

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

Mercedes Fernández López

Parece que al hablar de razonamiento probatorio tendemos a centrarnos en la valoración y la motivación, pero hay determinados presupuestos previos que hay que abordar para llegar a ese momento último del enjuiciamiento, que deben estar absolutamente claros, de los cuales se debe reflexionar para ponerlos en conexión con ese momento último y determinante de la decisión judicial.

En 2019, Marcial Pons publicó *Contra la carga de la prueba*, un libro en el que participan Michele Taruffo, Jordi Ferrer, Jordi Nieva y Leandro Giannini. Esa obra colectiva da cuenta de la problemática que rodea a la carga de la prueba y que me gustaría abordar en la medida en que si bien alguna de las críticas que articulan en sus trabajos tiene cierto fundamento teórico, hay otras que o bien me parecen un tanto apresuradas, o bien encuentran su origen en ideas confusas o ambiguas acerca de cuál es el fundamento y el funcionamiento en la práctica de la carga de la prueba.

La primera parte de mi intervención podría denominarla “En defensa de la carga de la prueba”, precisamente porque me propongo formular algunos argumentos para contrarrestar las principales críticas con las cuales los autores pretenden cuestionar su razón de ser.

Junto a los problemas de proposición de la prueba, relativos a la iniciativa probatoria y, en consecuencia, a la carga de la prueba en su dimensión formal —lo que nos remite a analizar el principio de aportación, el principio de colaboración procesal, la prueba de oficio,

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

etcétera—, en el punto de partida de la actividad probatoria procesal, se dan otros problemas propios de un momento inmediatamente posterior al de la proposición de la prueba: los relativos a la admisión de la prueba y la práctica de la prueba admitida; o mejor dicho, los que se producen cuando no se practica la prueba que ha sido admitida.

En relación con dicha cuestión, voy a abordar, en principio, cuáles son los criterios de admisión de la prueba. En primera, me referiré a su relevancia en un sentido muy amplio, que incluiría los conceptos de pertinencia y utilidad, para tratar de establecer algunas diferencias conceptuales importantes y las notas características que hay que tener en cuenta a la hora de valorar la pertinencia y la utilidad de las pruebas propuestas.

También, en relación con los criterios de admisión, me referiré a la licitud de la prueba, un presupuesto que puede aparecer a lo largo de todo el procedimiento, pero me parece central traerla, necesariamente, a este inicio, de manera que pueda expulsarse del procedimiento toda prueba ilícita desde el momento en que se propone y se conoce que vulnera los derechos fundamentales.

En segunda, junto a los criterios de admisión, abordaré la prueba anticipada; es decir, la posibilidad de admitir pruebas, en qué situaciones y con qué presupuestos se tiene que practicar para, posteriormente, darle valor probatorio a pesar de no haberse llevado a cabo en el acto de juicio.

Vayamos al primer lugar de las cuestiones: las críticas que, como les decía, se han dirigido recientemente a la carga de la prueba. Básicamente, se refieren a la relevancia procesal que tienen las reglas de carga de la prueba formal. Se pone de manifiesto por varios de los autores —de manera fundamental, Michele Taruffo y Jordi Ferrer— la existencia de otros mecanismos de introducción de pruebas en el proceso, los cuales hacen que la actividad de las partes, movida por el principio de aportación de parte, carezca de relevancia sustancial como para explicar, por sí solo, el fenómeno de la aportación de pruebas, esto es, en términos de la actividad exclusiva de las partes en el proceso.

Es cierto —como destacan los citados autores— que, junto al principio de aportación, existe el principio de adquisición procesal, el cual supone que todo el material probatorio que consta en las actuaciones

nes puede ser valorado con independencia de quién lo haya introducido; se dice que, una vez aportado, se diluye la importancia de quién lo hizo valer. En efecto, lo más importante no es quién ha aportado la prueba, sino cuál es su resultado.

Junto a ello, en segundo lugar, nos encontramos con el principio de colaboración —en nuestro sistema procesal, regulado y contemplado en el artículo 118 de la Constitución—, es decir, el deber de todos los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia. Dicho principio está dirigido más bien a terceros que están llamados a realizar algún tipo de actuación procesal; sin embargo, no hay problema para entenderlo también aplicable a las partes con determinadas adaptaciones que permitan salvaguardar su derecho de defensa.

El deber de colaboración permite entender que los terceros o las partes deben atender posibles requerimientos judiciales, o de la otra parte, para aportar determinados medios de prueba que tengan a su disposición, de modo que su inactividad pueda perjudicar el derecho de la otra parte a ejercitar plenamente el derecho a utilizar los medios de prueba que sean pertinentes para la defensa.

En tercer lugar, también nos encontramos en la inmensa mayoría de sistemas procesales, con la posibilidad —más o menos amplia— de acordar pruebas de oficio para el descubrimiento de la verdad o, al menos, con la previsión de ciertos poderes probatorios de oficio vinculados a la existencia de un interés estatal que ajuste la decisión judicial a la realidad de hechos. Desde luego, es raro el supuesto en el que el Estado renuncia a que el órgano jurisdiccional —o, en su caso, el Ministerio Público— trate de participar en la actividad probatoria a efectos de cumplir una de las finalidades fundamentales del proceso: la búsqueda de la verdad.

Se dice —como vienen a concluir tanto Taruffo como Ferrer— que el juego de todas esas variables y condicionantes convierte las reglas de carga de la prueba formal en innecesarias, sin valor jurídico y, por ello, en reglas prescindibles. No obstante, considero que, si bien es cierto que se dan múltiples variables, el principio de aportación de parte, al que se encuentra absolutamente unida la idea de carga de la prueba, actúa de manera hegemónica en el proceso civil y en la fase de juicio oral del proceso penal.

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

Durante muchos años se confundió el principio de aportación con el principio dispositivo, pero en la actualidad se trata de dos principios conceptualmente delimitados y existe un acuerdo generalizado acerca de que es el principio de aportación de parte el que fundamenta que sean las partes —como regla general— las que introduzcan los medios de prueba en el proceso. Esto no significa que la única manera de incorporar sea por medio de la actividad que desarrollen las partes y solo para incorporar las que les sean favorables.

En efecto, el medio principal de aportación de pruebas será la actividad de las partes, pero no porque el proceso sea un medio para canalizar una disputa entre ellas, sino es un sistema de resolución de conflictos; esa es su especial función y hace descansar sobre las partes la finalidad principal de dar impulso al procedimiento, con lo cual provoca que sean el demandante y el demandado quienes aporten pruebas. No tanto porque el Estado no tenga interés en la resolución de ese asunto —creo que esta idea absolutamente privatista de la justicia ya está bastante superada—; por supuesto que tiene interés en cómo resolverlo y en la corrección de la decisión judicial, pero tiene que establecer garantías de corrección manteniendo, al tiempo, con la máxima prudencia, el respeto a la independencia judicial.

Es cierto —como señalan Taruffo y Ferrer— que es posible acudir en algunos casos a la prueba de oficio, puesto que prácticamente todos los sistemas procesales prevén —en algunos casos con más amplitud, en otros con menos— cierta iniciativa probatoria de los jueces. Lo cierto también es que, fundamentalmente, la actividad probatoria que se va a desarrollar en un pleito —sea este de la naturaleza que sea— será como consecuencia de la actividad de las partes y, ello, porque cada uno desempeña un rol procesal distinto, y el del juez es decidir de manera imparcial. Si el Estado tiene interés en resolver conflictos de naturaleza civil o privada, cuenta con otros mecanismos que no ponen en duda o riesgo la independencia judicial.

Habría que dedicar mucho tiempo a explicar en qué medida la prueba de oficio puede poner en riesgo la independencia judicial. Creo que hay cierto margen de maniobra en el que el juez puede echar mano de esos instrumentos que la ley pone a su disposición para descubrir la verdad, pero sin que, en ningún caso, lo muevan a perder su posición neutral, porque su principal misión es resolver el conflicto. Si el Estado

tiene interés en cómo se desarrollan las actuaciones, siempre puede —así como lo hace en procesos no dispositivos— acudir a la figura del Ministerio Público, que representa esos intereses y que, en su condición de parte, proponga todas las pruebas que se estimen necesarias.

Respecto al principio de adquisición procesal, nunca se ha puesto en duda su eficacia, pero también hay que tener en cuenta que su funcionamiento o efecto procesal es más bien limitado; es decir, dicho principio permite al juez valorar una prueba con independencia de quién la haya aportado. Es fácil ver su influencia en la práctica procesal: “puedo querer probar un hecho que me es favorable por medio de la declaración de un testigo, pero cuando declare algo que yo no tenía previsto y resulte acreditado un hecho que favorece a la otra parte, es donde tiene sentido y entra en juego el principio de adquisición procesal”, y, en estos casos, con independencia de qué parte haya probado, el hecho va a quedar fijado.

Como regla general, las partes van a dirigir su estrategia probatoria con sumo cuidado para que únicamente queden acreditados los hechos que les resulten favorables; es decir, el principio de adquisición procesal va a funcionar para supuestos residuales en los que la parte no consigue controlar la introducción de información probatoria mediante ciertos medios de prueba. Por tanto, su efecto, aun siendo real e indiscutible, se limita a supuestos excepcionales.

En cuanto al principio de colaboración, me referiré después a algunas propuestas de Jordi Ferrer que, en mi opinión, plantean ciertos problemas y, en particular, la relativa a exigir a las partes un deber de colaboración en sentido fuerte, de modo que, en caso de no aportar ciertos medios de prueba, se pueda sancionar a la parte que debió hacerlo.

La existencia de esos principios se ha tratado de utilizar para quitar peso al principio de aportación de parte y, con ello, a la carga de la prueba formal. Sin embargo, me parece que no es posible hacer una asociación tan estrecha. La carga de la prueba formal —como bien advierte Jordi Ferrer— no permite su examen por vía de la impugnación. Un juez no puede revisar si el juez inferior ha aplicado correctamente la regla de la carga de la prueba formal; lo que va a poder revisar es si el juez inferior aplicó de forma correcta las reglas de la carga de la prueba material; es decir, cuando un hecho quedó incierto, si dictó sentencia

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

en contra de la parte que, según las reglas de la carga de la prueba material, debía resultar perjudicada por esa insuficiencia probatoria.

Tiene razón Jordi Ferrer al destacar que la carga de la prueba formal no tiene una relevancia jurídica directa, pero sí la tiene —y mucha— estratégica. Las reglas de carga de la prueba son, al menos, reglas de admonición, pues indican a las partes cuál es la estrategia que deben seguir si quieren ganar. Igual sucede en el deporte reglado: de la misma manera en que es necesaria una regla por la cual se establezca que si un jugador quiere ganar el partido tiene que disparar a puerta y meter un gol, esa regla sigue teniendo sentido aun en el caso de que haya otra que permita contabilizar como gol el de un jugador del otro equipo en su propia portería.

El principio de aportación procesal juega en términos muy similares a la regla futbolística que reconoce como gol marcado en propia meta: la prueba aportada por una de las partes puede jugar en su contra, pero eso no elimina la necesidad de seguir contando con reglas de la carga de la prueba —ni con la regla que indica cómo hay que hacer para ganar un partido de fútbol—.

Otra de las críticas que se han vertido en el libro contra la carga de la prueba es fundamentalmente —y en ella coinciden varios de los autores— que la regla de la carga de la prueba formal y la regla de la carga de la prueba material son independientes, tienen destinatarios distintos y poseen efectos distintos. En efecto, mientras que las reglas de la carga de la prueba formal tienen como destinatarios a las partes —les indican qué hechos tiene que probar cada parte si quieren ganar—, en el caso de la regla de la carga de la prueba material o del juicio, se dirige al juez y es aplicable únicamente en caso de que los hechos relevantes para decidir sean inciertos o queden inciertos; es decir, lo obliga a resolver a favor o en contra de alguna de las partes cuando un hecho no haya quedado suficientemente probado.

Me parece que —aunque son reglas distintas, juegan en momentos distintos y tienen destinatarios diferentes— la carga de la prueba material es, sin duda, necesaria, puesto que consiste en una regla de clausura que le indica al juez qué hacer en caso de hecho incierto —de no existir, los jueces podrían actuar con suma arbitrariedad lanzando una moneda al aire—. Por así decirlo, dicha regla se encuentra de alguna manera vinculada con la carga de la prueba formal, pues

ambas conforman las dos caras de una misma moneda. Esto es, la carga de la prueba material le indica al juez que tiene que condenar porque un hecho que corresponde probar al demandado no ha quedado probado. Y ello, al mismo tiempo, cumple la función informativa para el demandado acerca de qué hechos tiene que probar y, en ese sentido, creo que sí se establece una relación entre ambas y, precisamente, para que puedan existir reglas de inversión de la carga de la prueba tiene que haber una regla general de la carga de la prueba formal, porque entonces nada tenemos que invertir. En ese sentido, hay cierta relación entre ellas.

Aunque nos pueda parecer que las reglas de carga de la prueba son innecesarias porque cualquier jurista sabría que el que alega un hecho tiene que probarlo, lo cierto es que nos aportan seguridad jurídica. De manera fundamental, creo que esa es su función: aportar seguridad jurídica para que las partes puedan orientar su estrategia probatoria y, además, suponen el punto de partida también para que el legislador o el juez pueda modificar esas reglas en casos concretos cuando están en juego los principios de disponibilidad o facilidad probatoria; es decir, cuando una de las partes tiene acceso exclusivo, preferente o simplemente más directo, a los medios de prueba que en principio tendría que aportar la otra parte.

Me resulta muy interesante también la idea de fondo que plantea Jordi Nieva en su estudio publicado en *Contra la carga de la prueba*. Su análisis es fundamentalmente histórico y trata de mostrar cómo en un momento dado —en particular, en el proceso medieval del *ius commune*— la carga de la prueba adopta una especial relevancia de la mano de la proliferación de reglas tasadas de prueba.

¿Qué sucedía en esas circunstancias? Al establecerse reglas relativas a pruebas que necesariamente había que aportar para acreditar determinados hechos, si no se presentaban, no se podían dar por probados tales hechos al no haber otros medios alternativos que tuvieran esa fuerza probatoria, de modo que los jueces —nos cuenta Nieva— abusaban de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. De ahí, Nieva concluye que si no se cumplía la regla de prueba tasada, esto es, si no se aportaba la prueba exigida por la regla, la consecuencia tenía que ser que el hecho no había quedado acreditado y, por lo tanto, el juez resolvía aplicando la regla de clausura; es decir, no de con-

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

formidad con el resultado de la prueba, sino con base en la ausencia de resultado.

Es muy factible que proliferase el uso de la carga de la prueba debido a la existencia de ese tipo de reglas de prueba tasada, porque, efectivamente, se hacía muy difícil poder lograr la prueba de un hecho si no era de la forma estipulada por tales reglas; pero creo que no es algo que, de manera única y exclusiva, se deba a esa razón, pues la necesidad de aplicar reglas de la carga de la prueba es una idea común a contextos en los que hay una necesidad de alcanzar un estándar de prueba muy alto, que nada tienen que ver con ese sistema probatorio.

Pienso, por ejemplo, en sistemas plenamente ordenados por el principio de libre valoración de la prueba, en los que rige un procedimiento totalmente opuesto al que presenta Jordi Nieva y en los que la solución que hay que dar es exactamente la misma. Hablo del proceso penal regido por la presunción de inocencia y por el estándar decisorio de la prueba más allá de toda duda razonable. Para llegar a declarar la culpabilidad del acusado, es necesario que quede acreditada mediante medios de prueba que las partes pueden aportar de manera libre —sin un valor tasado de forma previa por la ley— y, en el caso de que eso no suceda, el juez tiene que absolver por falta de prueba y, por lo tanto, por la aplicación de la regla del juicio que, en ese caso, viene dada por el alto estándar de prueba vinculado con la presunción de inocencia.

Con ello se mostraría que, aunque pueda haber cierta relación histórica entre reglas de prueba legal y reglas de carga de la prueba, no es necesaria, y que las reglas de la carga de la prueba son absolutamente necesarias con independencia del sistema probatorio de referencia. Por lo tanto, el argumento de fondo de Jordi Nieva para justificar que debe prescindirse de las reglas de la carga de la prueba resulta un tanto endeble y requeriría revisión.

Me parece también que en el trasfondo de los trabajos de Michele Taruffo y Jordi Nieva está una cierta naturaleza epistémica de las reglas de carga de la prueba, pero creo que no toda regla probatoria busca la verdad y este es el caso de las reglas de carga de la prueba. Debemos contar con reglas que regulen el procedimiento probatorio y que no necesariamente tengan un valor epistémico —incluso, en ocasiones, pueden perseguir objetivos contrarios—. La regla que regula si



el testigo tiene derecho a una indemnización por los gastos que haya supuesto su participación en el juicio es una regla que forma parte expresamente del sistema de normas de derecho probatorio, pero carece de valor epistémico.

¿Qué ocurre con las reglas de la carga de la prueba? En realidad, su finalidad última no es epistémica. Con precisión, la regla de juicio trata de dar una solución para el caso en el que no seamos capaces de saber cómo sucedieron los hechos. Entonces, parece que lo más acertado es que el hecho no probado sea considerado un hecho inexistente. Eso no tiene ningún valor epistémico. Más bien, parece que es una regla dirigida a procurar cierta seguridad jurídica, a evitar la arbitrariedad judicial, a limitar los casos en los que el juez no resuelve un asunto, o bien lo hace según los criterios dispares y sin ningún control. Pero, en cualquier caso, parece que si hay algún fundamento epistémico en la regla de carga de la prueba material es absolutamente secundario. El principal es el de la seguridad jurídica y, en modo alguno, tiene ese finalidad principal o inmediata.

Me gustaría destacar dos últimas cuestiones en relación con el tema de la carga de la prueba y más centradas en la posición de Jordi Ferrer, quien aporta también argumentos muy interesantes pero muy discutibles acerca de sus motivos para estar en contra de dicha carga, tal como hoy se concibe.

La primera —que ya había adelantado— es la relativa a la existencia de otros mecanismos de aportación de pruebas distintos a la actuación de las partes interesadas. Tengamos en cuenta que Ferrer es partidario de un sistema procesal en el que se pueda incorporar al procedimiento el mayor número de pruebas posibles y, por tanto, es partidario de excluir solamente aquellos medios que, por razones de falta de fiabilidad o de falta de pertinencia, son irrelevantes o cuyo resultado no pueda tenerse en consideración por el juez debido a la inseguridad que plantearían en cuanto no permitan realizar inferencias suficientemente fundadas en la información que proporcionan.

La principal crítica que dirige Ferrer no es tanto a la carga de la prueba material o regla de juicio, que considera necesaria —y en eso estamos de acuerdo—, sino que se centra fundamentalmente —como he dicho al inicio— en las reglas de la carga de la prueba formal. Considera que son irrelevantes porque carecen de valor jurídico, su incum-

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

plimiento no se puede impugnar y la existencia de otros mecanismos para la aportación de pruebas excluye la necesidad de que sean las partes quienes aporten las pruebas. Efectivamente, Jordi Ferrer ve las reglas de carga de la prueba como reglas técnicas y entiende que, como tales, su cumplimiento debe ser necesario para la obtención de los fines que persiguen. Si la carga de la prueba es una regla técnica, debemos entender que la parte tiene el deber en ese sentido técnico —de deber jurídico— de realizar una actividad probatoria y proponer pruebas.

Creo que, más que como regla técnica, habría que hablar más bien de necesidad técnica o práctica. Como hemos visto, el principio de adquisición procesal, la posibilidad de adoptar medidas que exijan la colaboración de la parte y la probabilidad de que el juez aporte pruebas de oficio hacen que la actividad de las partes para proponer pruebas no sea la única mediante la cual la información relevante llegue al proceso y podamos acudir a otros medios para completar ese conjunto probatorio —elementos de juicio que el juez va a valorar—, pero sigue siendo innegable que, a pesar de todo ello, la iniciativa probatoria de parte no deja de ser la principal estrategia por medio de la cual se va a conformar el cuadro probatorio; es decir, como regla general, en todos los procedimientos la principal fuente de incorporación de medios de prueba y de elementos probatorios al proceso es la actividad que van a desarrollar las partes.

Pensemos, además, que el juez va a estar limitado en su actividad probatoria de oficio por su imparcialidad. Hay determinadas actuaciones que no va a poder realizar y otras las hará solo en determinadas condiciones o en ciertas situaciones. Y nos podemos encontrar también con la posibilidad de que la parte incorpore un medio de prueba que resulte favorable para la contraparte o que, en virtud del principio dispositivo, por ejemplo, el demandado decida allanarse y eso, a su vez, provoque el efecto jurídico de que la parte contraria gane sin haber cumplido con su carga de la prueba. Pues bien, como necesidad práctica, es fundamental que las partes sepan de antemano quién tiene que probar, porque todas esas situaciones quedan fuera de su control.

Dice Ferrer que lo que habría que hacer es no solamente contar con lo que las partes vayan a probar, sino también, de alguna manera, establecer ciertos mecanismos de colaboración procesal, que deberían

incluir la posibilidad de imponer sanciones. Si una parte tiene en su poder un medio de prueba y solo ella tiene acceso a esa prueba, entonces tenemos que obligar a que la aporte al procedimiento. Es cierto que hay, en algunos procesos —sobre todo los civiles—, determinados instrumentos para facilitar la colaboración de las partes y de terceros con la actividad judicial y para que se aporten elementos de juicio. En España, por ejemplo, tenemos las diligencias preliminares, que puede solicitar la parte que va a interponer la demanda. Son unas diligencias preparatorias de la demanda que se pueden solicitar al órgano jurisdiccional y con las que se requieren a la parte contraria o a terceros que aporten un documento o la información que obre en su poder.

Esto tiene relevancia, pero también plantea ciertos riesgos. Aunque una de las finalidades del proceso sea la búsqueda de la verdad, no es el fin último, sino que este es la resolución de conflictos conforme a derecho y, de acuerdo con los hechos del caso, los que hayan quedado acreditados.

La resolución de conflictos no solo se va a articular en torno a la idea de verdad, sino también en torno a ciertas garantías procesales que me parece peligroso poner en duda o considerar de menor valor que la búsqueda de la verdad. Cuando se plantean soluciones como la posibilidad de sancionar a una parte que no colabora o que no tiene intención de aportar algún medio de prueba que tenga en su poder, estamos bordeando la línea peligrosa de una limitación extraordinaria del derecho de defensa. No digo que no sea necesario en algunos casos, pero hay que pensarlo muy bien. Creo que ahí el trabajo de Jordi Ferrer merecería alguna reflexión adicional acerca de qué efecto tienen esas medidas coercitivas o sancionatorias que propone del derecho de defensa.

Hay una última idea respecto a la inversión de la carga de la prueba. Creo que en México también se prevé la teoría dinámica, que viene a permitir al órgano jurisdiccional en cada caso concreto determinar a qué parte le debe perjudicar la falta de prueba de un hecho y, ello, basado en un mayor o más fácil acceso a las fuentes de prueba, la disponibilidad exclusiva del medio de prueba, etcétera —lo que en España denominamos inversión judicial de la carga de la prueba—.

Dice Taruffo que la carga de la prueba dinámica viola la regla general de carga de la prueba. Yo diría que, más bien, lo que hace el juez

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

es modificarla motivadamente. Los jueces no cambian dicha regla de manera indiscriminada. Es preciso decir que la posibilidad de impugnar la distribución de la carga de la prueba que hagan los jueces nos da muestras de que el ordenamiento jurídico tiene interés en que las decisiones que modifican las reglas de carga de la prueba estén suficientemente motivadas, de modo que la decisión judicial explique por qué se hizo perder a la parte que en un inicio no tenía la carga de la prueba. Entiendo que no es violar, sino cambiar o modificar la regla de manera justificada.

Tiene toda la razón Taruffo al destacar la indefensión que se genera con la aplicación de modificaciones acerca de la regla de carga de la prueba. Los jueces, como regla general, en todos los sistemas jurídicos no dialogan con las partes, no les manifiestan la posibilidad de que en la sentencia se produzca esa modificación de los juegos de la carga de la prueba, de modo que tal modificación se produce ya en la sentencia, cuando las partes no tienen capacidad alguna de reacción.

Esto es una crítica tradicional a la inversión de la carga de la prueba. Me parece importante e interesante que se visualice que la carga de la prueba debe ser flexible para poner de manifiesto que hay situaciones especiales o peculiares, en las cuales las reglas generales pueden provocar situaciones de injusticia, porque la parte no tiene acceso a los medios de prueba que necesita.

Es necesario tener en cuenta que su aplicación requiere la previsión legal de mecanismos a partir de los cuales el juez pueda interactuar con las partes y ponerles de manifiesto la posibilidad de que, al proponer la prueba o al final del juicio, y ya en el momento de la decisión, llegan a alterarse las reglas generales, de modo que se alega lo que estimen pertinente y sea relevante para que el juez considere su decisión de alterar la normal distribución de la carga de la prueba; es decir, no puede suceder que las partes actúen con la expectativa de que si un determinado hecho no ha quedado probado van a ganar y, finalmente, el órgano jurisdiccional, sin previo aviso, altere esas expectativas, porque se puede producir una verdadera violación del derecho de defensa.

¿Qué alternativas hay? La necesidad de estipular alguna vista o trámite preliminar una vez presentada la demanda y la contestación y formulada la proposición de pruebas, en la que el juez, a la vista de las

propuestas y de los hechos controvertidos, pueda manifestarles qué hechos tiene que acreditar cada parte o qué hechos se espera que, para ganar, van a acreditar. Lo importante es que las partes conozcan el riesgo de no probar ciertos hechos que, según la regla general, podrían dejar sin probar porque le corresponde hacerlo a la otra parte.

Si se establece la posibilidad de interacción previa entre el juez y las partes, se respetarían los derechos de defensa y audiencia; las partes podrían alegar lo que estimaran pertinente para demostrarle al juez que no se justifica esa inversión y, en cualquier caso, se les estaría dando la oportunidad también —si se realiza en un momento procesal inicial— de adaptar su proposición de pruebas a esa sugerencia que realiza el órgano jurisdiccional.

La segunda de las cuestiones que quería abordar consiste en hacer una breve referencia a los problemas relativos a la admisión de la prueba y, en particular, al sentido o significado de los criterios de admisión.

Tradicionalmente, se entienden por criterios de admisión aquellos que el juez tiene que valorar para decidir qué medios de prueba se van a practicar, a partir de los que hayan propuesto las partes y que se vienen a resumir, por lo general, en el principio de relevancia. Con relevancia se alude a dos conceptos que, a su vez, se pueden distinguir: por un lado, la necesidad de que la prueba sea pertinente, es decir, que tenga relación con los hechos del caso —ya sea directa o indirecta—. No se puede inadmitir pruebas por no tener relación directa con los hechos si la tienen de manera indirecta, de modo que, por medio de inferencias relativas a hechos secundarios, pueda llegarse al hecho objeto de enjuiciamiento.

Esto es necesariamente así cuando sabemos que el valor de la prueba indiciaria es fundamental en sede judicial y, por lo tanto, la pertinencia debe moverse en esos términos amplios. Se trata de un juicio de oportunidad o adecuación —directa o indirecta— de las pruebas propuestas al objeto procesal. Es, en todo caso, un juicio previo. Una vez que tenemos claro cuál es el objeto de enjuiciamiento, el juez valora la pertinencia, mientras que el juicio de necesidad o utilidad —el segundo de los que tiene que realizar el juez al evaluar la relevancia de la prueba—, aunque tiene que hacerlo también cuando se le propone la prueba, no deja de ser especialmente certero cuando se realiza *a posteriori*. Es decir, cuando se propone la prueba tiene que hacer un

## Derecho a proponer pruebas y a su admisión

pronóstico acerca de si, además de pertinente, es útil, o, por el contrario, es redundante; es decir, si ya tenemos otros medios de prueba que apuntan en esa dirección y, por tanto, no es necesario que se admita y practique, no va a ser hasta que efectivamente se practiquen y conozcamos su resultado cuando el juez pueda saber si un medio de prueba que ha sido admitido es o no útil. Eso puede llevar a situaciones en las que, admitidas todas las pruebas, el juez decide que alguna de ellas finalmente no se practique, porque realizado *a posteriori* el juicio de necesidad o de no redundancia, entiende que esa prueba ha dejado de ser relevante en ese sentido, en el de indispensable.

Ambos conceptos —el de pertinencia y el de utilidad— integran el concepto de relevancia y, a efectos de impugnación, cuando la parte entiende que se ha inadmitido un medio de prueba que es absolutamente fundamental para la defensa, deben conectarse con la idea de indefensión; es decir, no cualquier violación o irregularidad o denegación de prueba en cualquier circunstancia va a suponer una violación del derecho a proponer pruebas, o a utilizar las pruebas que sean pertinentes para la defensa. Necesariamente habrá de valorarse por el órgano jurisdiccional si, en ese caso en concreto, la inadmisión de una prueba o la no práctica de una prueba admitida se conecta con la indefensión; es decir, en qué sentido la prueba era necesaria para la parte. Porque solo en el caso de que fuera determinante para llevar a cabo el enjuiciamiento de manera correcta, esto es, para que hubiera terminado con una resolución diametralmente distinta, podríamos entender que la prueba tiene esa relevancia necesaria como para entender que debió admitirse o practicarse.

En cuanto a la licitud de la prueba, mi idea de calificarla como criterio de admisión y no de valoración se debe a que creo absolutamente necesario que el juez tenga el menor contacto posible con la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, a efectos de reducir hasta el máximo el impacto psicológico que pueda causar en él a la hora de dictar sentencia. Aunque formalmente no vaya a fundamentar su criterio acerca de la prueba ilícita, sí es cierto que de alguna manera puede dejar alguna huella en su razonamiento y en su aproximación al cuadro probatorio y, por tanto, hay que evitar esa posibilidad.

En España se está revelando un riesgo muy importante a partir de la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 2017

en el caso Falciani. Hasta esa sentencia, la única excepción que se establecía a la imposibilidad de valorar pruebas ilícitas obtenidas directamente con vulneración de derechos fundamentales era la relativa a las actuaciones realizadas de buena fe por la policía. En el asunto Falciani, violando todas las reglas relativas a la protección de datos y a la intimidad, el acusado se hizo con datos fiscales relativos a distintas personas que defraudaron a la Hacienda pública, y esos datos fueron utilizados en un procedimiento penal. Al llegar el asunto al Tribunal Supremo, este avaló la sentencia que utilizó dicha información como prueba de cargo, al considerar que la prueba prohibida tiene un fundamento (práctica o casi exclusivamente) disuasorio y eso hace que, de alguna manera, la prueba obtenida por particulares no resulte afectada por las limitaciones a las que se somete la prueba ilícita, que deben entenderse referidas a los órganos encargados de la investigación penal.

Ese pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal Constitucional en 2019, pero ese mismo año el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impuso restricciones importantes a esa nueva doctrina, al requerir, en el caso *Barbulescu*, que los tribunales nacionales justifiquen debidamente el porqué del uso de una prueba obtenida por un particular con violación de derechos fundamentales.

El problema con esta nueva doctrina del Tribunal Supremo español es que dejamos vacía de contenido la regla de la prueba ilícita. Nos estamos olvidando de que, con independencia de que pueda tener un efecto disuasorio, sigue siendo una regla vinculada de manera directa con el debido proceso y, por lo tanto, con independencia de cuáles sean las intenciones del sujeto que viola un derecho fundamental para obtener información relevante en un procedimiento —y también con independencia de las sanciones civiles o penales a las que se pueda —someter a ese sujeto—, el uso en un procedimiento judicial de cualquier naturaleza de la información así obtenida seguiría suponiendo un quebrantamiento del debido proceso, pues sigue vivo su valor originario en nuestro sistema procesal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Este apartado pertenece a la obra  
Tiempos de pandemia. Diálogos sobre constitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, la cual es acervo del TEPJF.