, sección 6.a, de 18 de noviembre de 2002, fto jco 2° (La Ley Juris 1331929/2002).

h) ART. [287 LEC](#). Concepto de prueba ilícita.

SAP de Pontevedra, sección 6.a, de 18 de noviembre de 2002, fto jco 2° (La Ley Juris 1331929/2002).

SAP de Córdoba, sección 3.a, de 25 de mayo de 2002, fto jco 2° (AC 2002/1000).

Juzgados.

i) ART. [287 LEC](#).

S del Juzgado de lo Social n° 31 de Madrid de 26 de marzo de 2001, fto jco 3° (La Ley Juris 3271/2001).

7. Bibliografía.

Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed Bosch, Barcelona, 2005.

Asencio Mellado, J. M., en AA.vv., *Proceso civil práctico*, Gimeno Sendra, v. (Coord.). Ed. la ley, Madrid, 2001.

[Página 417]

Banacloche Palao, J., en comentario al art. [433](#), AA.vv., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, de la oliva (coord.), Ed. Civitas, Madrid, 2001.

Cremades Morant, J., Ley de Enjuiciamiento civil, Marina Martínez Pardo, J. y Loscertales Fuentes, D. (Coords.), Ed. Sepín, Madrid, 2000.

De La Oliva Santos, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

De La Oliva Santos, A., *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

Díaz Fuentes, A., *La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil: tratamiento y práctica*, Ed. Bosch, 2.a Edición, Barcelona, 2004.

Fernández urzainqui, F. J., en AA.vv., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*,

Fernández ballesteros, M. A.; riFá soler, J. M.; valls gombáu, J.f. (Coords.), Ed. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000.

Gálvez Muñoz, I., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

Garberí llobregat, J. y buitrón ramírez, G., *La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Garcimartín montero, r., en AA.vv.,

Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), Cor-dón moreno, f. (Coord.), Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

López Simó, F., *Disposiciones generales sobre prueba: (análisis de los artículos [281](#) a [298](#) y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de Enero de enjuiciamiento civil)*, Ed. la ley-Actualidad, 1.a Edición, las Rozas, Madrid, 2001.

López-Fragoso Álvarez, T., en AA.vv., *Proceso civil práctico*, Gimeno Sendra, v. (Coord.), Ed. la ley, Madrid, 2001.

Marimón Durá, M.A. C. en AA.vv., *El proceso civil: doctrina, jurisprudencia y formularios*, esCribano mora, f. (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Martín Ostos, J., en AA.vv., *Comentarios a la nueva LEC*, IorCa navarrete, A.M. (direc.), Ed. lex Nova, 1.a Edición, Valladolid, 2000.

Miranda Estrampes, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, 3.a Edición, Madrid, 2002.

Moreno catena, V., en AA.vv., *El proceso civil: doctrina, jurisprudencia y formularios*, esCribano mora, f. (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Muñoz Sabaté, Il., *Fundamentos de la prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2001.

Micó i Junoy, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en Rev. Justicia 2005 III-IV.

[Página 418]

Seoane Spiegelberg, J. I., La prueba en la [LEC 1/2000](#): disposiciones generales y presunciones, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

Serra Domínguez, M., El derecho a la prueba en el proceso civil español, en AA.vv,

"libro homenaje a Jaime guasp", Ed. Comares, granada, 1984.

- Comentarios al [Código Civil](#) y Compilaciones Forales, albaladeJo, M. (dir.). Edit. Revista de derecho privado, Madrid, 1991, T. XVI vol. II.

[1] Con anterioridad a esta regulación, la ineficacia de la prueba ilícita fue defendida, en la doctrina española, por Serra Domínguez, M., en El derecho a la prueba en el proceso civil español, en AA.vv, "libro homenaje a Jaime guasp", Ed. Comares, granada, 1984, pp. 569-571 y también "Comentarios al [Código Civil](#) y Compilaciones forales", albaladeJo, M. (dir.). Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1991, T. XVI vol. II, pp. 88-91.

[2] Seoane Spiegelberg, J.L. La prueba en la [LEC 1/2000](#): disposiciones generales y presunciones, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 142 y 143 y Miranda Estrampes, M., El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 17-22.

[3] En relación a esta materia, Miranda Estrampes, M., El concepto de prueba ilícita..., ob. cit., pp. 26-29.

[4] Moreno Catena, v. en AA.vv, El proceso civil: doctrina, jurisprudencia y formularios, esCribano mora, f. (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2001, T. III, pp. 2228.

[5] Moreno Catena, v. en AA.vv, El proceso civil..., ob.cit. T. III, pp. 2228 y 2230.

[6] López Simó, F., Disposiciones generales sobre prueba: (análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de Enero de enjuiciamiento civil), Ed. la ley-Actualidad, las Rozas, Madrid, 2001, pp. 89 y 90.

[7] Muñoz Sabaté, Il., Fundamentos de la prueba judicial civil. [LEC 1/2000](#), Ed. JM Bosch, Barcelona, 2001, pp. 244.

[8] PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil, en Rev. Justicia 2005 III-Iv, pp. 61 y 63.

[9] Garberí Llobregat, J y Buitrón Ramírez, g., La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la [nueva Ley de Enjuiciamiento Civil](#), Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2004, pp. 126; Díaz Fuentes, A., La prueba en la [nueva Ley de enjuiciamiento civil](#): tratamiento y práctica, Ed. Bosch, 2.a Edición, Barcelona, 2004, pp. 66; seoane Spiegelberg, J. I., La prueba en la [LEC](#)," ob. cit., pp. 139 y 143; Fernández urzainqui, f. J., en AA.vv, [Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil](#), Fernández ballesteros, M. A.; riFá soler, J. M.; valls gombáu, J.f. (Coords.), Ed. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000, T. II, pp. 1309 y 1336; Asencio Mellado, J. M., en AA.vv, Proceso civil práctico, Gimeno Sendra, v. (Coord.), Ed. la ley, Madrid, 2001, T. Iv pp. 48 y 128.

[10] STC 29 de noviembre de 1984, fto jco 4º

y 5º (EDJ 1984/114).

[11]_ Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, Ed. Cívitas, 3.a Edición, Madrid, 2002, pp. 113, 116 y 123. En el mismo sentido, Fernández urzainqui, f. J., en Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., T. II, pp. 1336.

[12]_ Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 108.

[13]_ Seoane Spiegelberg, J. I., La prueba..., ob. cit., pp. 150.

[14]_ Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 123 y 124; seoane Spiegelberg, J. I., La prueba..., ob. cit., pp. 150; garberí llobregat, J y buitrón ramírez, g., La prueba civil..., ob. cit., pp. 126; Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 48.

[15]_ Moreno Catena, v., El proceso civil..., ob. cit., pp. 2228.

[16]_ SAP de Pontevedra, sección 6.a, 18 de noviembre de 2002, fto jco 2º, (La Ley Juris 1331929/2002) donde se afirma que "debemos partir del art. 11.1 LOPJ. completado por el art. 287 LEC de los cuales; claramente se deduce que la ilicitud se refiere al modo en que se han; obtenido las fuentes de prueba, esto es cómo la parte ha llegado a tener conocimiento de la existencia de la fuente".

[17]_ PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 99. En el mismo sentido, .montero aroCa, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 127.

[18]_ PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 64, 65 y 100.

[19]_ Seoane Spiegelberg, J. L., La prueba...,

ob. cit., pp. 151.

[20]_ STC 29 de noviembre de 1984, fto jco 4º (EDJ 1984/114).

[21]_ STC de 15 de enero de 1996, fto jco 3º (EDJ 1996/15), de 30 de septiembre de 2002, fto jco 3º (EDJ 2002/44858) y de 12 de diciembre de 2005, fto jco 4º (EDJ 2005/213561).

[22]_ PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit. pp. 76, 90-92.

[23]_ Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 131, 132-134.

[24]_ Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1341. En el mismo sentido, garberí llobregat, J. y buitrón ramírez, g., La prueba civil..., ob. cit., pp. 195, quienes consideran que la ilicitud no es causa de inadmisión sino de expulsión de la prueba; Abel Lluch, X., Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 359; martín ostos, J., en AA.vv, Comentarios a la [nueva LEC](#), lorCa navarrete, A.M. (direc.), Ed. lex Nova, valladolid, 1.a edición, 2000, T. II, pp. 1776, aunque considera posible el recurso de reposición del art. [285.2 LEC](#) tras la admisión; montero aroCa, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 143.

[25]_ Seoane Spiegelberg, J. L., La prueba..., ob. cit., pp. 148 y 149.

[26]_ De La Oliva Santos, A., Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), Ed. Civitas, Madrid 2001, pp. 524 y Derecho procesal civil: el proceso de declaración, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 326 y 327. Esta posibilidad de inadmitir sin audiencia de las partes, ex arts. [283](#) y [285 LEC](#), una prueba ilícita es defendida por

Muñoz Sabaté, Il., Fundamentos de la prueba judicial civil..., ob. cit., pp. 247 y 248; Cremades morant, J., [Ley de Enjuiciamiento civil](#), Marina Martínez Pardo, J. y los Certales Fuentes, D. (Coords.), Ed. Sepín, Madrid, 2000, T. I, pp. 718; gálvez muñoz, I., La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, Ed. Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pp. 217 y 218. No obstante, en la página 219 este autor precisa que debe garantizarse la contradicción y practicarse las diligencias necesarias, aunque sea en el trámite de admisión; garCimartín montero, R., en AA.vv., [Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), Cordón moreno, f. (Coord.), Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001, T. I, pp. 1026.

[27] Moreno Catena, v., El proceso civil..., ob. cit., T. III, pp. 2231 y 2232.

[28] Esta idea la expresa Muñoz Sabaté, Il. Fundamentos de la prueba judicial civil..., ob. cit., pp. 250.

[29] Miranda Estrampes, M., El concepto de prueba ilícita..., ob. cit., pp. 92-99. Este autor alude a la inutilizabilidad como consecuencia jurídica asociada a la prueba ilícita y destaca la necesidad de inadmitirla impidiendo su entrada en el proceso para evitar la contaminación psicológica. No obstante defiende que la inadmisión se decida en trámite contradictorio (pp. 97).

[30] Seoane Spiegelberg, J.L., La prueba..., ob. cit., pp. 138 y 149 o Abel Lluch, X., Iniciativa probatoria de oficio..., ob. cit., pp. 357, entre otros. STC de 20 de febrero de 1986, fto jco 8° (EDJ 1986/30) y de 30 de octubre de 1991, fto jco 3° (EDJ 1991/10314); STS Sala 1.a, de 18 de julio de 1991 fto jco 1° (EDJ 1991/8027) y Sala 1.a, de 28 de julio de 1994, fto jco 2° (EDJ 1994/6251).

[31] SAP de Córdoba, sección 3.a, de 25 de mayo de 2002, fto jco 2° (AC 2002/1000) y SAP de Pontevedra, sección 6.a, de 18 de noviembre de 2002, fto jco 2° (La Ley Juris 1331929/2002).

[32] Se pueden destacar: la STSJ del País vasco, Sala de lo Social, 6 de julio de 2004, fto jco 2°, (La Ley Juris 1910085/2004), en la que se confirma la actuación del Juez que no valoró en la sentencia, por vulnerar derechos fundamentales, un informe pericial previo, que se aportó posteriormente al proceso y se sometió a contradicción, sin plantear incidente del art. 287 de la [LEC](#). También afirma que los arts. 11.1 de la [LOPJ](#), 287 de la [LEC](#) y 90.1 de la [IPI](#) determinan la imposibilidad de admitir pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. También señalar, la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 31 de Madrid de 26 de marzo de 2001, fto jco 3°, (La Ley Juris 3271/2001), que afirma que la declaración de la vulneración del derecho fundamental conviene realizarla en la sentencia al ser muy difícil en la práctica aplicar el incidente del art. 287 de la [LEC](#).

[33] Martín ostos, J., [Comentarios a la nueva LEC](#)..., ob. cit., pp. 1776.

[34] De la Oliva santos, A., [Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil](#)..., ob. cit., pp. 521, que afirma que la regulación del art. 287 sobre prueba ilícita no impide la aplicación de este precepto (283.3).

[35] PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 94.

[36] Abel Lluch, X., Iniciativa probatoria de oficio..., ob. cit., pp. 360.

[37] Díaz Fuentes, A., La prueba en la nueva

Ley..., ob. cit., pp. 75.

[38] Picó i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 78 y 94 y ss. quien afirma que no cabe convalidación implícita de la prueba ilícita derivada de la actitud pasiva del litigante que no denuncia su existencia, pues el art. 11.1 de la [LOPJ](#) contiene una prohibición absoluta de valoración y es norma de ius cogens. También, Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1340; Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 127 y 134; seoane sPiegelberg, J.I., La prueba... ob. cit., pp. 154, etc.

[39] STC de 29 de noviembre de 1984, fto jco 4º (EDJ 1984/114); de 2 de abril de 1998 fto jco 2º (EDJ 1998/1494); de 28 de febrero de 2000, f.j. 2º (EDJ 2000/1878) y de 11 de febrero de 2002, ftos jcos 3º y 4º (EDJ 2002/3372).

[40] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 134.

[41] PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 96-98.

[42] Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 144.

[43] Picó i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 96-98.

[44] Fernández urzainqui, f.J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1340.

[45] Abel Lluch, X., Iniciativa probatoria de oficio..., ob. cit., pp. 360.

[46] Díaz Fuentes, A., La prueba en la nueva Ley..., ob. cit., pp. 75; Muñoz Sabaté, Il., Fundamentos de la prueba judicial civil..., ob. cit., pp. 249; moreno Catena, v., El proceso

civil..., ob. cit., pp. 2232; de la oliva santos, A., Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Civil...](#), ob. cit., pp. 524.

[47] Picó i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 98.

[48] En este sentido, moreno Catena, v., El proceso civil..., ob. cit., pp. 2231 y 2232 y de la oliva santos, A., Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Civil...](#), ob. cit., pp. 524.

[49] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 131.

[50] Díaz Fuentes, A., La prueba en la nueva Ley..., ob. cit., pp. 74.

[51] Muñoz Sabaté, Il., Fundamentos de la prueba judicial civil..., ob. cit., pp. 247.

[52] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1340.

[53] PiCÓ i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 93, entiende que puede formularse oralmente en la audiencia o, por escrito antes del juicio. Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 131, considera que solo puede plantearse por escrito.

[54] Seoane Spiegelberg, J.I., La prueba..., ob. cit., pp. 147.

[55] Muñoz Sabaté, Il., Fundamentos de la prueba judicial civil..., ob. cit., pp. 247.

[56] Picó i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 93; montero aroCa, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 143; Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 132; seoane sPiegelberg, J.I., La prueba..., ob. cit., pp. 127; Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1341.

[57] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1341, señala que contra la admisión o inadmisión de estas pruebas las partes hacen uso del recurso y protesta a que se refieren los arts. [287.2](#) y [446 LEC](#).

[58] Abel Lluch, X., Iniciativa probatoria de oficio..., ob. cit., pp. 359.

[59] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1341; Martín Ostos, J., Comentarios a la nueva [LEC](#)..., ob. cit., pp. 1777; Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 143; Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 132. Estos dos últimos autores solo hablan de la prueba que propongan las partes.

[60] Picó i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 93.

[61] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1342.

[62] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 135.

[63] Fernández Urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1342.

[64] Garcimartín Montero, R. en AA.vv., Comentarios a la..., ob. cit., pp. 1027.

[65] Picó i Junoy, J., La prueba ilícita..., ob. cit., pp. 81.

[66] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1342 y 1343; Seoane Spiegelberg, J.I., La prueba..., ob. cit., pp. 153.

[67] Muñoz Sabaté, Il., Fundamentos de la

prueba judicial civil..., ob. cit., pp. 248.

[68] Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 144, quien critica este régimen al entender que sólo debería darse protesta.

[69] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1343.

[70] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 135.

[71] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1343 y 1344. No obstante, Garcimartín Montero, R. en AA.vv., Comentarios a la..., ob. cit., pp. 1028, pone de manifiesto la dificultad de impugnar la decisión de no practicar la prueba ilícita ya que, no tendría buen encaje en los supuestos del art. [460 LEC](#). En cuanto al art. [459 LEC](#), indica que los arts. [287](#) y [446 LEC](#) se refieren, únicamente, a reproducir la impugnación.

[72] Fernández urzainqui, f. J., Comentarios a la nueva ley..., ob. cit., pp. 1344; Moreno Catena, v., El proceso civil..., ob. cit., pp. 2233.

[73] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 135

[74] STC de 29 de noviembre de 1984, fts jcos 1º, 4º y 5º (EDJ 1984/114); de 2 de abril de 1998 fto jco 2º (EDJ 1998/1494) y de 28 de febrero de 2000, fto jco 2º (EDJ 2000/1878).

[75] STC de 11 de febrero de 2002, fto jco 3º (EDJ 2002/3372).

[76] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 132.

[77] Díaz Fuentes, A., La prueba en la nueva

Ley..., ob. cit., pp. 75, donde cita a Seoane Spiegelberg en, "Notas sobre regulación de la prueba en la [LEC 1/2000](#)", documentación ofrecida en jornadas monográficas acerca de Los juicios declarativos, en el Colegio de Abogados de la Coruña, con la organización de ENfOQuE XXI, autor que defiende incluso el uso de las diligencias finales con tal de evitar indefensión).

[78] Banacloche Palao, J., en comentario al art. [433](#), AA.vv. Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)..., de la oliva (coord.), ob. cit., pp. 731.

[79] Díaz Fuentes, A., La prueba en la nueva Ley..., ob. cit., pp. 70 y 71.

[80] Montero Aroca, J., La prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 143 y 144.

[81] López-Fragoso Álvarez, T, en AA.vv., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 187 y 188.

[82] Asencio Mellado, J. M., Proceso civil práctico, ob. cit., pp. 135. Otros autores que dan prevalencia al art. [446 LEC](#) son garCimartín montero, R. en AA.vv., Comentarios a la..., ob. cit., pp. 1028; marimón durá, M.a.C., El proceso civil..., ob. cit., pp. 3356.

[83] López simó, F., Disposiciones generales..., ob. cit., pp. 93 y 96.

[84] Seoane Spiegelberg, J.L., La prueba..., ob. cit., pp. 141y 147.