

JUSTIFICACIÓN

Tras la publicación de *Conceptos básicos del proceso civil (I) La pretensión procesal. Las partes procesales. La disposición del objeto del proceso y la competencia procesal*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022 en este segundo libro se procede, siguiendo la misma metodología, a desarrollar de modo igualmente comprensible las cuestiones que plantea la prueba en el proceso civil.

San Sebastián, agosto de 2022

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Antonio María Lorca Navarrete
Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco/EHU
C. electrónico: secretaria @leyprocesal.com;
institutovascoderechoprocetal@leyprocesal.com

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA

1. La constitucionalización del derecho a la prueba

El reconocimiento por la Constitución de la existencia de un derecho a la prueba se integra en el proceso de efectiva tutela judicial que regula el artículo 24 de la Constitución. Indicación que requiere de unas reflexiones añadidas.

Primero, que el artículo 24.2. de la Constitución al disponer que “todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” procede a la constitucionalización del derecho a la prueba.

Segundo, que el reconocimiento de la existencia de un derecho a la prueba es una formulación de contenido y origen constitucional que se integra en el proceso de efectiva tutela judicial que diseña el artículo 24 de la Constitución.

Tercero, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a la prueba constituye la clave de bóveda del proceso. Es el más importante de sus elementos estructurales con el que la Constitución procede a diseñar el proceso de efectiva tutela judicial que regula el artículo 24 de la Constitución.

Cuarto, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a la prueba es aplicable a cualquiera de los ámbitos jurisdiccionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Quinto, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a la prueba es inclusivo porque incluye o tiene la virtud y capacidad para incluir a todos (artículo 24.2. de la Constitución).

Sexto, que la Constitución reconoce el derecho a la prueba a todos sin que de entre esos todos a que alude el artículo 24.2. del texto constitucional, se mencione *expressis verbis* al tribunal por lo que hay que descartar que la Constitución ampare la prueba de oficio que por su propia iniciativa aporte como parte -parcialmente- como tribunal al proceso¹.

Séptimo, que aun cuando el artículo 24.2. de la Constitución no atribuye *expressis verbis* al tribunal la aportación al mismo de pruebas no desaprueba que el

¹ El apartado XI de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil dice que la prueba se incardina “en el marco de un proceso en el que (...) no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar”.

Conceptos básicos del proceso civil II

tribunal pueda aportarlas, pero considerando esa aportación de parte del tribunal y por su propia iniciativa como exceptuada respecto de la aportación probatoria de la parte y para “cuando la ley [es la ley de enjuiciamiento civil] lo disponga en casos especiales” (artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil).

Octavo, que el derecho a la prueba si bien es de contenido y origen constitucional integrado en el proceso de efectiva tutela judicial que regula el artículo 24 de la Constitución, su regulación normativa se atribuye al legislador ordinario², no al Tribunal Constitucional, con el fin de que los hechos alegados y aportados por las partes (artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil) se integren de modo pleno en la resolución final que el tribunal pronuncie.

Noveno, que al reconocimiento del derecho a la prueba por la Constitución contribuye de manera activa el legislador al establecer las normas reguladoras del derecho a la prueba en cada concreto orden jurisdiccional³.

Décimo, que el reconocimiento del derecho a la prueba por la Constitución impide que su configuración legal mediante las normas procesales que lo regulan puedan ser aplicadas por el tribunal restrictivamente.

Undécimo, que el reconocimiento del derecho a la prueba por la Constitución es un imperativo de orden público constitucional que obliga al tribunal a poner término al proceso según lo alegado y probado por las partes en el proceso (*secundum allegata et probata partium*) porque de lo contrario se origina un desorden público procesal que afecta al orden público constitucional.

2. La constitucionalización del medio de prueba

El reconocimiento por la Constitución de la existencia de un derecho a la prueba permite constitucionalizar el medio de prueba al que según la norma constitucional todos tienen derecho (artículo 24.2. de la Constitución). La anterior indicación requiere de unas reflexiones añadidas.

Primero, que con el reconocimiento por la Constitución de la existencia del medio de prueba es la propia Constitución la que procede a diseñar uno de los más importantes elementos estructurales del reconocimiento constitucional del derecho a la prueba.

Segundo, que el artículo 24.2. de la Constitución al disponer que “todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” procede a la constitucionalización del medio de prueba.

Tercero, que el objeto específico de la constitucionalización del derecho a la prueba por el artículo 24.2. de la Constitución es el medio de prueba.

² Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

³ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

Conceptos básicos del proceso civil II

Cuarto, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba es inclusivo y se vincula con el derecho de todos a utilizar los medios de prueba (artículo 24.2. de la Constitución) con el fin de que los hechos alegados por las partes se integren de modo pleno mediante la garantía procesal de aportación del medio probatorio (principio de aportación de parte) en la resolución final con la que el tribunal pone término al proceso.

Quinto, que si bien el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba es de contenido y origen constitucional integrado en el proceso de efectiva tutela judicial que regula el artículo 24 de la Constitución, su regulación normativa se atribuye al legislador ordinario, no al Tribunal Constitucional, con el fin de que los hechos alegados y aportados por las partes (artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil) se integren de modo pleno en la resolución final que el tribunal pronuncie.

Sexto, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba permite que los hechos que se han alegado (artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil) se integren mediante su aportación a través del medio de prueba (principio de aportación de parte) en la resolución que ponga término al proceso.

Séptimo, que con el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba se procede al correcto entendimiento del principio de aportación de parte del medio de prueba al configurarlo como una garantía procesal que la norma constitucional reconoce y atribuye a la parte y que el legislador ordinario asume cuando dice que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de pruebas de las partes (artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil).

Octavo, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba es garantía de la imparcialidad del tribunal.

Noveno, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba supone la valoración de su objeto.

Décimo, que el objeto del medio de prueba es valorado por el tribunal con arreglo a las reglas de la lógica y la razón que anidan en su sana crítica impidiendo que la denominada argumentación jurídica pueda conducirle a la trampa o ilusión de forzar una valoración que no se corresponde con la realidad de la prueba practicada mediante el uso de estándares probatorios contrarios a una libre valoración de la prueba en abierta oposición a una valoración tasada o estandarizada.

Undécimo, que con el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba no se persigue la averiguación de verdad alguna sino la certidumbre del tribunal sobre lo que constituye el objeto del medio de prueba.

Duodécimo, que mediante el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba es posible justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho. Pero, no su verdad. El medio de prueba supone “la apertura

Conceptos básicos del proceso civil II

legal a la realidad de cuánto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con la idea de un número determinado y cerrado de medios de prueba” (argumento *ex* apartado XI de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

Décimo tercero, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba abarca “cualquier medio” de prueba con el que “pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes” aun cuando no se encuentre expresamente previsto por el legislador (argumento *ex* artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

Décimo cuarto, que al reconocer la ley de enjuiciamiento civil que mediante el medio de prueba se procede a la “apertura legal a la realidad de cuánto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas” (argumento *ex* apartado XI de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) y con el que “pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes” (artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil), se opta por la obtención de la certeza que puede proporcionar el medio de prueba entendida como conocimiento seguro y claro de los hechos relevantes para el proceso antes que por el logro de la verdad entendida como juicio o proposición que no es posible negar racionalmente. Frente a la verdad y su indudable proyección vinculada con lo terminante, decisivo y categórico, la ley de enjuiciamiento civil responde con la certeza que pueda obtenerse de los hechos relevantes para el proceso⁴.

Décimo quinto, que el reconocimiento de “cualquier medio” de prueba con el que “pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes” (argumento *ex* artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil) supone que “el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba” (argumento *ex* artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

Décimo sexto, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba es un imperativo de orden público constitucional que impide que el tribunal cuando pone término al proceso vulnere al exterior del proceso el orden público constitucional originando al interior del proceso un desorden procesal.

3. La constitucionalización de la prueba pertinente

⁴ No obstante, existen aún ordenamientos jurídicos anclados en la verdad que sería posible obtener mediante el medio de prueba. Es el caso de las Reglas federales de evidencia (versión 2023). En concreto de la Rule 102 con rúbrica *Purpose* en la que se indica: *These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.* Disponible en: <https://www.rulesofevidence.org/article-i/rule-102/>.

Conceptos básicos del proceso civil II

En la Constitución el derecho a utilizar los medios de prueba se vincula con su pertinencia (artículo 24.2. de la Constitución) entendida como la exigencia que permite que, con la aportación probatoria, la parte pueda alojar en el medio de prueba el hecho necesitado de prueba permitiendo su anidamiento pertinente en la lógica y la razón del tribunal que ha de resolver. La anterior reflexión sugiere otras más.

Primero, que el artículo 24.2. de la Constitución al disponer que “todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” procede a la constitucionalización de la pertinencia del medio de prueba.

Segundo, que la prueba pertinente es la que posee capacidad para que el tribunal resuelva según las reglas de la lógica y la razón al integrarse en el reconocimiento de la garantía constitucional a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución).

Tercero, que el reconocimiento del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente se proyecta según la Constitución sobre la pertinencia del medio probatorio permitiendo que el hecho a probar que constituye su objeto, se contagie de la pertinencia del medio de prueba que lo aloja.

Cuarto, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente impide que el legislador haga un uso de su pertinencia extremadamente difícil o que suponga privilegios o discriminación en beneficio o perjuicio de las partes en el proceso.

Quinto, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente impide que puedan admitirse pruebas que no tengan relación con lo que sea objeto del proceso porque no son pertinentes.

Sexto, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente se vincula con el hecho que justifica su pertinencia probatoria siempre que, al interior del proceso, se encuentre integrado en el contradictorio planteado por las partes.

Séptimo, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente se vincula con el hecho que justifica su pertinencia probatoria siempre que el hecho a probar se adecue a la finalidad que persigue el medio de prueba.

Octavo, que una vez que existe el vínculo entre medio probatorio y el hecho que justifica su pertinencia probatoria, surge la pertinencia de ese medio de prueba para que pruebe el hecho que aloja.

Noveno, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no tiene carácter absoluto. No faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que supone únicamente el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes,

Conceptos básicos del proceso civil II

correspondiendo al tribunal el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuesta por las partes⁵.

Décimo, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes está relacionado con las reglas de exclusión del medio de prueba impertinente.

Undécimo, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes está relacionado con las reglas de exclusión del medio de prueba en el que anidaría el hecho que violenta o infringe derechos constitucionales.

Duodécimo, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente es una cuestión de estricta legalidad ordinaria que se atribuye al tribunal.

Décimo tercero, que el tribunal es el garante constitucional de la pertinente utilización del derecho a la prueba.

Décimo cuarto, que cuando el tribunal se erige en garante constitucional de la pertinente utilización del derecho a la prueba pertinente condiciona el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba a que sean pertinentes.

Décimo quinto, que la pertinencia del medio de prueba supone su relación con lo que es el objeto o *thema decidendi* del proceso permitiendo conformar la convicción del tribunal que se proyecta en su sentencia.

Décimo sexto, que el reconocimiento del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente por la Constitución no es ilimitado ni exige a los tribunales la admisión de todos los medios de prueba que las partes puedan aportar al proceso como pertinentes.

Décimo séptimo, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente debe ser examinado desde el observatorio de la lógica y la razón (argumento *ex* artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil) a la luz de los hechos alegados por las partes que constituyen la fuente de la prueba y de la que emanan los hechos a probar.

Décimo octavo, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente al ser una cuestión de estricta legalidad ordinaria se incorpora al amparo constitucional cuando el tribunal ha resuelto sobre su pertinencia de modo irrazonable y arbitrario.

Décimo noveno, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente es un imperativo de orden público constitucional que impide que el tribunal cuando pone término al proceso sea impertinente en el mo-

⁵ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

Conceptos básicos del proceso civil II

mento de admitir la prueba vulnerando al exterior del proceso el orden público constitucional y originando al interior del proceso un desorden público procesal.

4. La constitucionalización de la prueba pertinente permite el derecho de defensa

En la Constitución el derecho a utilizar el medio de prueba se vincula con su pertinencia (artículo 24.2. de la Constitución) entendida como exigencia que permite que con su aportación probatoria la parte pueda defenderse en el proceso. La anterior reflexión sugiere otras más.

Primero, que el artículo 24.2. de la Constitución al disponer que “todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” procede a la constitucionalización del derecho a la prueba pertinente como inherente al ejercicio del derecho de defensa.

Segundo, que el vínculo *pertinencia de la prueba/ejercicio del derecho de defensa* cierra el círculo de la constitucionalización del derecho a la prueba conceptualizada como el reconocimiento de una habilitación general según la cual no se puede obstaculizar el uso del medio de prueba siempre que sea pertinente y permita la defensa de la parte en el proceso.

Tercero, que la negación a la parte por el tribunal a utilizar el medio de prueba pertinente para su defensa (artículo 24.2. de la Constitución) integrado en el concreto reconocimiento de la garantía constitucional a una tutela judicial efectiva, sería inconstitucional.

Cuarto, que la pertinencia del derecho a utilizar los medios de prueba reconocida por la Constitución se justifica en que nunca puede originar una disminución o merma del derecho de defensa.

Quinto, que el principio de aportación del medio de prueba como garantía procesal que la norma constitucional reconoce y atribuye a la parte es garantía de su derecho de defensa.

Sexto, que desde la perspectiva de la Constitución la actividad probatoria mediante la utilización del medio de prueba para la defensa de la parte le permite influir en el convencimiento del tribunal cuando el medio de prueba sea pertinente para su defensa (artículo 24.2. de la Constitución).

Séptimo, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente para el ejercicio de su derecho de defensa posee una indudable proyección de legalidad ordinaria.

Octavo, que la constitucionalización del derecho a la prueba por el artículo 24.2. de la Constitución permite la existencia de un proceso en el que las partes pue-

Conceptos básicos del proceso civil II

den hacer valer sus derechos mediante la utilización del medio de prueba sin que se produzca indefensión.

Noveno, que con el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se ampara el derecho de defensa de la parte en los casos en que el tribunal resuelve sobre la admisión y práctica de un medio probatorio.

Décimo, que con el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente para la defensa de la parte su admisión y práctica no puede ser desconocida ni obstaculizada por el tribunal prefiriéndose el exceso en su admisión y práctica a la restricción.

Undécimo, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente para la defensa de la parte es una garantía procesal primaria al permitir el ingreso del hecho necesitado de prueba en la motivación de la sentencia siempre que, según el medio de prueba utilizado, esa resolución se acomode a las reglas de la lógica y la razón⁶ y su práctica ante el tribunal sea valorada mediante su sana crítica.

Duodécimo, que el tribunal ha de motivar con la lógica y la razón la denegación de las pruebas propuestas para no vulnerar el derecho de defensa de la parte cuando se inadmiten pruebas relevantes sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable⁷.

Décimo tercero, que no toda irregularidad u omisión procesal de un medio de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante⁸.

Décimo cuarto, que la irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión en los supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que de haberse practicado la prueba considerada pertinente en términos de defensa hubiera obligado al tribunal a resolver de modo diverso⁹.

⁶ Esas reglas de la lógica y la razón surgen del artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil que rubricado *Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación*, indica que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

⁷ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

⁸ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

⁹ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

Conceptos básicos del proceso civil II

Décimo quinto, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar el medio de prueba obliga a que el tribunal debe justificar la indefensión que ha sufrido la parte a consecuencia de su declaración de impertinencia¹⁰.

Décimo sexto, que la acreditación de la pertinencia de la prueba denegada se proyecta en el derecho de defensa en un doble plano. Por un lado, el tribunal ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas y, de otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba habría menoscabado el efectivo derecho de defensa al no reconocerle a la parte su efectivo derecho constitucional a la prueba¹¹.

Décimo séptimo, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba únicamente cubre los supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que no existe indefensión cuando de no haberse practicado la prueba omitida la resolución que pone término al proceso ha sido la correcta¹².

Décimo octavo, que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente para la defensa de la parte es un imperativo de orden público constitucional que impide que el tribunal cuando pone término al proceso vulnere al exterior del proceso el orden público constitucional originando al interior del proceso un desorden público procesal.

5. El medio de prueba que vulnera derechos constitucionales

La ley orgánica del Poder Judicial dice que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (artículo 11.1. de la ley orgánica del Poder Judicial). La ley orgánica del Poder Judicial obliga a los tribunales a excluir las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Por su parte, la ley de enjuiciamiento civil, siguiendo la estela normativa de la ley orgánica del Poder Judicial, reitera que el medio de prueba que surge al interior del proceso, no se puede obtener u originar vulnerando derechos fundamentales (artículo 287.1. de la ley de enjuiciamiento civil rubricado *Ilicitud de la prueba*)¹³. Las anteriores indicaciones precisan de algunas reflexiones añadidas.

¹⁰ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

¹¹ Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

¹² Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

¹³ La ley de enjuiciamiento civil regula también la prueba prohibida. La prueba prohibida es la prueba no permitida por la ley porque el objeto de la prueba recae sobre una actividad prohibida por la ley (artículo 283.3. de la ley de enjuiciamiento civil). Luego, la prueba prohibida implica que el hecho necesitado de prueba que constituye su objeto, se encuentra prohibido por la ley y que al estar prohibido no puede originar efectos al interior del proceso (artículo 283.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

Conceptos básicos del proceso civil II

Primero, que tanto la ley orgánica del Poder Judicial como la ley de enjuiciamiento civil admiten la regla de la exclusión probatoria.

Segundo, que la regla de la exclusión probatoria implica que el medio de prueba que vulnera derechos constitucionales hay que descartarlo y rechazarlo para que no sea operativo al interior del proceso.

Tercero, que no existe antagonismo entre lo que dispone el artículo 11.1. de la ley orgánica del Poder Judicial al indicar que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” y el artículo 287.1. de la ley de enjuiciamiento civil que indica que “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”¹⁴ a pesar de que la redacción del artículo

La prueba prohibida es distinta de la prueba ilícita. La prueba ilícita supone que el hecho necesitado de prueba vulnera derechos constitucionales. Para el legislador, en cambio, cuando el hecho necesitado de prueba no vulnera derechos fundamentales, pero sí actividades prohibidas por la ley, que no suponen una vulneración de la norma constitucional, existe prueba prohibida como puede suceder cuando el abogado aporte a un tribunal, o facilite a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la abogacía, mantenga con el profesional de la abogacía de la otra parte, salvo que se lo autorice expresamente aunque a esa prohibición no están sujetas las cartas, documentos y notas en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así se haga constar expresamente (artículo 23 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía).

Por su parte, el artículo 5.3. del Código Deontológico de la Abogacía Española rubricado *Secreto profesional*, dispone:

“3. Cualquier tipo de comunicación entre profesionales de la abogacía, recibida o remitida, está amparada por el secreto profesional, no pudiendo ser facilitada al cliente ni aportada a los Tribunales ni utilizada en cualquier otro ámbito, salvo autorización expresa del remitente y del destinatario, o, en su defecto, de la Junta de Gobierno, que podrá autorizarlo discrecionalmente, por causa grave y previa resolución motivada con audiencia de los interesados. En caso de sustitución, esta prohibición le estará impuesta al sustituto respecto de la correspondencia que el sustituido haya mantenido con otros profesionales de la abogacía, requiriéndose la autorización de todos los que hayan intervenido.

“Se exceptúan de esta prohibición las comunicaciones en las que el remitente deje expresa constancia de que no están sujetas al secreto profesional. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf>.

¹⁴ Continúa indicando el artículo 287.1. de la ley de enjuiciamiento civil:

“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 vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.