

## Capítulo II

El objeto de la prueba:  
Hechos, normas jurídicas y reglas no  
jurídicas



Básicamente, objeto de la prueba son los datos alegados por las partes<sup>104</sup>, bien entendido que se trata de algunos elementos fácticos (art. 281.1. 3 y 4 LEC), así como determinadas normas jurídicas (art. 281.2 LEC) y reglas y juicios técnicos o de valor de naturaleza no jurídica.

## I. Hechos

Aunque no en exclusiva, objeto principal de la prueba en un proceso concreto son los hechos alegados oportunamente por las partes<sup>105</sup>,

---

104. Como dijo CARNELUTTI, F., *La prova civile*, cit., pág. 44, “è giusto riconoscere che oggetto della prova non sono i fatti ma le affermazioni; le affermazioni non si conoscono ma si controllano, i fatti non si controllano ma si conoscono”. De otro lado, la referencia a los “datos” viene de GUASP (en sus ediciones más recientes, GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, I, Civitas, Madrid, 5 ed. 2002, págs. 351-3), y es asumida por autores como MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 247. Por su parte, desde el punto de vista de la acción, para RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 364, lo que se prueba son siempre afirmaciones de las partes sobre diversos hechos, que encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho.

105. Primero, como recuerda RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 364, han de ser afirmados. Además, en momento oportuno. De lo contrario, como afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, II, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ

conforme al art. 216 LEC (siempre que se trate de procesos dispositivos), y relacionados con el objeto del proceso pues, de lo contrario, la prueba sobre los mismos resultaría “impertinente” (art. 283.1 LEC).

Para que merezcan ser objeto de prueba han de ser hechos relevantes a los efectos de la resolución sobre la pretensión procesal en tanto que, por ser subsumibles en las normas aplicables para resolver, la verificación de su concurrencia influirá en el pronunciamiento judicial. Se trata de los hechos que integran la *causa petendi* de la pretensión o de la reconvencción, los que funden las defensas que se opongan<sup>106</sup>. así como aquellos que sirvan indirectamente para acreditar los esenciales<sup>107</sup>.

Los hechos son tanto conductas, comportamientos o sucesos como también las circunstancias o extremos determinados de esos comportamientos, sucesos o características reales de lugares y cosas<sup>108</sup>. Podrán ser externos o internos (dolo, error...), e influyentes directa (por ser constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes) o indirectamente (por ser base de una presunción, o por su utilidad para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba: arts. 343. 377 a 379 LEC).

Así y todo, determinados hechos no requerirán de ser probados, concretamente, los dispositivos sobre los que exista plena conformidad de las partes y los notorios.

---

y VALLS), cit., pág. 1294, la prueba sobre los hechos intempestivamente alegados es impertinente y por ende rechazable, e inadmisibles su verificación en diligencias finales.

106. Consecuentemente, como indica GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Prueba: disposiciones generales (arts. 281-292)”, en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. T. 3 (arts. 281 a 516)*, (Dir.: GARBERÍ), cit., págs. 8-9, “no pueden ser objeto de prueba” aquellos hechos accesorios, colaterales o meramente argumentativos, es decir, dirigidos fundamentalmente a contextualizar aquellos otros relevantes.

107. ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, pág. 1-3.

108. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANAGLOCHE), Civitas, Madrid, 2001, pág. 511.

## 1. Hechos sobre los que exista plena conformidad

Parece lógico, de un lado, que si sobre unos hechos no existe controversia, éstos queden exentos de prueba<sup>109</sup>; y, de otro que para la operatividad de esta exención la materia sobre la que versen los hechos se mantengan en la órbita del poder de disposición. El art. 281.3 LEC se ha de poner en relación en general con el art. 19.1 LEC, que contempla la facultad para disponer del objeto del juicio “excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”, y en especial, con el art. 752.2 LEC cuando dispone que “la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria”. Así y todo, incluso en este tipo de procesos, nada impide que la conformidad de las partes pueda ser relevante para excluir los hechos cuando, a criterio del juez, no se perjudique al interés general de la sociedad o al particular de alguna de las partes o de terceras<sup>110</sup>.

Más dudosas son otras exigencias como, por ejemplo, que los hechos así fijados no pugnen con otros hechos de notoriedad absoluta y general<sup>111</sup>; o que la conformidad no se realice en perjuicio de terceros o del interés general (art. 19.1 LEC)<sup>112</sup>, puesto que este último precepto se limita a establecer la posibilidad de que un ley prohíba o imponga limitaciones para evitar estos perjuicios, de modo que sería insuficien-

---

109. Por tal motivo, como matiza CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 210, la admisión no significa que el hecho quede probado, SIMO simplemente que quede fijado en la sentencia, en virtud de los poderes que se les conceden a las partes d fijar el material de hecho.

110. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 37.

111. Así lo estima sin mayores argumentos FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., pág. 1295.

112. ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 247.

te con esta previsión sin una ley que en concreto limite el poder de disposición para evitar estos perjuicios.

La fijación de los hechos como reconocidos, afirma DE LA OLIVA<sup>113</sup>, es un método razonable para adquirir certeza y manifiesta un respeto, asimismo razonable, a la voluntad de las partes... responde no sólo a la fundada prohibición de ir contra sus propios actos, sino también a un propósito de coherencia con un método racional de avance del proceso hacia su desenlace. En cualquier caso, la conformidad sobre los hechos es un acto procesal eficaz como consecuencia de una disposición legal. Frente a la misma solamente serán relevantes las causas de nulidad de los actos de parte, de modo que no podrá ser neutralizada por otras fuentes de conocimiento que operen en sentido contrario o diferente<sup>114</sup>.

La admisión de la certeza de los hechos por las partes (por todas, en caso de litisconsorcio) ha de ser expresa, pues no basta el mero silencio<sup>115</sup>, y se podrá producir en la contestación de la demanda o de la reconvencción, en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del verbal; en el caso de hechos nuevos o de nueva noticia, conforme al art. 286.2 LEC, “del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega”. Se pondrá de manifiesto cuando concurra un relato de hechos simplemente coincidente entre las partes, cuando una de ellas expresamente reconozca como ciertos los hechos alegados por la contraparte o cuando implícitamente de igual forma se reconozcan cuando se afirmen hechos que los presupongan.

---

113. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANAGLOCHE), cit., pág. 512-3.

114. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 513, estima además que esta peculiaridad ha de reconocerse si se insiste en presentar la admisión o conformidad expresa como un negocio jurídico-procesal unilateral.

115. Como explica TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, (con otros), cit., 2006, pág. 418, “*il fatto non contestato non cessa per questa sola ragione di essere “incerto”*”.

En estos casos, la prueba que se pudiera proponer sobre estos hechos sería no solamente exenta o innecesaria, sino incluso inadmisibile. Lo que no resulta tan claro es el fundamento legal de esta inadmisibilidada. Partiendo de la premisa de que la exención tiene su fundamento primero en el poder de disposición de las partes, algunos autores consideran que el precepto que más directa y claramente establece el deber de rechazo no es tanto el art. 283.2 LEC sino el 281.3 de la misma<sup>116</sup>. Sin embargo, lo bien cierto es que este último precepto no es desde luego un alarde de claridad puesto que se refiere meramente a que “están exentos de prueba” por mucho que en la rúbrica del mismo se refiera a la eventual “necesidad de la prueba”<sup>117</sup>; como también lo es que la prueba sobre los hechos reconocidos y notorios es tan innecesaria como inútil, y, para tales casos, el art. 283.2 LEC establece la inadmisión de forma indubitada y sin vericuetos lingüísticos ni semánticos<sup>118</sup>. En cualquier caso, parece claro que, de un modo o de otro, la prueba no ha de ser admisible si se atiende al tenor, *sensu contrario*, del art. 429.1 LEC, de modo que si existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia no proseguirá para la proposición y admisión de prueba.

La admisión de hechos no necesariamente ha de ser expresa, puesto que tal y como disciplina el art. 405.2 LEC, el silencio o las respuestas evasivas en la contestación a la demanda (o a la reconvencción confor-

---

116. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 349. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 513, sin bien este autor no deja de deseable que el rechazo se funda en ser inútiles las pruebas.

117. Ha de compartirse, con GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, *Arts. 1 a 516*, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Aranzadi Editorial, Elcano, 2001, pág. 1004, que hubiera sido deseable que la Ley hubiera utilizado una expresión imperativa. Críticas que mantiene igualmente MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 74-5 cuando sostiene que el art. 281.3 LEC asume “no con demasiada precisión” o cuando entiende que debería haber añadido que no se trata simplemente de exención de prueba, sino también de prohibición.

118. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 397, con base en el art. 282.3 LEC, pueden afirmar que los hechos admitidos por las partes “no sólo no han de ser probados, sino que no deben serlo, pues la Ley lo prohíbe”.

me al art. 407.2 LEC) podrán ser consideradas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Lo que no indica la LEC vigente, a diferencia de lo que preveían los arts. 549 y 690.II LEC 1881, es el momento en el que ha de entenderse producida esta admisión tácita. Este momento es relevante puesto que si se ha de producir en momentos anteriores a la actividad probatoria supondría equiparar la admisión expresa y tácita como supuestos de inadmisión de la prueba. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entendido tradicionalmente que será en el momento de dictar sentencia. En tal caso, la incomparecencia, silencio o respuesta evasiva no será causa de inadmisibilidad de la prueba<sup>119</sup>. Ahora bien, dado que en el actual art. 405.2 LEC ha eliminado la exigencia de pronunciarse sobre esta conformidad en la sentencia y como sea que el juez ha de instar a las partes en la audiencia previa o en la vista (arts. 428, 429.1 y 443.4 LEC) para que especifiquen sobre qué hechos muestran su conformidad o disconformidad<sup>120</sup>, no han faltado propuestas para que el momento en que se ha de determinar si se ejercita la facultad de considerar el silencio o la respuesta evasiva como admisión tácita de los hechos sea la audiencia previa o la vista, siempre antes de la proposición de prueba. Todo ello para evitar inseguridad jurídica e inutilidad de prueba, así como para ser consecuente con la finalidad de fijar los extremos controvertidos y la determinación de los hechos sobre los que no existe conformidad previamente a la proposición de la prueba<sup>121</sup>.

---

119. Así, entre otros, ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-7. Ahora bien, este autor introduce como matiz la posibilidad de que “si el tribunal entiende que tales hechos han de quedar fijados desde el momento mismo de producirse la contestación a la demanda no diligente, podrá inadmitir las pruebas al respecto, asimilándose en este punto plena conformidad con admisión tácita”.

120. Sobre este punto, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 349, matiza que si un hecho fue claramente admitido con anterioridad, no sería atendible la revocación de la admisión en estas oportunidades.

121. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 79-80. En el mismo sentido LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 44, si bien lo argumenta en que el legis-

Las ventajas de esta forma de proceder son evitar dilaciones y costos innecesarios, puesto que, en definitiva, los esfuerzos probatorios resultarían inútiles en caso de su admisión. Sin embargo, podrían producirse vulneraciones de derechos procesales y constitucionales. Una postura ecléctica supondría la aplicación prudente de lo dispuesto en los arts. 426.6 y 428.1 LEC. Así, aunque los hechos objetos de prueba se delimiten con carácter previo, en caso de duda, se autorizará la prueba.<sup>122</sup>.

Cuestión distinta será el reconocimiento tácito de hechos en la prueba de interrogatorio de la parte si hubo incomparecencia (art. 304 como excepción del 496.2 ambos LEC)<sup>123</sup>, silencio o respuesta evasiva (art. 307 LEC), por el que el juez puede entender admitidos tácitamente

---

lador persigue que antes de proponerse la prueba el objeto de la misma quede perfectamente delimitado. En sentido contrario, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 512, estima que el tribunal, para hacer uso de esa facultad, ha de esperar al momento de la sentencia porque, según indica, “no resulta prudente excluir de la prueba los hechos a que se refiera la demanda a causa de que no hayan sido negados abierta o claramente por la parte contraria.

122. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 18.

123. Nótese que, conforme al art. 496.2 LEC, la “la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario”. Y dice lo contrario en procesos tan relevantes como los desahucios por falta de pago de inmuebles urbanos, cuando prevé el art. 440.3 que de no comparecer el demandado a la vista se declarará el desahucio sin más trámites. Supuesto que ni siquiera supone un allanamiento puesto que no han de valorarse las circunstancias del art. 21 LEC (véase BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 249-50). Otros supuestos de exclusión de la rebeldía los encontramos en los arts. 440.2 LEC, en materia de juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, en el que “en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor”; y también en los supuestos de los arts. 250.1.10º y 11º, prevé el art. 441.4.II y III LEC que si no se comparece a la vista, no se anuncia oposición o no se funda en causa comprendida en el art. 444.3, se dictará, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del actor. Por su parte, los arts. 602 y 618 LEC prevén para la tercería de dominio y de mejor derecho respectivamente que “si los demandados no contestaran la demanda de tercería..., se entenderá que admiten los hechos alegados en la demanda”. Por último, el art. 440.1.II LEC contempla un supuesto no de exención de prueba sino, en caso de que se propusiere y admitiere el interrogatorio de las partes, por la inasistencia “podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el art. 304”.

los hechos siempre que la parte incomparecida hubiera intervenido personalmente y su fijación como cierto le sean entera (o también parcialmente en caso de silencio o respuesta evasiva) perjudiciales. Estos supuestos no pueden ser en absoluto de exención de la prueba, puesto que el reconocimiento tácito de hechos se produce cuando ya se ha practicado la prueba de interrogatorio de la parte, lo que implica que el juez no ha ejercitado previamente su facultad de entender producida una admisión tácita de los hechos. En este caso, tal y como previene el art. 316 LEC, en correlación con los citados arts. 304 y 307 de la misma, “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”.

## 2. Hechos notorios

La notoriedad como eximente de prueba no es extraña en nuestra tradición jurídica (*notoria non eget probatione*)<sup>124</sup>. ni a la lógica, en cuanto permite evitar actividades probatorias inútiles<sup>125</sup>. Actualmente art. 281.4 LEC dispone que “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”.

STEIN<sup>126</sup> consideraba que existe notoriedad fuera del proceso “cuando

---

124. Según la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 17 de mayo de 1983 (Ponente: D. Ángel Martín del Burgo y Marchán. RJ 1983\3353), “ya en el anterior «Codex iuris canonici», y tomado de fuentes antiguas, venía recogido el apotegma jurídico «notoria non eget probatione»; así como en la Ordenanza procesal alemana (párrafo 291) se establece que los hechos notorios para el Tribunal no necesitan prueba; lo que en nuestro derecho histórico tiene antecedentes con los efectos que se concedían a la «fama pública» en Las Partidas (leyes 8 y 14, título XIV, Partida III); valor de la notoriedad que aunque en algunas leyes procesales modernas se silencie, no puede ello interpretarse como una repulsa del mismo, por tratarse de un principio de lógica jurídica y de buen sentido, imposible de desconocer, como no lo desconoce la jurisprudencia”.

125. En palabras de LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 45, con cita de una inédita de BACHMAIER, es por razones de “economía y pragmatismo”.

126. STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, (trad.: DE LA OLIVA), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 196.

los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso en base a la práctica de prueba”. En palabras de CALAMANDREI<sup>127</sup>, notorios son “*quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione*” (aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se adopta la decisión). Algo más concreto, PRIETO-CASTRO<sup>128</sup> definía como “hechos notorios o de fama pública los que, por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos como ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media”. Y suponen, según COUTURE<sup>129</sup>, “un ahorro de esfuerzos relevando a las partes de producir pruebas innecesarias... por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo”.

En efecto, aunque se trate de una cualidad relativa y cambiante en el tiempo y en el espacio, la notoriedad permite la fijación de unos hechos cuando sean conocidos de forma “absoluta y general” por los que forman parte de una sociedad determinada en un momento concreto. Así, haciendo uso de lo que es o debe ser conocido por todos, se evita

---

127. CALAMANDREI, P., “Per la definizione del fatto notorio”, en *Opere Giuridiche*, V, Morano editore, Napoli, 1972, (trabajo publicado originariamente en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, II-1, págs. 273-304), pág. 446. Concepto que en esencia se sigue en la doctrina italiana. Por ejemplo, afirma LIEBMAN, E. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, Giuffrè, Milano, 4 ed., 1981, pág. 83, que son “*quei fatti che sono noti alla generalità delle persone di media cultura nel tempo e nel luogo della decisione, in tal guisa che non possa aversi alcun dubbio sulla loro esistenza o sul loro modo di essere*”. TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, *Il proceso ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), cit., pág. 416. Para CARNELUTTI, F., *La prova civile*, cit., pág. 25, nota 19, se requiere sin embargo la certeza judicial. Según indica “*la notorietà non si ha solo per la certezza del giudice, ma per la certezza del giudice condivisa da una generalità di persone o acquisita in determinati modi*”. Un panorama de la doctrina italiana, PANZANI, L., “Fatti notori”, en *Le prove civili*, II, (con otros), Unione Tipografico, Torino, 1976, págs. 1300-12.

128. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 460.

129. COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1951, pág. 141.

malgastar esfuerzos en diligencias sin utilidad. Por tanto, es lógico que legalmente la prueba de estos hechos, aunque no su alegación, sea tan innecesaria que haya de rechazarse tanto por lo previsto en el art. 281.4 LEC, que la considera innecesaria, como, sobre todo, en el art. 283.2 de la misma.

Cuando el citado art. 281.4 LEC exige el carácter absoluto y general al hecho notorio, por cierto utilizando términos jurisprudenciales<sup>130</sup>, sin duda se excede lingüísticamente<sup>131</sup>. Precisamente por lo relativo del concepto de “notoriedad”, hemos de compartir las críticas doctrinales sobre esta exigencia<sup>132</sup>. Desde luego el precepto no ha de interpretarse en su sentido literal, esto es, como hecho que ha de ser conocido en todo el mundo y por todos los habitantes del mismo, puesto que en tal caso quedaría impedida su operatividad práctica en todos los casos.

Así y todo, el general concepto de “notoriedad” todavía cabría subdividirse en hechos “evidentes” o “axiomáticos” y los estrictamente notorios. Los evidentes serían aquellos que son conocidos por todos los integrantes de una sociedad determinada y, por tanto, por el juez<sup>133</sup>.

---

130. Dice la STS (Sala 1ª), 4 de febrero de 1998 (Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. RJ 1998\618) que “para que dichos «hechos notorios» puedan actuar en el área probatoria del proceso han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta”.

131. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., y PÉREZ CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Civil*, I, Forum, Oviedo, 2000, pág. 392 reclaman una interpretación “flexible”. En la misma línea, GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 38, entienden que sería ilógico interpretar los términos legales de forma que no cupiese apreciar la notoriedad de un hecho más que cuando sea en todo y en todo lugar conocida.

132. GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1005. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 84, se muestra notoriamente rotundo e irónico cuando, precisamente por no existir hechos de los que pueda predicarse una notoriedad absoluta, afirma que “es evidente que en la norma del artículo 281.4 se ha incurrido en un error notorio”.

133. Entre otros, COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 135-7. GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 352. Por su parte, ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial*, cit., pág. 33, cita como ejemplo de estos hechos el que por la noche hace más frío que por el día o que Argentina está en Sudamérica.

En cambio, la notoriedad en un hecho, como parece imponer el art. 281.4 LEC, no precisa que sea universal puesto que puede abarcar ámbitos geográficos inferiores: nacional, autonómico o incluso local<sup>134</sup>. Asimismo, no es exigible que el hecho sea conocido por todas y cada una de las personas que forma parte del ámbito geográfico correspondiente, lo que, además de improbable en sí mismo, desde luego sería imposible de comprobar. Basta por ello con que el hecho sea o pueda ser conocido por aquellos que tengan una cultura media<sup>135</sup>. Por último, tampoco será necesario que la notoriedad resulte inmutable o duradera *ad eternum*, puesto que un hecho, sobre todo si la notoriedad se entiende en su acepción más restringida, puede ser notorio en un tiempo determinado y dejar de serlo a continuación.

Ni siquiera, en mi opinión, es necesario que un hecho deba ser necesariamente conocido por el juez para que adquiera la condición de notorio<sup>136</sup>.

134. Indica GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., “Prueba: disposiciones generales (arts. 281-292)”, cit., pág. 11, que ha de permitirse que se aprecie la notoriedad cuando sea absoluta y, aunque no sea general, extienda sus efectos sobre el territorio donde haya surgido la controversia, siempre que su apreciación haya de realizarse por un órgano judicial cuya sede se encuentre en dicho territorio.

135. La mayoría de autores se refiere a esta idea de “cultura media”. Así por ejemplo, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 183 habla de “cultura media de una sociedad”. CREMADES MORANT, J., “La prueba. Disposiciones generales (Artículos 281 al 298)”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coors.: MARINA y LOSCERTALES), Sepin, Madrid, 2000, pág. 700. LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 46, se refiere igualmente a un grado de “cultura medio o con mediana experiencia en la vida”. Nos encontramos, con todo, ante una materia de perfiles no siempre bien definidos. En primer lugar habría que definir exactamente qué ha de entenderse por “cultura” puesto que el concepto tradicional puede que resulte insuficiente. En algún programa de televisión se ha visto como estudiantes de bachillerato desconocían, por ejemplo, el nombre del ministro de cultura español pero en cambio conocían perfectamente el nombre del presentador de un programa del corazón. De otro lado, algunos hechos pueden ser conocidos en un ámbito territorial determinado pero con intensidad variable. Por ejemplo, que el día de San José es el 19 de marzo es algo notorio en el ámbito de la provincia de Valencia, porque lo conoce prácticamente todos los habitante de la misma, sin embargo, no creo que pueda perder el carácter de notorio por el simple hecho de no recordarse exactamente la fecha cuando puede consultarse en un simple calendario con santoral o buscarse en cualquier enciclopedia.

136. Comparto con CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processale Civile*, 3 ed., Cav. Nicola Jovene, Napoli, 1913, 733-4, que “notorio non è ciò che effettivamente è noto, ma ciò che può esser noto per via di scienza pubblica o comune”. En nuestra doctrina, más cercano a la idea de CARNELUTTI, mantiene opinión contraria, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*,

Como indicaba COUTURE<sup>137</sup>, “notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre; una especie de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una noción”. Que un hecho pueda no ser considerado en un concreto proceso por un determinado juez como notorio no significa que el mismo no lo sea. Por tal motivo el art. 281.4 LEC se refiere que no será necesario probar los hechos “que gocen de notoriedad”, con independencia de que el juez exima de su prueba o no. Y por lo mismo, ante la exención o no exención de la prueba de un hecho en atención a su notoriedad, cabe la alegación y discusión sobre su carácter notorio. En fin, del mismo modo que el conocimiento privado del juez no convierte en notorio un hecho<sup>138</sup>, su desconocimiento tampoco debería privarle de su característica de notoriedad.

Cuestión distinta es la utilidad práctica que pueda tener en el proceso.

---

III, (coor.: ESCRIBANO), cit., págs. 2197-8, entiende que la notoriedad es una cualidad en tanto que sea así considerada por el juez, de modo que si el juez admite prueba en contrario o permite prueba sobre la afirmación, el hecho deja de ser notorio. También GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 400, afirman que es necesario que la notoriedad “sea conocida por el Juez, ya que, en caso contrario, será necesaria su prueba”. Una postura que puede considerarse intermedia es la de DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, I, Zabalia Editor, Buenos Aires, 3 ed., 1976, pág. 230, cuando se refiere a que “permite exigir la prueba cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada”.

137. COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 146.

138. STSJ Catalunya (Sala de lo Social), 11 de abril de 1996 (Ponente: D. Sebastián Moralo Gallego. AS 1996\1430) “*si son hechos notorios aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia del grupo social al tiempo del proceso, es evidente que se limita al ámbito de los mismos a aquellos datos fácticos que forman parte de lo que podríamos denominar; cultura general del común de las gentes, que no pueden hacerse extensivo a los que integran el acervo cultural de una determinada clase o grupo social, o incluso, del propio juzgador o de los intervinientes en el proceso. Es por esto que, el hecho notorio no puede identificarse con el meramente privado que pueda tener el órgano judicial (STS 10 enero 1979), sino, que debe corresponder a circunstancias de general conocimiento, cuanto menos, en el ámbito local en el que se desenvuelve el proceso, por lo que no gozan de tal naturaleza aquellos datos o elementos fácticos que el juzgador pueda conocer por otros procesos anteriores, sino únicamente, los que forman parte del conocimiento general del común de los ciudadanos de un país, región o localidad*”. En el mismo sentido, y hasta palabras, la STSJ Andalucía (Sala de lo Social), 22 de septiembre de 2000 (Ponente: D. Luis Jacinto Maqueda Abreu. AS 2000\4157).

Si el juez no lo conoce, no eximirá de la prueba y si se prueba su notoriedad no se habrá evitado probar<sup>139</sup>. El juez puede desconocer un concreto hecho pero tener cierta idea de que el mismo es notorio, al ser consciente de sus posibles carencias culturales o de información. En tal caso, no tendría más que molestarse en su comprobación. El problema es que el desconocimiento del juez sea tan profundo que ni siquiera alcance a conocer que determinados hechos puedan ser notorios. En tal caso, las posibilidades de alegación e impugnación por la parte no favorecida por la exención de estos hechos dependerá del momento en que el juez deba eximir de su prueba (antes de la proposición de prueba o en el momento de dictar sentencia) o de que cumpla con lo que le impone el art. 429.1.II LEC. En este último supuesto, sin perjuicio de las posibilidades de impugnación, si el juez pone de manifiesto la ausencia probatoria de un determinado hecho del que desconoce su carácter de notorio, el problema práctico quedará resuelto con la actividad probatoria instada por la parte, que precisamente por su notoriedad habría de ser necesariamente sencilla.

Problema distinto son las posibilidades de control para que hechos conocidos privadamente por el juez, que sean aptos para provocar el convencimiento judicial de su certeza, no resulten influyentes, en la actividad de valoración que por último realice. Las consideraciones aquí son similares a las que podrían hacerse en relación con los efectos de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales que, conforme al art. 11.1 LOPJ no surtirán efectos en juicio. Pocos problemas se plantearán cuando no se haya propuesto ni practicado prueba alguna sobre el hecho del que el juez conoce. Sin embargo, en los casos de que se haya probado y practicado prueba, difícil será que el juez la considere insuficiente para una acreditación de la que ya estaba previamente convencido<sup>140</sup>. Circunstancia esta que, sin embargo,

---

139. STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, (trad.: DE LA OLIVA), cit., págs. 204-5.

140. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 59, dice sobre este

no justifica equiparar la notoriedad con el conocimiento privado del juez. Otra cosa sería la llamada notoriedad judicial a la que luego me referiré.

El tenor del art. 281.4 LEC dificulta las interpretaciones extensivas, sin embargo, creo que merece la pena realizar alguna consideración tendente a evitar la admisión de pruebas innecesarias o inútiles. Sin tener que forzar más allá de lo necesario la dicción del citado art. 281.4 LEC, se trata sencillamente de delimitar el ámbito de los hechos conocidos en la generalidad de personas de ámbito cultural medio. En mi opinión, esta delimitación puede venir por todo aquello que se integra en los programas de los estudios al menos primarios –e incluso los secundarios- que se imparten en los colegios e institutos españoles. A partir de ahí, considero que para la concurrencia de notoriedad ni siquiera sería exigible que el hecho tuviera que permanecer en la memoria de las personas con plena exactitud y detalle, sino que bastaría con una idea aproximada de su existencia y, sobre todo, con la posibilidad de comprobación accesible y de forma indubitada por el propio juez, por ejemplo, con una simple consulta en cualquier enciclopedia<sup>141</sup>. Precisamente esta posible comprobación directa por el juez excluiría su consideración como prueba documental, sin perjuicio de que, en caso de necesidad, pudiera acreditarse por la parte de tal modo.

---

particular que “me causaría sonrojo la ingenuidad de los operadores jurídicos si pensarán que, imbuido el juzgador de una certeza personal, ha de embridar su propia personalidad para eludir la aplicación de lo que sabe, cuando se siente dedicado y constreñido a perseguir la verdad, tan esquiva ella”.

141. ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial*, cit., pág. 35, alerta sobre la posibilidad de que por esta vía el juez pueda hacer valer su saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio, lo que conspira contra toda idea de imparcialidad judicial. En mi opinión, y a pesar del reconocer el potencial peligro, no merece verse como una vía para la ampliación de los poderes “inquisitivos” del juez ni como coladero por el que el juez introduzca aquellos conocimientos privados que no son calificables como evidentes ni notorios. Sencillamente se trata de un método para que lo evidente y notorio quede exento de prueba a pesar de los desconocimientos y de las carencias culturales de un determinado juez. En caso contrario, las garantías de las partes también podrían verse afectadas en función del conocimiento cultural del juez.

Estimo que cuando los niveles de escolaridad y de calidad educativa en un país son suficientes, el ámbito cultural básico habría de estar integrado en su totalidad por hechos notorios. Por tanto, salvo que aceptemos que el paso por los centros educativos es una forma como otra cualquiera de perder el tiempo, la prueba de un hecho cultural básico, integrado por aquello que forma parte de los programas de educación básica, debería considerarse innecesaria o inútil, con independencia de que la formación que se ofrece pueda ser siempre mejorable o incluso puedan existir carencias culturales profundas. Así, entre otros muchos ejemplos, la circunstancia de que algunos jóvenes o no tan jóvenes puedan creer que Valle Inclán sea un mero accidente geográfico o que Ortega y Gasset fueron dos amigos inseparables, no exige, pongamos por caso, que deba aportarse un certificado del Director de la Biblioteca Nacional para probar quienes fueron los citados personajes y en qué ocuparon profesionalmente su tiempo.

Afortunadamente, la necesidad de prueba de hechos notorios no es habitual en la práctica diaria de nuestros tribunales, porque desde luego la mayor amplitud o restricción de su consideración, al menos cuando han de integrarse en el patrimonio cultural, representa un índice ilustrativo del verdadero nivel educativo de nuestros juzgadores y de la sociedad en la que ejercen jurisdicción<sup>142</sup>.

De otro lado, aunque no siempre aceptada<sup>143</sup>, la notoriedad podría

---

142. Como señala MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2195, la exigencia de prueba de hechos notorios “revelaría un escandaloso formalismo o representaría un paladino alejamiento del juez de la realidad social y del entorno en que se mueve”.

143. ASENSIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., págs. 1-98y 1-9. Igualmente, quizá sin una distinción precisa del “conocimiento privado del juez”, se opone a la existencia de esta notoriedad MATHEUS LÓPEZ, C. A., “Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba”, *Revista de Derecho* (Valdivia). [online]. julio 2003, Vol. 14, citado 20 agosto 2008, págs. 175-86. Disponible en internet: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000100010&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100010&lng=es&nrm=iso), cuando afirma que la “notoriedad debe ser general, no importando por ello que el hecho sea notorio para el juez, sino para toda la comunidad, de la cual él es parte o no, razón por la cual no

existir también cuando el conocimiento general se circunscriba al ámbito profesional y hasta territorial al que pertenece el mismo juez que ha de resolver, esto es, lo que se ha venido denominando como “notoriedad judicial”<sup>144</sup>. El fallecimiento de un procurador, la relación de parentesco entre una jueza y un abogado, o la duración media de un proceso ordinario tipo en una determinada demarcación territorial, perfectamente pueden ser considerados como hechos notorios judiciales a los efectos de hacer innecesaria la prueba sobre los mismos<sup>145</sup>. Este conocimiento puede venir de la mano de actuaciones judiciales anteriores<sup>146</sup>, aunque cuestión distinta es que el juez haya adquirido ciertos conocimientos como consecuencia de la práctica de pruebas en otros procesos<sup>147</sup>. En tal caso, estos conocimientos han de reputarse privados del juez, no exentos de prueba salvo que se quiera incurrir en infracción de la contradicción y del derecho de defensa.

---

podemos aceptar la así llamada notoriedad judicial, dado que la notoriedad supone que un hecho sea conocido por un mayor o menor número de personas y entre ellas por el juez”. Con todo, la notoriedad judicial no es el conocimiento privado del juez sino lo que es conocido con carácter general (por letrados, funcionarios, juzgadores) en un ámbito espacial y profesional tan específico y localizado como es una determinada circunscripción judicial.

144. Sobre la misma, ver STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, (trad.: DE LA OLIVA), cit., págs. 210-8. Asimismo, véase una referencia a diversas opiniones entre autores españoles en ARRIBAS ALTARRIBA, J., “La prueba del hecho notorio”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL Y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, cit., págs. 362-3.

145. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 211, puede calificarse como notorio en sentido impropio al hecho referente a la actividad judicial desarrollada con anterioridad al pleito, que sí que está excluido igualmente de la prueba.

146. Así, por ejemplo, DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, I, cit., págs. 232-3.

147. Respecto del derecho extranjero, atendiendo la tendencia uniformadora, las patentes similitudes que muchas veces concurren con el derecho español y las cada vez mayores facilidades para su conocimiento y comprobación a través de internet, no parece que deba descartarse de plano que en algunos casos el derecho extranjero pueda llegar a merecer la consideración de hecho notorio a los efectos de ser eximidos de prueba. CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 58-9 cita como ejemplo una posible norma de derecho portugués para regular una eventual nulidad de matrimonio o de una sucesión. El mismo autor y obra, págs. 139-40, nada obsta a que pueda aplicarse la notoriedad al derecho consuetudinario y a la costumbre.

En principio parece razonable, como ha entendido algún autor<sup>148</sup>, que la notoriedad judicial conste en el ámbito en el que se desarrolle el proceso en todas las instancias. Sin embargo, esta exigencia supone en mi opinión limitar excesivamente, casi a la nada, la operatividad de la notoriedad, máxime cuando la circunstancia de que se recurra la resolución es una hipótesis futura meramente eventual. No creo que el juez de primera instancia que decida si un hecho es notorio o no deba plantearse si lo es también para el Tribunal Supremo (y ni siquiera en la Audiencia Provincial en la que se ubique el Juzgado de instancia). En el caso de que se admita recurso extraordinario (con la actual coyuntura, las estadísticas judiciales demuestran que se trata de un logro excepcional casi heroico), si el recurrente estima que la notoriedad no es tal, podrá alegar lo pertinente, sin que en mi opinión sea imprescindible que la notoriedad deba constar al órgano superior para poder decidir que la misma concurre en la circunscripción del órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida o de la instancia.

En cualquier caso, el hecho, sea o no notorio, con carácter general ha de ser introducido por la parte, pues el carácter notorio no implica limitación alguna al principio de aportación de parte. La notoriedad se limita a eximir el hecho de prueba. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha distinguido a estos efectos los hechos fundamento de su pretensión y los que son “accesorios”, admitiendo en estos últimos la posibilidad de su introducción de oficio<sup>149</sup>. Circunstancia que ha

---

148. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., págs. 181 y 188.

149. En efecto, en su conocida STC 59/1986 (Sala 2ª), 19 de mayo (Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas. RTC 1986\59), afirma que “*en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho, y más en concreto de la apreciación de la prueba, es discutible la posibilidad de que el Juez pueda aportar, «ex officio», o tener en cuenta un hecho de conocimiento notorio en cuanto ello pudiera afectar al principio de imparcialidad y de contradicción procesal. Es expresión consagrada la de que los hechos notorios no necesitan prueba, frase en cierto modo tautológica, pues para ser cierta se precisaría saber antes qué hechos son notorios, ya que la notoriedad es un concepto relativo e indeterminado, vario y plural, y lo mismo puede referirse a hechos procesales, que extraprocesales. Se ha visto que en el caso de la Sentencia de 3 de julio de 1985 el hecho o circunstancia de «afectar a todos los trabajadores» era un hecho constante en el proceso, de inevitable y forzoso conocimiento, en sí mismo productor de prueba, incluso no discutido, sino conocido por las partes. Se trataría,*

significado tanto adhesiones a la doctrina sustentada<sup>150</sup>, como grandes detractores<sup>151</sup>, cuando, no obstante lo rotundos que parecen sus planteamientos, en realidad no es tan relevante como se pretende pues no supone más que un exceso argumentativo, por lo demás innecesario.

En efecto, en la citada sentencia, con ocasión de la alegación y prueba de que el proceso afectaba a todos o a un gran número de trabajadores a efectos de admisibilidad de un recurso de suplicación, se resuelve por último que “no existe hecho notorio aplicable ni por tanto la jurisdicción denegó indebidamente el derecho al recurso, como derecho fundamental comprendido en los susceptibles de amparo del art. 24 de la Constitución”. Lo que se hace en la sentencia, en relación con otra anterior similar pero no idéntica (STC 79/1985, 3 de julio) es formular consideraciones para justificarla, considerando que “en principio pues, no hay incorrección en la posibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio”. Y sobre ello se ha de señalar, primero, que lo que se está diciendo es que el juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio, que no es exactamente lo mismo que introducir en el proceso un hecho notorio, máxime cuando en el supuesto fáctico de tal sentencia “el hecho o circunstancia de «afectar a todos los trabajadores» era un hecho constante en

---

*al tiempo, de un hecho de «público conocimiento» y a la vez de conocimiento judicial, de notoriedad elocuente, pese a su no alegación por la parte interesada, que debió ser tenido en cuenta por el Juez para, obviando el formalismo, cumplir el fin de la norma. En principio, pues, no hay incorrección en la posibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio. Pero si esto es fácilmente admisible en cuanto a hechos o circunstancias cualitativamente complementarias, respecto del derecho o interés discutido, puede ser más discutible si el hecho pudiera afectar al fundamento mismo, básico, de la demanda o pretensión. Ciertamente esto constituye una hipótesis o supuesto bastante improbable, incluso ingenuo, pues es difícil pensar que no se alegue en la demanda su hecho básico o fundante, constitutivo de la «causa petendi». Pero en todo caso sería mucho más cuestionable que el Juez, apreciándolo como hecho notorio, sustituyera a la actividad de la parte, constituyéndose indebidamente en su asesor jurídico. Está justificada, pues, la precaución respecto a la prueba por notoriedad del hecho relevante y habrá siempre que discriminar, por tanto, si la notoriedad se refiere al hecho relevante o a los complementarios y circunstancias, por ser la aportación y alegación del primero una carga de la parte y un derecho de la contraria”.*

150. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 84-8.

151. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 211, la doctrina sustentada en esta sentencia es “peligrosa y errónea, porque el hecho, aunque sea notorio, siempre ha de ser alegado por las partes” (art. 216 LEC).

*el proceso, de inevitable y forzoso conocimiento*". Por tanto, lo que se está diciendo es que un hecho que constaba en el proceso, el juez lo considera probado por considerarlo notorio de oficio, esto es, sin que nadie le haya pedido que lo considere de tal modo. Y, en cualquier caso, si lo que quiere interpretarse de sus palabras es que el Tribunal Constitucional considera –en principio– admisible que el juez introduzca de oficio hechos notorios (no fundamentadores de su pretensión, sino accesorios) en realidad, habría de estimarse como una argumentación tan innecesaria como excesiva. Y es que, salvo que la notoriedad no sea una cualidad de un hecho que haga innecesaria su prueba sino el fundamento de una consecuencia jurídica, por tanto, objeto de prueba, la notoriedad es una nota accesoria y eventual del hecho, no esencial, fruto de una debida calificación. Siendo así, la circunstancia de que ésta pueda ser tenida de oficio por el juez no supone infracción alguna del principio de aportación de parte. De ese modo, si lo que pretendía la STC 59/1986 era argumentar sobre esto, no tendríamos que achacarle más que un cierto exceso argumentativo.

Por lo demás, en el caso de admisión tácita de los hechos (art. 405.2 LEC) o en el de hechos notorios, la vigente LEC no señala el momento en el que ha de entenderse producida su exención. Este momento es relevante puesto que si se ha de producir en momentos anteriores a la actividad probatoria supondría equiparar la admisión expresa y tácita a supuestos de inadmisión de la prueba.

Doctrina importante y la jurisprudencia mayoritaria entienden que será en el momento de dictar sentencia<sup>152</sup>. La incomparecencia, si-

---

152. Entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 512, estima que el tribunal, para hacer uso de esa facultad, ha de esperar al momento de la sentencia porque, según indica, "no resulta prudente excluir de la prueba los hechos a que se refiera la demanda a causa de que no hayan sido negados abierta o claramente por la parte contraria. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La prueba", (con MORENO), cit., pág. 212, afirma que en nuestro ordenamiento la notoriedad se valora en la sentencia. Y en la misma línea, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 187.

lencio o respuesta evasiva no sería por tanto causa de inadmisibilidad de la prueba. Sin embargo, en como se señalaba antes en relación con la admisión tácita, dado que el actual art. 405.2 LEC elimina la exigencia de pronunciarse sobre esta conformidad en la sentencia y como sea que el juez instará a las partes en la audiencia previa o en la vista (arts. 428, 429.1 y 443.4 LEC) para que especifiquen sobre qué hechos muestran su conformidad o disconformidad<sup>153</sup>, no han faltado propuestas para que el momento en que se haya de determinar si se ejerce la facultad de considerar el silencio o la respuesta evasiva como admisión tácita de los hechos sea la audiencia previa o la vista, siempre antes de la proposición de prueba. De ese modo se conseguirá evitar inseguridad jurídica e inutilidad de prueba<sup>154</sup>, así como permitirá ser consecuentes con la finalidad de fijar los extremos controvertidos y la determinación de los hechos sobre los que no existe conformidad previamente a la proposición de la prueba<sup>155</sup>.

Las ventajas de este modo de proceder son evitar dilaciones y costos innecesarios, puesto que, en definitiva, los esfuerzos probatorios resultarían inútiles en caso de su admisión. Sin embargo, podrían producirse vulneraciones de derechos procesales y constitucionales. Por ello, una postura quizá más correcta podría ser la ecléctica, lo que supondría la aplicación prudente de lo dispuesto en los arts. 426.6

---

153. Sobre este punto, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 349, matiza que si un hecho fue claramente admitido con anterioridad, no sería atendible la revocación de la admisión en estas oportunidades.

154. Comparto con ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 248, que es inútil probar aquello que, objetivamente, es conocido por una generalidad de personas. A lo que añadiría que también lo es aquello que, en condiciones de normalidad, debería ser conocido por esa misma generalidad.

155. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 79-80. En la misma línea, LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., págs. 47 y 49. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III. La prueba. Los recursos*, (coor.: CORTÉS y MORENO), Tecnos, Madrid, 2000, pág. 30, estima que deberá realizarse en la audiencia previa. Igualmente, aunque limitándose a presentar opiniones doctrinales, ARRIBAS ALTARRIBA, J., "La prueba del hecho notorio", en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 356-8.

y 428.1 LEC. De tal forma, los hechos objetos de prueba habrán de quedar delimitados con carácter previo, pero, en caso de duda, se autorizará la prueba<sup>156</sup>.

Cuestión distinta, como ya se indicó, se planteará con el reconocimiento tácito de hechos en la prueba de interrogatorio de la parte si hubo incomparecencia (art. 304 como excepción del 496.2 ambos LEC)<sup>157</sup>, silencio o respuesta evasiva (art. 307 LEC), por el que el juez puede entender admitidos tácitamente los hechos siempre que la parte incomparecida hubiera intervenido personalmente y su fijación como cierto le sean entera (o también parcialmente en caso de silencio o respuesta evasiva) perjudiciales. Estos supuestos no pueden ser en absoluto de exención de la prueba, puesto que el reconocimiento tácito de hechos se produce cuando ya se ha practicado la prueba de interrogatorio de la parte, lo que implica que el juez no ha ejercitado previamente su facultad de entender producida una admisión tácita de los hechos. En este caso, tal y como previene el art. 316 LEC, en correlación con los citados arts. 304 y 307 de la misma, “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”.

No obstante la inicial condición de notorio de un hecho, puede ser negado de contrario, lo que supondrá obviamente la negación de la notoriedad. En tal caso parece razonable admitir la actividad probatoria especialmente dirigida a acreditar la existencia de dicha noto-

---

156. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 18.

157. Nótese que, conforme al art. 496.2 LEC, la “la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario”. Y dice lo contrario, por ejemplo, en procesos tan relevantes como los desahucios por falta de pago de inmuebles urbanos (art. 440.3), juicio verbal para efectividad de derechos reales inscritos (440.2 LEC); y también en los supuestos de los arts. 250.1.10º y 11º LEC.

riedad lo que implicará, a su vez, que el juez decida sobre la eventual certeza del hecho.

## II. Normas jurídicas

El conocimiento y la debida aplicación del derecho es, en principio, uno de los deberes del juzgador (*iura novit curia*). Legalmente este deber se manifiesta en que, además de no probarse el derecho español, incluidos los Tratados internacionales ratificados por España así como las normas procedentes de la Unión Europea que sean directamente aplicables en los estados miembros incluida España, conforme al art. 218.1 LEC<sup>158</sup>, el juzgador “resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Esta primera aproximación exige realizar alguna matización, dada la amplitud del derecho y de la diversa naturaleza imperativa o no de las diversas normas. De ello se traducen algunas excepciones y matizaciones a la regla anterior.

---

158. TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, *Il proceso ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), cit., pág. 415, niega que pueda hablarse propiamente de prueba de la norma jurídica, sin perjuicio de que la parte colabore con el juez en la labor de establecer la existencia de una norma como ocurre cuando se trata de normas extranjeras, antiguas o consuetudinarias.

## 1. La costumbre

La costumbre española, conforme el art. 1.3 CC, no obstante ser considerada como fuente del derecho, ha de ser probada. El art. 281.2 LEC prevé consecuentemente que la costumbre sea objeto de prueba, si bien matiza que “la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”<sup>159</sup>.

El principal problema que se plantea en este punto es el de la prueba de la costumbre sobre la que exista conformidad. En principio, podría entenderse que el tratamiento que se otorga a la costumbre es idéntico al de los hechos<sup>160</sup>, por lo que, existiendo conformidad, la prueba sobre la misma resultará inadmisibles por inútil<sup>161</sup>. Algún autor se ha pronunciado señalando que la costumbre sobre la que exista conformidad quedará exenta de prueba<sup>162</sup>, aunque más que por innecesaria por resultar inviable<sup>163</sup>. Para la mayoría de los autores, sin embargo, partiendo de que la costumbre no deja de ser una norma aplicable, ponen de manifiesto la inconveniencia de tolerar que la admisión de las partes aboque al juez a

---

159. En el derecho alemán, tanto el derecho extranjero, como la costumbre y el derecho estatutario habrán de ser probados solamente en la medida que lo desconozca el juez. Igualmente, se encuentra facultado para usar su conocimiento privado y para la investigación. Dispone el § 293 del Zivilprozessordnung que: “*Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen*”.

160. Un problema relacionado será que, en tal caso, no habría impedimentos para ser tratada como hecho a los efectos de notoriedad. Al menos en el ámbito del derecho foral se reconoce esta posibilidad. Véase jurisprudencia que recoge MUÑOZ GONZÁLEZ, V., “La carga de la prueba de la costumbre”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 230-2.

161. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 404.

162. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., págs. 39 y 70, argumenta que la prueba no es más que un conglomerado de hechos y no se sientan premisas específicas para la costumbre cuando sí lo hace para el derecho extranjero.

163. MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1758.

la aplicación de una normativa inexistente<sup>164</sup>, cuando no niegan que la admisión de la costumbre vincule al tribunal considerar existente la costumbre cuando conozca que no existe o que su contenido es distinto<sup>165</sup>.

El art. 281.2 LEC otorga un tratamiento similar al de la prueba de determinados hechos, sin embargo, no utiliza exactamente los mismos términos. En realidad, habla de que “la prueba de la costumbre no será necesaria”, lo que no se corresponde con que esté exenta ni, mucho menos, que sea inadmisibile. Incluso se presenta como razonable mantener que los matices en su regulación en comparación con los hechos y su carácter de norma jurídica, en caso de ser conocida por el juez, como ocurriría con el derecho extranjero, le permiten resolver no admitir su prueba por innecesaria ni quedar vinculado por la conformidad de las partes<sup>166</sup>.

Otra cuestión es, partiendo de la necesidad general de ser probado, si se trata de una carga de la parte o si, por el contrario, existe el deber de investigación de oficio<sup>167</sup>. Ciertamente los arts. 1.7 CC y 218.1.II

---

164. GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1004. MUÑOZ GONZÁLEZ, V., “La carga de la prueba de la costumbre”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 230.

165. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 258. Para DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), EURA, Madrid, 2004, págs. 321-2, la admisión de los hechos no vincula al tribunal. En el mismo sentido, LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 53. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 19, para quienes parece razonable pensar que si el juez conoce la costumbre, no deberá admitirse prueba sobre ella por inútil, y además, no esté vinculado por la conformidad de las partes y, en consecuencia, pueda considerar necesaria la prueba.

166. CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 133 y ss. En la misma línea, ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 19. ASECIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-11, se refiere a una STSJ Comunidad Valenciana, de 22 de septiembre de 2005, para argumentar que quedara exenta de prueba la costumbre cuando el Tribunal la conozca por cualquier medio, incluso privado, ya que exigir esta conducta a las partes reesultaría “un mero artificio poco fundamentado”.

167. Posición esta última defendida por CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 141-44. También MUÑOZ GONZÁLEZ, V., “La carga de la prueba de la costumbre”, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 239 y ss.

LEC imponen que se resuelva “ateniéndose al sistema de fuentes establecido” y “conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. Sin embargo, en la medida que la costumbre no forme parte un *iura novit curia* que, en opinión de la doctrina y jurisprudencia, se limita al derecho escrito, interno, general y vigente<sup>168</sup>, el juez no tiene el deber de conocer, aplicar ni investigar de oficio. Además a esta conclusión coadyuva la circunstancia de que la costumbre se configura, aunque sea con relevancia jurídica, fruto de una sucesión de hechos repetidos en el tiempo; no haberse regulado un tratamiento específico como a continuación veremos ocurre en el caso del derecho extranjero; y, en definitiva, si la costumbre rige en defecto de ley aplicable (art. 1.3 CC), su falta de acreditación ha de acarrear las mismas consecuencias que la de los hechos<sup>169</sup>, incluida la imposibilidad de aplicar ni siquiera la norma estatal (general) como ocurre con el derecho extranjero<sup>170</sup>.

## 2. Derecho extranjero

En la prueba del derecho extranjero no se autoriza en cambio la fijación mediante la conformidad de las partes. Ahora bien, en la misma

---

168. Así, por ejemplo, GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 353. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 208. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA y VALLS), cit., págs. 1293 y 1297, indica que el deber de conocimiento es afirmable en términos absolutos únicamente del derecho nacional, escrito y general. En similares términos MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 257, se refiere al “derecho escrito, interno y general”. Y lo mismo otros autores como MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., 2199. ASECIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 250.

169. Con esto no quiero decir, como señala, CREMADES MORANT, J., “La prueba. Disposiciones generales (Artículos 281 al 298)”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coors.: MARINA y LOSCER-TALES), Sepin, Madrid, 2000, pág. 701, que se asimila la costumbre a los hechos en cuanto las partes podrán fijar la norma jurídica.

170. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., págs. 70-1.

coexiste la necesidad de prueba por la parte<sup>171</sup>, con la potestad de investigar la norma extranjera de oficio<sup>172</sup>.

Según el art. 12.6 *in fine* CC “la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”. Lo que viene a reproducirse en el art. 281.2 LEC cuando dispone que “también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero (...) El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”<sup>173</sup>.

Como se observa, en cuanto a la actividad judicial de averiguación, en ambos casos la redacción no es imperativa sino que se utiliza siempre el verbo “podrá”. De aquí que se hable de que la investigación del derecho extranjero sea una potestad judicial en relación con el “deberá” con el que probará la parte

171. Como señala MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 257, lo contrario significaría obligar a los jueces españoles a conocer el Derecho de todo el mundo.

172. Una referencia a la evolución normativa de la prueba del derecho extranjero en derecho español, véase FERRER CORTINES, Ó., “La carga de la prueba del derecho extranjero”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 251-4. De otro lado, En el derecho de nuestro entorno, solamente en Italia parece imponerse un verdadero deber de aplicación de oficio del derecho extranjero como si de una norma interna se tratara. El art. 14.1 de la “Legge 31 maggio 1995”, titulado “*Conoscenza della legge straniera applicabile*”, dispone que “*L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate*”. Para una referencia general sobre el tratamiento en algunos países de nuestro entorno, véase ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, cit., págs. 41-7.

173. Normas de sentido muy similar al 293 ZPO por el cual “*das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen*”.

en los términos del Código Civil o en los de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto que en esta última ley, aunque deja claro que “el derecho extranjero deberá ser probado”, no determina exactamente que la prueba la lleve a efecto imperativamente la parte, ahora bien, si el tribunal “podrá valerse” y el derecho “deberá” ser probado, al menos cuando el tribunal no se valga de los medios de averiguación, la parte sí tendrá la carga de probar.

Esto significa que, en principio, a la parte corresponde la carga de la prueba de este derecho extranjero<sup>174</sup>, si bien el tribunal queda autorizado para fijar la determinación de la norma aplicable mediante su conocimiento privado<sup>175</sup>, así como a realizar averiguaciones sobre la vigencia y contenido del derecho extranjero y a no quedar vinculado por eventuales acuerdos de las partes dado que, aunque sea altamente discutible la equiparación de los hechos con el derecho, la existencia, vigencia y contenido del derecho extranjero no pertenece al poder de disposición de las partes, como exige el art. 281.3 LEC para su exención<sup>176</sup>. Todo ello porque, en definitiva, tratándose de normas, su aplicación es preferente en la medida de lo posible<sup>177</sup>.

---

174. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., págs. 20-1, indican que la prueba, aparte de posibles informaciones testificales, se realizará mediante informes periciales. Se iniciará mediante un *affidavit* de un notario o su equivalente en el que se transcribe el texto de la norma aplicable y se hace declaración jurada sobre su vigencia. Se complementa con una *legal opinion* de un experto, para establecer su alcance e interpretación. A esto se suele acompañar de copia de los textos legales y de jurisprudencia como prueba documental. Y, cuando sea necesario, todos los materiales, apostillados, se presentarán traducidos por intérprete jurado.

175. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 351. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., págs. 1291-376. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 259, el término “podrá” del art. 281.2 LEC ha de entenderse como “un mandato para dentro de lo razonable”.

176. Como dijo CARNELUTTI, F., *La prova civile*, cit., pág. 17, nota 4, “*la norma straniera o consuetudinaria può essere posta dal giudice, senza alcun vincolo alle affermazioni e alla proposta di prove dei contendenti*”. Por su parte, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2200 se muestra rotundo cuando a la pregunta de si es posible dar por probado el derecho extranjero por medio de la admisión, afirma que la repuesta ha de ser forzosamente negativa dado el carácter imperativo de las normas en conflicto. En la misma línea, CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., pág. 56.

177. Comparto las palabras de SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 204, cuando afirma con razón que “el legislador no quiere que se resuelvan

Otra cosa es que, como se ha defendido en alguna ocasión<sup>178</sup>, el derecho extranjero, como derecho que es, pueda no estar sujeto a carga en cuanto a su alegación, compitiendo al juez su aplicación de oficio en mérito de lo expresamente previsto en el art. 12.6 CC. Ciertamente ha de ser así. Sin embargo, no puede exigirse al juez que conozca el derecho de todo el mundo<sup>179</sup>. A lo sumo, que cuando lo conozca lo aplique sin necesidad de alegación y que pueda –y no tanto que deba<sup>180</sup>– realizar las actividades oportunas de averiguación en caso contrario. Y si no lo conoce y no cabe exigir su averiguación, es obvio que tampoco es exigible su aplicación de oficio.

Menos dificultades ofrece entender que, a diferencia de los hechos, y de modo similar a lo que ocurre con la costumbre, el “tribunal” queda autorizado a fijar la determinación de la norma aplicable mediante su conocimiento privado<sup>181</sup>, así como a averiguar la vigencia y contenido de la norma. A tal efecto, el art. 281.2 *in fine* LEC se refiere a que el tribunal podrá valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”<sup>182</sup>. Habitualmente acudirá a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia,

---

los litigios con elementos extranjeros sometidos a nuestros tribunales, mediante la aplicación de leyes no vigentes o con fines de colusión o fraude, y de ahí que confie al Juez una intervención en la averiguación de tal derecho, que no es equiparable al mero tratamiento jurídico de los hechos”.

178. CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., pág. 50.

179. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 257.

180. Opinión en contra, CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 65 y ss.

181. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., págs. 1291-376. Opinión en contra, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2200, pues opina que en todo caso debe constar en autos la prueba del derecho extranjero pues no puede considerarse como un hecho notorio y seguir ese mismo régimen.

182. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 259, el término “podrá” del art. 281.2 LEC ha de entenderse como “un mandato para dentro de lo razonable”. De otro lado, para una prolija referencia a los medios e instrumentos de averiguación del derecho extranjero, véase CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 71-92.

a través de su Subdirección General<sup>183</sup>; a la vía diplomática, esto es, a las delegaciones de España en el país cuyo derecho se considere aplicable al caso, o de ese país en España<sup>184</sup>, o bien al dictamen pericial<sup>185</sup>. A tal efecto, ha de atenderse igualmente a las normas internacionales cuyo objetivo es facilitar información actualizada sobre el derecho vigente, esto es, Convenio Europeo sobre información del derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, con instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973; Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, suscrito en Montevideo el 8 de marzo de 1979; Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales

---

183. Art. 9.1 y 2 a) RD 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

184. El hecho de que no sean competentes para librar el certificado de vigencia y contenido de la norma no excluye la utilidad de este mecanismo de acreditación cuando pueda sencillamente remitir un texto del Código Civil. Como indica la SAP Guadalajara (Secc. 1ª), 14 de enero de 2004 (Ponente: Dña. Concepción Espejel Jonquera. AC 2004\371), *“aun cuando no se haya extendido propiamente una certificación, por exceder de la competencia del Consulado exhortado, atendido que la copia del CC ecuatoriano obrante al rollo ha sido remitida por dicho Consulado no cabe dudar de su autenticidad; siendo de tener en cuenta la doctrina contenida, entre otras, en la STS 3-3-1997, que establece que el de «iura novit curia», aun atenuado respecto del Derecho extranjero, no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano, resolución que añade que el artículo 12.6 en la redacción dada al Título preliminar del Código Civil por Decreto 1836/1974, de 31 mayo, dejó claro: a) que la norma extranjera se «acredita»; b) que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos; añadiendo que el término «acreditar» no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente «libre», o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación, sentencia que concluyó que si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable; resultando de las copias remitidas por el Consulado que el CC de Ecuador contempla como causa de divorcio en su art. 108.3 las injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; no cabiendo duda que la situación fáctica descrita en el auto de medidas provisionales basada en el material probatorio obtenido en dicha pieza resulta incardinable en dicho precepto”*.

185. MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1759, quien además estima que resulta “sensato” exigir a la parte que alega la aplicación de una norma de derecho extranjero al caso concreto es la declaración de la existencia del precepto en cuestión y su consecuencia aplicación al supuesto.

de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>186</sup>.

Pero no tan evidente resulta si se trata meramente de una autorización o si el precepto va más allá, al menos, en los términos con los que suele entenderse la “potestad”<sup>187</sup>. Y es que tan cierto como que el precepto habla de que el tribunal “podrá” es que queda vedado al juez hacer uso de tal “facultad” arbitraria o caprichosamente. En tal caso nos encontraríamos ante un ejercicio arbitrario de la potestad jurisdiccional, no sólo generador de desigualdades injustificadas sino sobre todo contrario directamente a la Constitución española (art. 9.3).

No obstante el carácter facultativo con el que se pronuncia el art. 281.2 LEC y de que el Tribunal Constitucional ha declarado que “*la exigencia a la parte actora de la prueba del derecho extranjero conforme a la normativa vigente no se puede entender que produzca indefensión, al no resultar de imposible cumplimiento o impeditiva de la justificación de sus derechos o intereses legítimos*”<sup>188</sup>, el mismo Tribunal ha señalado que, de no culminar las actuaciones iniciadas de colaboración en la prueba del derecho extranjero, en determinadas circunstancias<sup>189</sup>, podría suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

---

186. Según el art. 18 del citado Reglamento, la ejecución de una solicitud no dará lugar a abono de tasa o gasto, no obstante, si el órgano requerido lo solicita el requirente velará sin demora por el reembolso (por las partes) de los honorarios abonados a los expertos intérpretes y los gastos ocasionados por la utilización de los procedimientos o medios especiales previstos en el art. 10.3 y 4 del mismo Reglamento.

187. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., págs. 64-5, parten de que el derecho extranjero no forma parte del *iura novit curia* y para eximir a las partes de la carga de la prueba sería necesario mandato legal expreso, sin embargo entiende que también sobre el órgano jurisdiccional recae “de algún modo”, puesto que, en su opinión, una vez propuestos los medios de prueba a instancia de parte, al juez le quedara alguna duda acerca del contenido y vigencia del derecho extranjero que hade aplicar “entonces él mismo, de oficio, deberá promover cuantos medios de averiguación estime necesarios para lograr su recta y debida aplicación. Sobre todo ello concluyen (pág. 67) que no parece que deba sostenerse que la STC 10/2000 torna “lo que antes era una posibilidad en una auténtica obligación judicial, que de no afrontarse debidamente puede acarrear la lesión del art. 24 CE.

188. STC 155/2001 (Sala 2ª), 2 de julio (Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. RTC 2001\155).

189. No sería el caso a que se refiere la SAP Alicante (Sec. 5ª), 18 de noviembre de 2003 (Ponente: D. Luis Antonio Soler Pascual. JUR 2004\43061), en la que la parte se limita a indicar que es aplica-

Si bien todos sus pronunciamientos han de ser debidamente contextualizados con sus fundamentos fácticos, el Tribunal Constitucional ha declarado que de no culminar las actuaciones de colaboración por parte del órgano jurisdiccional, en el caso concreto podría vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 10/2000<sup>190</sup>. y 155/2001).

En los casos tratados por el Tribunal Constitucional se trataba de actuaciones de averiguación iniciadas por el órgano jurisdiccional que, por diversas razones (relaciones diplomáticas cambiantes o situaciones de conflictos bélicos en determinados países) han podido dilatar los lapsos de espera de las correspondientes acreditaciones, lo que, sin otra justificación que evitar dilaciones, el juzgador opta por no esperar más tiempo y dictar sentencia considerando no acreditado el derecho extranjero. Ciertamente ha de analizarse en el caso concreto la disponibilidad y diligencia probatoria que corresponde a las partes. Pero, desde luego, el Tribunal Constitucional deja la puerta abierta para que la averiguación judicial sea algo más que una mera autorización o una facultad que se ejercerá arbitrariamente, siendo imperativa cuando la diligencia de la parte sea insuficiente en el caso concreto para poder acreditar el derecho extranjero.

---

ble el derecho belga, sin mencionar norma o precepto alguno.

190. En la STC 10/2000 (Sala 1ª), 17 de enero (Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde. RTC 2000\10), el supuesto fáctico consistió en que la Audiencia Provincial admitió a trámite la prueba del derecho armenio aplicable (la República de Armenia, en 1994 en que se interpuso la demanda de separación, independizada de la extinta URSS en 1991, envuelta en graves conflictos bélicos internos y externos, se encontraba sin representación diplomática en España ni española en Armenia, como luego informó a la Audiencia Provincial la Subdirección General de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia, sin traductor jurado de ruso en la localidad de residencia, y sin que la Embajada y Consulado rusos en España dispusiesen de la legislación civil armenia). Tras varias comisiones rogatorias fallidas, decidió dictar sentencia sin esperar a que finalizara la correspondiente tramitación, dándose la circunstancia de que solamente faltaba una traducción fiable y la parte había tenido toda la diligencia en la prueba. Para el Tribunal Constitucional *“es obligado considerar que la frustración de la práctica de la prueba sobre el derecho extranjero es imputable a la actitud de la Audiencia Provincial, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar Sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal pueda tenerse el simple hecho, por otra parte evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citada segunda comisión rogatoria”*.

Se evidencia cómo la LEC adolece de un régimen más transparente y determinante a la hora de atribuir la carga de la prueba del derecho extranjero. No estaría de más que hubiera aclarando si el juez ha de realizar necesariamente averiguaciones de oficio y en qué supuestos concretos<sup>191</sup>. Parece que con la actual regulación no se impone al juez que ordene la práctica de pruebas de oficio, sino que, como indican GIMENO y MORENILLA<sup>192</sup>, “se trata de un deber (dentro de lo posible y partiendo de una leal colaboración con las partes) de practicar la prueba del derecho extranjero”. Todo ello sin perjuicio de que pudieran ser más adecuadas otras soluciones acordes con la naturaleza normativa del derecho extranjero, lo que implicaría la exención de la necesidad de su prueba, sin perjuicio de que juez y la parte pudieran compartir facultades para determinarlo<sup>193</sup>.

La falta de determinación o prueba del derecho extranjero, como ha reconocido la jurisprudencia reiteradamente<sup>194</sup>, no implicará sin más la desestimación de la pretensión por falta de prueba<sup>195</sup>, sino que “cuando

191. MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2201.

192. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 405. Algo similar había dicho antes LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., págs. 56, cuando se refiere a que “puede –e incluso debe– el tribunal participar activamente en la prueba del derecho extranjero”. En similar sentido, FERRER CORTINES, Ó., “La carga de la prueba del derecho extranjero”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 262 y 22, concluye que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE impone al juez una actividad positiva de averiguación del derecho extranjero lejos de la mera pasividad judicial”.

193. En el art. 283 del Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno, la cuestión se trata disponiendo lo siguiente: “el derecho extranjero a aplicar para la solución de un conflicto no requiere de prueba, pudiendo el tribunal y las partes acudir a cualquier medio legítimo para determinarlo”.

194. Entre otras muchas, STS (Sala 1ª), 17 de julio de 2001 (Ponente: D. Román García Varela. RJ 2001\5433). En cuanto a la jurisprudencia menor, entre otras, señala la SAP Guadalajara (Secc. 1ª), 14 de enero de 2004, cit., “aun en el caso de que se hubiere entendido no debidamente probado el derecho ecuatoriano citado como aplicable por la parte actora, ello no implicaría de modo automático la desestimación de la pretensión, puesto que tiene reiteradamente señalado el TS que en el supuesto de que el Tribunal no se considere debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico”.

195. Resultan significativas las palabras de la STC 155/2001 (Sala 2ª), 2 de julio (Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. RTC 2001\155), cuando se refiere a “la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al

a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio". Esta doctrina, que se corresponde con soluciones de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>196</sup>, ha merecido sin embargo alguna crítica puesto que el derecho español puede ofrecer soluciones diametralmente opuestas a las previstas en el derecho extranjero y, de ese modo, las normas de conflicto del derecho español quedan prácticamente en la nada al supeditarse su eficacia a la habilidad o aptitud de la parte afectada para conseguir la acreditación<sup>197</sup>.

### 3. Derecho histórico y estatutario

La Ley de Enjuiciamiento Civil guarda silencio sobre la prueba del derecho histórico y el no publicado en el BOE. Así y todo hay cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial por el que, en relación con el de-

---

*Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige".*

196. Doctrina que se corresponde con el art. 14.2 de la "Legge 31 maggio 1995" italiana que ante la eventualidad de que el juez sea incapaz de determinar la ley extranjera aplicable, ni siquiera con la colaboración de la parte, al final se aplicará la ley italiana. Dispone literalmente que: "*Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana*". Por tanto, como indica SAITTA, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I, *Disposizioni generali*, Vallardi, Milano, 1959, pág. 441, "*in difetto di prova della legge straniera, il giudice debba applicare la legge italiana*". Sin embargo, mantiene lo contrario LIEBMAN, E. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, cit., pág. 82. Asimismo, se niega que pueda aplicarse la ley extranjera y la italiana al mismo tiempo. Entre otros, DEL GROSSO, "*L'impossibilità per il giudice italiano di conoscere la legge straniera come conseguenza della inosservanza (o ignoranza) della legge italiana*", en *Foro Italiano*, 1964, I, pág. 999.

197. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 70. Por su parte, MOLINS GARCÍA-ATANCE, E., "La aplicación de la ley extranjera por los tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos", en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 295, concluye que se ha de intentar limitar en lo posible los supuestos de aplicación de la Lex fori, con una postura activa y vigilante del juez en la fijación del objeto del proceso, determinando correctamente con las partes los fundamentos jurídicos aplicables a la controversia.

recho, ha de ser objeto de prueba todo aquel que no forme parte del *iura novit curia*, limitado, como indiqué, al derecho escrito, interno, general y vigente. Parece excesivo extender el deber de conocimiento judicial del derecho al derogado o histórico<sup>198</sup>, así como a aquel que no se encuentre publicado en el BOE<sup>199</sup>.

No obstante, respecto de este último derecho ha de precisarse que, por el carácter vigente, aplicable, público y general que le corresponde, el juzgador podrá aplicarlo en el caso de que lo conozca privadamente. Por supuesto, el deber de motivación y el derecho de defensa de las partes impondrán que en la resolución quede clara constancia de la norma y de su contenido<sup>200</sup>.

Ha de notarse que se habla de normas no publicadas en el BOE lo que no se corresponde exactamente con estatales en la medida que determinadas regulaciones de carácter autonómico, entre otros soportes,

198. Por más que, en algunos casos, el derecho derogado permanezca en la conciencia del juzgador más tiempo del que sería deseable. Fenómeno que explicaría, salvando excepciones concretas, la marcada tendencia jurisprudencial a mantener las líneas jurisprudenciales originadas en contextos legislativos derogados y sustituidos por normas posteriores. Para muestra un botón, la insistencia de algunas Audiencias Provinciales a seguir hablando de “ejecución” en el contexto del juicio cambiario, no obstante extraer a la letra de cambio, el pagaré y el cheque del elenco de “títulos ejecutivos” del art. 517 LEC por más que se encontraran en el derogado art. 1429.4º LEC 1881. De otro lado, es del todo punto razonable que el juez no tiene el deber de conocer el derecho de su país. Como afirma MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 258, que “el deber de conocer el derecho de su país se limita al vigente, no al histórico, a riesgo de convertirlo en historiador”. Y, en la misma línea, MARTÍN OSTOS, J., “La prueba. Aspectos generales”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), cit., págs. 192, explica que “sería ilusorio pretender que el Juzgado patrio conociera todos los conjuntos normativos de otros países”. Por su parte, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., y PÉREZ CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 393, dada la amplitud que engloba el concepto no ven inconvenientes para su valoración cuando se encuentra en cuerpos legislativos tan conocidos como Las Partidas o la Novísima Recopilación.

199. GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Prueba: disposiciones generales (arts. 281-292)”, cit., pág. 12 parece opinar que siempre y en todo caso han de ser conocidas y aplicadas las normas publicadas en los diversos Boletines Legislativos de las Comunidades Autónomas, sin necesidad de que las partes tengan la carga de acreditar su contenido o vigencia

200. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 90.

también son publicadas en el mismo BOE, concretamente ocurre así con las leyes autonómicas.

Todavía más, merece hacer una distinción respecto de las normas no contenidas en el citado BOE. Aquellas que hayan sido publicadas en los Diarios o Boletines Oficiales correspondientes a determinados ámbitos territoriales, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 151/1994), deberán ser conocidas por los jueces cuya circunscripción territorial se encuentre en la provincia o comunidad que abarque el correspondiente Boletín.

En definitiva, el derecho estatutario no publicado en el BOE pero sí en otros Diarios o Boletines Oficiales, solamente habrá de ser objeto de prueba cuando la circunscripción del órgano jurisdiccional se ubique en otro territorio distinto al del correspondiente Diario o Boletín<sup>201</sup>. Así y todo, en estos casos, la actividad probatoria se simplificaría bastante puesto que bastaría para ello la mera presentación, como prueba documental, del correspondiente Boletín en que se publica. Incluso, cuando los medios técnicos lo permitan, como ocurre por ejemplo con el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (<https://www.docv.gva.es/portal/>), estimo que sería suficiente con la dirección electrónica en la que constara la correspondiente norma.

---

201. Entre otros, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 218.

### III. Reglas no jurídicas

Las reglas o máximas de la experiencia también han de ser conocidas y aplicadas por el juez. STEIN las describía como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener valor para otros nuevos”<sup>202</sup>.

En efecto, más que hechos<sup>203</sup>, se trata de criterios o juicios de carácter abstracto y general, no jurídico sino técnico, científico, artístico o de

---

202. STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, (trad.: DE LA OLIVA), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 30. En otros términos, CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processale Civile*, cit., pág. 396, las considera como “*giudizi generali di fatto, giudizi formati sull’osservazione di quanto comunemente avviene... e che come tali possono formarsi in astratto da ogni persona sana di mente e di media cultura*”. Recientemente, TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, (con otros), cit., 2006, pág. 417, las describe como “*costituite da tutte le nozioni, regole, generalizzazioni, criteri, standard e leggi naturali o empiriche che il giudice trae, come del resto accade per qualsiasi persona di media cultura in un contesto sociale dato, dall’esperienza ordinaria del mondo*”.

203. En opinión de DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 511, se trata también de hechos porque, según argumenta, no son Derecho y además se forman a partir de la experiencia, de la realidad, y en ese sentido, tienen carácter fáctico. Si bien matiza que se diferencia de un concreto hecho o circunstancia fáctica en que requieren de una pluralidad de hechos para ser deducidas, bien de modo vulgar, bien científicamente.

otra índole similar, aplicables a múltiples casos cuando las características de éstos permitan hacerlos subsumibles en aquellas reglas<sup>204</sup>.

Como apunta ORTELLS<sup>205</sup>, pueden servir para tres finalidades: para verificar en el caso concreto la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados, para la valoración de los medios de prueba practicados, y para la construcción de presunciones judiciales, como enlace preciso y directo entre la presunción y el hecho base de la misma.

Aunque la LEC no cuenta con un precepto que lo autorice, como se reconoce expresamente en otros ordenamientos de nuestro entorno<sup>206</sup>, estas reglas no jurídicas no requerirán ser probadas cuando el juez sea conocedor de las mismas bien porque formen parte de su acervo cultural o bien porque, siendo especiales, las conozca por su conocimiento particular. En caso contrario, cuando sea necesario poseer conocimientos o formación especializada, estas reglas o máximas se introducirán en el proceso mediante prueba pericial (art. 335.I LEC)<sup>207</sup>.

---

204. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 352. En palabras de la STS (Sala 1ª), 24 noviembre 1983 (Ponente: Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. RJ 1983\6499), son “deducciones e inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, es decir, de las llamadas máximas de experiencia, juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia que el Juez, sin excederse o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar”. En muy similares términos, más recientemente, la STS (Sala 1ª), 7 de noviembre de 2002 (Ponente: Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. RJ 2002\9687), se refiere a “deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de la convivencia, que el Juez personalmente, puede utilizar sin sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes”.

205. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 352.

206. Así, por ejemplo, el art. 115.II del *Codice di Procedura Civile* italiano, que expresamente dispone: “Puo' tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”. O el § 291 ZPO alemán, titulado “*Offenkundige Tatsachen*”, por el que “*Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises*”.

207. RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 366. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 18.

## IV. La sustitución del objeto de la prueba: Las presunciones

Suele ser nota general en la doctrina señalar los hechos favorecidos por una presunción como exentos de prueba<sup>208</sup>. No en vano el art. 385.1 LEC dispone que “las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca”.

Siendo esto cierto, en realidad la exención de la prueba del hecho favorecido por una presunción se produce porque ha habido prueba de otro hecho (o hechos)<sup>209</sup>. que, por existir un nexo o enlace suficien-

---

208. Entre los trabajos recientes sobre presunciones, véase extensamente ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad contractual*, Comares, Granada, 2007. Resumidamente, ídem, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 75-108.

209. Reconoce la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 21 de marzo de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007/2356), la posibilidad de que la presunción se base en varios hechos que, separadamente, no permitirían la presunción, si bien con mayores posibilidades de control casacional. Dice en ese sentido esta sentencia que “*en algunos casos se ha aceptado entrar a examinar en casación, como quaestio iuris [cuestión de Derecho], al hilo del artículo 1253 CC, el carácter lógico de la inferencia realizada cuando la conclusión probatoria parte de hechos diversos (v. gr., STS de 11 de diciembre de 2006 y 31 de enero de 2007). Sucede así cuando se combate la combinación de los resultados de varias presunciones hominis [de hombre o de hecho, también llamadas judiciales, por contraposición a las legales] (fundadas cada una de ellas en juicios de probabilidad fundados en reglas de experiencia) o la aplicación de una regla de experiencia, con arreglo a la cual, en determinadas circunstancias, puede inferirse racionalmente de la concurrencia de hechos*”

te entre ambos, permite considerar como acreditado el presumido y así su exención probatoria<sup>210</sup>. La presunción, por tanto, presupone la prueba, si bien, una vez probado el hecho de sencilla prueba, la consecuencia es la exención de la prueba del hecho presumido<sup>211</sup>.

---

*diversos una consecuencia probatoria que no podría basarse en cada uno de ellos aisladamente (omnia probant quod non singula [lo que las cosas aisladas no prueban lo hace el conjunto]), aun cuando en estos casos la exigencia de racionalidad en el conjunto de inferencias realizadas no se separa grandemente del mandato de atenerse a la racionalidad lógica en la valoración de la prueba exigido por el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva”.*

210. Como indica la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 29 de noviembre de 2007 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2007\8855), *“se trata por tanto de un medio a través del cual se llega a establecer la certeza sobre la existencia de un hecho -no acreditado por prueba directa- mediante la prueba directa de la certeza de otro de la que aquél es consecuencia, dado el enlace lógico entre ambos; para, en consecuencia, declarar probado el primero (...) las presunciones únicamente presentan un aspecto positivo o afirmativo en cuanto a la prueba, pues a través de ellas se tiene por probado determinado hecho que no lo ha sido por prueba directa; pero no ocurre lo contrario, como ahora se pretende, pues no son aptas, para, a través de ellas, declarar que un hecho no ha sido probado ni mucho menos resultan necesarias para dicha finalidad (...) constituyen «un medio de llegar desde una proposición o dato conocido a otra proposición o dato desconocido»; declarando por su parte la de 10 febrero 1998 que «la presunción judicial consiste en la estimación de un hecho no directamente probado como cierto por inferirse razonablemente de otro hecho directamente probado»*. Por tal motivo, y con el objetivo de excluir su análisis por el Tribunal Supremo, (entre otras muchas la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 4 de diciembre de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2008\251), se afirma que *“la fijación de los hechos que constituyen la base de una presunción se rige por las reglas de valoración de la prueba, que corresponde al tribunal de instancia. La jurisprudencia declara constantemente que la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, sino que tiene la función de contrastar la correcta aplicación del Ordenamiento (...) La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho la tutela judicial efectiva (...), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (...). En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación”*. Por lo demás, un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos la ofrece, entre otras, la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 22 de febrero de 2007 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2007\1478).
211. El Tribunal Supremo ha declarado, consecuentemente, que la “prueba de presunciones” tiene aisladamente un valor casacional prácticamente nulo desde que se suprimió el error de hecho en la valoración de la prueba, pues el hecho base de la presunción solamente podrá ser impugnado por la vía del “error de derecho en la apreciación de la prueba”. En definitiva, el juicio lógico de la presunción solamente será censurable en casación *“cuando ostensiblemente falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica”* (STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 30 de abril de 2008 (Ponente: José Almagro Nosete. RJ 2008\1844). No obstante, cabría algún matiz cuando la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 30 de enero de 2008 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2008\339), aunque sea partiendo de que no es posible pretender en casación la declaración ex novo de un hecho como probado por vía de la aplicación de presunciones no legales, matiza que *“no obstante, alguna otra resolución ha venido a admitir que ante ella se inste la declaración de un hecho como probado por la vía de las presunciones cuando*

Partiendo de ello, no merecen ser consideradas como presunción las simples deducciones que pueda hacer el juzgador a partir de los hechos que estime probados<sup>212</sup>, ni las meras alteraciones o especialidades en las normas sobre carga de la prueba<sup>213</sup>. Igualmente, la presunción se ha de presentar subsidiaria, de modo que solamente será necesario acudir a la misma cuando el hecho no pueda ser probado directamente<sup>214</sup>.

No obstante su diversidad (judicial o legal, *iuris tantum* o *iuris et de iure*), todas las presunciones presentan la misma estructura: una norma cuya consecuencia jurídica se vincula a un supuesto de hecho no comprobado, un supuesto de hecho comprobado o de fácil comprobación, y un nexo entre ambos que permite la verificación de uno cuando lo ha sido el otro<sup>215</sup>.

---

*así se hubiese solicitado en los escritos rectores del proceso y, en consecuencia, la propia aplicación de las presunciones hubiera sido objeto de discusión en el pleito”.*

212. Véase, entre otras muchas, la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 28 de mayo de 2007 (Ponente: D. Vicente Luis Montés Penadés. RJ 2007\3605); o la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 21 de marzo de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007\2356).
213. Véanse algunos ejemplos en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III. La prueba. Los recursos*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., págs. 99-101. También puede verse casuística en DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, cit., págs. 41-9.
214. Dice en ese sentido la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 29 de octubre de 2007 (Ponente: D. Xavier O’Callaghan Muñoz. RJ 2008\1690), que *“la prueba de presunciones tiene un carácter supletorio de los demás medios de prueba y no se debe acudir a ella cuando los hechos han quedado probados por otros medios de prueba”.*
215. Cf: ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 372. Por su parte, como indica la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 22 de febrero de 2007 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2007\1478), *“mediante la presunción – de hecho ‘hominis’, o judicial– se presume la certeza de un hecho controvertido partiendo de otro previamente fijado en virtud de la prueba practicada o por haber sido admitido (S. 27 de julio de 2005 ). Se estructura en tres datos o parámetros: la afirmación base – el hecho demostrado– ; la afirmación presumida – el hecho que se trata de deducir– ; y el nexo de ambas afirmaciones – inferencia–, que ha de ajustarse a un lógico criterio humano, sin que sea preciso la ineludibilidad o univocidad, sino únicamente la sujeción a las reglas de la sana crítica (S. 4 mayo 1998)”. Sobre el nexo, indica la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 15 de abril de 2008 (Ponente: D. Antonio Gullón Ballesteros. RJ 2008\1710), que *“es un juicio de valor reservado a la Sala de instancia, que ha de ser respetado en tanto no se acredite su irracionalidad, no siendo exigible que la deducción sea necesaria y unívoca –lo que la diferencia de los ‘facta concludentia’–, sino que pueden seguirse de los hechos bases diversas consecuencias, estando reservada a la Sala de instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles (Ss. de 5 de julio de 1994 y las que cita)”.**

Sin embargo, su naturaleza difiere puesto que las presunciones judiciales son construidas *ah hoc* por el juez y las legales lo fueron por el legislador en abstracto y en general, configurándose como normas jurídicas. Estas últimas presunciones podrán admitir o no prueba en contrario, de modo que serán respectivamente *iuris tantum* (art. 385.2 LEC)<sup>216</sup>. o *iuris et de iure* (art. 385.3 *in fine* LEC).

Como es bien conocido, las presunciones *iuris et de iure* no admiten prueba en contrario, diversamente a las llamadas presunciones *iuris tantum*. En éstas, más que una exención probatoria, lo que en realidad se produce es una específica distribución de la carga de la prueba<sup>217</sup>. A partir de la misma, será posible la actividad de la parte para que no opere la presunción, bien para practicar prueba contraria al hecho base de la presunción (contraprueba) o bien para probar que del hecho base deriva una consecuencia distinta al hecho presumido (prueba de contrario)<sup>218</sup>, normalmente porque la operatividad del nexo o enlace entre estos hechos es distinto al que funda la presunción.

---

216. Entre otros ejemplos, según el art. 69 CC “se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”. Según el art. 436 CC “se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”. También el art. 449 CC dispone que “la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos”. Aunque no con tanta claridad, también otros ejemplos como el art. 194.2.II CC por el que “se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje”.

217. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., págs. 212-3, con cita de UNGER, las considera verdades interinas, no presunciones, ni inversiones de la carga de la prueba, sino meras exoneraciones ficticias de la carga de la prueba, que distribuyen la carga de la prueba en razón de la justicia distributiva que impone la prueba de los hechos a la parte que más fácil y cerca tiene el hacerlo. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 257, se trata de una norma especial sobre carga de la prueba.

218. En cualquier caso, como afirma la SAP Málaga (Secc. 4ª), 20 de abril de 2007 (Ponente: D. Melchor Hernández Calvo. AC 2007/2151) sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad, “sólo puede ser destruida por una prueba plena, evidente y completa”.

De otro lado, el art. 386.1 LEC remite a efectos de impugnación de las presunciones legales al art. 385.2 de la misma. Así la prueba en contrario, salvo que la ley expresamente lo prohíba, podrá dirigirse “tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. Esta remisión ha de entenderse a lo que sea aplicable puesto que no resulta adecuada completamente en cuanto, a diferencia de las presunciones judiciales, en las legales entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido no existe más enlace que la propia ley que establece la presunción<sup>219</sup>.

En el caso de las presunciones judiciales, ocurre exactamente lo mismo que en las legales, con la particularidad de que será el propio juez, y no el legislador, quien en el caso concreto tendrá por probado el hecho presumido cuando se haya probado otro hecho con el que concurre un nexo o enlace lógico<sup>220</sup>. Y así lo dispone el art. 386.1 LEC cuando se refiere a que “a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Por supuesto, exige que se incluya un razonamiento en virtud del cual se ha establecido la presunción, frente a la cual, el perjudicado por la misma podrá practicar prueba en contrario. Ahora bien, a diferencia de las presunciones legales, no operará en el aspecto de carga de la prueba, sino en la formación de la convicción sobre los hechos que se encuentran en el sustrato de la norma

---

219. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 524, concluyen que “por ser erróneo, resultará inaplicable en lo que se refiere a la, solo posible en la equivocada mente del legislador, prueba de enlace entre el indicio y el hecho presunto”.

220. Asimismo, como indica la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 4 de diciembre de 2007. (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2008/251), “no cabe confundir las presunciones con las deducciones que, para sentar las conclusiones, extraen los juzgadores de las denominadas pruebas directas o de las máximas de la experiencia (SSTS de 5 de julio de 2004, 19 de diciembre de 2005, 14 de marzo de 2006, 16 de marzo de 2006, 11 de octubre de 2006, 18 de octubre de 2006 y 11 de diciembre de 2006, entre otras)”.

que procede aplicar para la resolución de la pretensión, por esto que, aunque no sean un medio de prueba, sirven para su misma finalidad.

Como explica ORTELLS<sup>221</sup>, las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada (ya valorada) o en los hechos formalmente fijados a través de los modos previstos por la ley.

En cuanto a la impugnación, como se adelantaba, el art. 385.2 LEC autoriza la prueba en contrario, que “podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. En este caso, el enlace sí ha de concurrir a los efectos de construir la presunción judicial, pero los problemas para la prueba en este caso son de índole práctica. Salvo que la presunción judicial sea propuesta por una de las partes y, por tanto, genere el debate previo sobre su procedencia, estos problemas derivan de la escasa viabilidad de una prueba sobre un enlace objetivo y lógico entre el hecho base y el hecho presunto que, por engarzarse en un momento posterior al debate, será hartamente difícil de prever y exigirá unas importantes dotes de predicción más propias de oráculos que de abogados<sup>222</sup>. Y es que la presunción no se propone ni se valora, sino que se construye en el momento de la resolución, lo que provoca que las posibilidades probatorias de quien no se va a beneficiar de la presunción resultarán *per se* altamente dificultosas<sup>223</sup>.

---

221. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 373.

222. Señalan GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 526, que constituye casi un ejercicio de adivinación, donde al litigante viene a exigírsele prácticamente unas dotes proféticas capaces de advertir si, llegado el caso, por la mente del juzgador pasará o no la intención de construir o no el enlace lógico-deductivo que requiere la plasmación de una presunción judicial.

223. Sin embargo, para SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*

## V. Tratamiento procesal de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales

Como es bien conocido, cuando las pruebas se obtengan “directa o indirectamente” violentando derechos o libertades fundamentales<sup>224</sup>, el artículo 11.1 LOPJ es rotundo cuando dispone que “no surtirán efecto”. Esto significa, que su práctica no será admisible y aunque hayan sido admitidas y practicadas, no serán objeto de valoración ni, en cualquier caso, contribuirán a formar la convicción judicial o a fijar el objeto de la prueba.

Para la efectividad de los expeditivos efectos previstos en el citado art. 11.1 LOPJ, el art. 287.1 LEC establece el procedimiento. Así, en síntesis, se iniciará de oficio o alegándolo la parte de inmediato (lo habitual es que la ilicitud se produzca durante la obtención u origen de fuentes

---

1/2000, cit., págs. 368-9, del art. 386.2 LEC no surge legalmente ninguna nueva oportunidad probatoria para los litigantes puedan desvirtuar una presunción judicial en la que el Juez fundamente su sentencia, ni siquiera para proponer prueba en la segunda instancia.

224. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 35, llama la atención de que este concepto estricto de prueba ilícita permite situaciones como que el tribunal tenga que admitir como prueba una fotografía obtenida violando el derecho de propiedad y, en cambio, pueda inadmitir la misma fotografía obtenida violentando el derecho a la propia imagen.

de prueba), con traslado a las demás partes. Se resolverá en el acto del juicio o, en su caso, al comienzo de la vista. Se oirá a las partes y podrán practicarse las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo relativo a la ilicitud.

La violación de los derechos fundamentales puede producirse hasta que haya sido practicado el medio de prueba, si bien en ese último momento, en presencia y bajo la dirección del juzgador, es poco probable que se produzcan violaciones. Más factible será que la violación se consume durante la obtención u origen de fuentes de prueba, sin que se convalide o subsane por el hecho de que posteriormente se practique con total corrección.

La regulación del art. 287 LEC sobre el procedimiento para la efectividad de la exigencia contenida en el art. 11.1 LOPJ plantea una serie de interrogantes que conviene despejar.

## **1. Ámbito limitado a la vulneración exclusivamente de derechos fundamentales**

Requiere instancia de parte o puesta de manifiesto de oficio, cuando se considere que en la obtención (directamente) o en el origen (indirectamente) se han vulnerado derechos fundamentales. No bastan, por tanto, simples irregularidades legales<sup>225</sup>, que podrán tener determinadas consecuencias, pero no impedir que la prueba surta efectos en juicio.

Tampoco la mera afectación de un derecho fundamental implica por sí y necesariamente que se trate de una violación de derechos fundamentales que suponga ilicitud de la prueba. En efecto, aunque hay derechos

---

225. Por ejemplo, ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 261. Opinión diversa, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2231, que se refiere a la vulneración de la ley.

fundamentales que no pueden ser en absoluto afectados (derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, conforme al art. 15 CE), la mayoría de estos derechos pueden ser afectados aunque sea con sujeción a determinados condicionamientos (como los derechos del art. 18 CE), en este caso, la ilicitud de la prueba requerirá afcción del derecho y, además, que no se hayan respetado los límites o limitaciones dentro de los cuales puede producirse la afcción<sup>226</sup>.

En comparación con el proceso penal, la legislación se muestra más restrictiva que en el proceso civil a efectos de la afcción de los derechos fundamentales. Ahora bien, por ejemplo, cabe la adopción de una entrada y registro domiciliario (art. 261.2. y 3 LEC), no permite la ley en ningún caso una intervención de comunicaciones por hechos solamente relevantes en un proceso civil<sup>227</sup>.

## **2. Momento procesal oportuno: ¿posibilidad de formularla previamente a la admisión?**

La ilicitud habrá de ponerse de manifiesto “inmediatamente” y, por tanto, el procedimiento se suscitará nada más conocer la infracción. Sin embargo, el art. 287.1 LEC habla de prueba “admitida”, lo que se explica en que, mientras no lo sea, por haber sido propuesta y admitida o por haberse estimado un recurso de reposición contra su inadmisión, la prueba tendrá escasos efectos. Salvo que se haya admitido otra

---

226. Otra cuestión es como la ilicitud de la prueba puede afectar a otras pruebas en principio lícitas, esto es, lo que se ha venido a denominar en términos metafóricos “la teoría del árbol envenenado”. La orientación actual no es la de su automática y directa exclusión, sino que habrá de atenderse al supuesto concreto, ponderando las circunstancias así como no incentivar la comisión de infracciones constitucionales. Sobre la STC 81/1998 de 2 de abril, puede verse MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La evolución de la doctrina de «los frutos del árbol envenenado» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs.. 501-14.

227. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 360.

prueba, ni siquiera se producirá el supuesto que el mismo precepto contempla, esto es, que se abra el juicio en el ordinario o la fase de práctica en el verbal.

No obstante, se plantea la duda de si procede admitir la manifestación de ilicitud con carácter previo, aunque sea a los meros efectos de su inadmisión. Para algunos autores, no será posible esta posibilidad dado los términos del art. 287 LEC<sup>228</sup>, por el régimen de recursos previstos contra la inadmisión de la prueba (reposición y ulterior protesta conforme al art. 285.2 LEC) que impide la práctica de pruebas para acreditar tal ilicitud, y porque carece de sentido prever un doble mecanismo de protección, uno más restringido y otro más amplio, frente a una prueba ilícita solamente por el momento en que se aprecie<sup>229</sup>, y porque de otro modo soslayaría el trámite de ilicitud expresamente previsto a tal efecto<sup>230</sup>.

No se ha previsto expresamente la posibilidad de inadmisión, lo que por cierto, a algún autor no sólo le causa extrañeza sino que lo considera absurdo en cuanto que lo más deseable es que la prueba ilícita ni siquiera alcance la categoría de admitida<sup>231</sup>, pero no parece que el silencio legal permita su exclusión<sup>232</sup>. Es más, si la lesión de un derecho fundamental

---

228. Por ejemplo, ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, págs. 1-133 y 134. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., pág. 1341.

229. PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*. (Dir.: con ABEL LLUCH), JM Bosch Editor, Barcelona, 2006, pág. 39.

230. ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 359.

231. En similares términos GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1026.

232. Entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 524. Ídem, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 326. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., págs. 42-3. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 300.

es un modo de ilegalidad de la prueba, el “tribunal” tiene potestad para apreciarla de oficio<sup>233</sup>. Si nos ceñimos al tenor literal del art. 287 LEC, cuando habla de “prueba admitida” y que “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”, en caso de que se tuviera conocimiento o se produjera la ilicitud en la práctica de la prueba, la interpretación literal conduciría a la absurda consecuencia de impedir la posibilidad de alegación de la ilicitud en el momento de la práctica probatoria, por lo que no habría forma de impedir que la prueba ilícita tuviera efectos en la sentencia. Admisibilidad posterior que la mayor parte de autores comparte no obstante el silencio legal<sup>234</sup>. De otro lado, el régimen de recursos frente a la resolución de inadmisión, reposición y protesta sin posibilidad de práctica de pruebas sobre la misma, tampoco resulta crucial en la medida que en caso de desestimación de la reposición o tras la protesta, será posible recurrir indirectamente, reproduciendo la ilicitud en caso de inadmisión. Todo esto, de otro lado, no se diferencia sustancialmente del régimen de recursos previsto en el propio incidente de ilicitud previsto en el art. 287.2 en relación con el art. 446 LEC.

Cuando la impugnación resulte infructuosa, podrá reiterarse en la segunda instancia. Si se trata de impugnar una prueba practicada por haber sido desestimada su licitud, el fundamento sería el art. 59 LEC;

233. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 360. En línea similar, DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, cit., pág. 74.

234. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., pág. 1340. GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., págs. 1026-7. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 399 estiman que podría alegarse posteriormente aunque se incumpla la exigencia de que se alegue inmediatamente, pues no produciría preclusión sino meramente supondría un indicio valorativo. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 524 matiza que si la ilicitud se revela tras el juicio o vista no podrá ser denunciada en la primera instancia “si el plazo para dictar sentencia ha comenzado, salvo... que se hubiese quedado en suspenso por acordarse, con arreglo a los arts. 435 y ss, unas diligencias finales”. Contrariamente MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 272 considera que, no obstante los problemas prácticos que plantea, el juzgador podrá cuestionarse la licitud de oficio y en el momento de dictar sentencia.

en el caso contrario, si la prueba no pudo practicarse por haberse estimado su ilicitud, el fundamento estaría en el art. 460.2.1 LEC, puesto que, no obstante la inicial admisión de la prueba, por último, ésta resultó inadmitida<sup>235</sup>.

A pesar de la redacción del art. 287.1 LEC que habla de prueba admitida, la relevancia de la ilicitud de la prueba es tal que parece razonable no excluir su apreciación sea a instancia de parte o de oficio, en el momento en que se detecte, con independencia del estado del *iter* procedimental.

### **3. Procedimiento: solicitud, alegación, prueba, resolución y recursos**

En el juicio ordinario se solicitará generalmente por escrito, con traslado al resto de partes, y habrá de hacerlo de inmediato, en todo caso, antes de la práctica de la prueba (art. 433.1 LEC), salvo que se hubiera detectado la ilicitud ya iniciada la práctica. En el juicio verbal, se solicitará oralmente en los momentos iniciales de la vista, igualmente antes de la práctica de la prueba (art. 466 LEC)<sup>236</sup>. En los casos en que la ilicitud se conozca una vez iniciada la práctica, de modo que no haya podido practicar la prueba al respecto, parece que lo más razonable será que el juez autorice la suspensión del juicio o vista<sup>237</sup>.

Previa a la resolución, el “tribunal” oirá a las partes, y, en relación con la prueba sobre la que se suscita la ilicitud, se practicarán aquellas que

---

235.No comparto la opinión de GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1028-9, cuando sobre este punto opina que, según “la literalidad de la ley”, el litigante que ve como no se admite una prueba por él propuesta por considerarse ilícita carece de medios de impugnación. Conclusión fruto de una interpretación literalista.

236.Así, MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1777.

237.GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1027.

hayan sido propuestas y admitidas en el acto, en relación con los extremos relativos a la ilicitud. A continuación, de modo análogo a lo previsto en el art. 285 LEC, resolverá mediante “auto”, dado oralmente y documentado en el acta por el secretario judicial<sup>238</sup>, en el mismo momento del juicio o vista<sup>239</sup>. En el caso de que estime la ilicitud de la prueba, el sentido de la resolución será el de que no surtirá efecto, esto es, el de inadmisión de la práctica de la prueba no obstante su inicial admisión.

Solamente cuando la ilicitud se haya detectado una vez practicada, la resolución habrá de ser la de que no se tendrá en cuenta lo practicado en la sentencia, en cuyo caso parece aconsejable la sustitución del juez que ha estado presente en la práctica de prueba<sup>240</sup>. En ese supuesto, consecuente con el principio de inmediación, procedería decretar la nulidad de la práctica de pruebas y su repetición ante el nuevo juez.

Con independencia del sentido del auto que resuelva sobre la ilicitud, podrá ser recurrible en reposición (oral) en el juicio ordinario (art. 287.2 LEC), bastando con la mera protesta en el juicio verbal (art. 446 LEC)<sup>241</sup>, si bien no parece que el tenor de este precepto impida que se

---

238. MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1777.

239. GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1027 señala algunos inconvenientes prácticos consecuencia de que se conozca precisamente en este momento porque en ese caso “le priva de posibilidades de actuación a efectos de suplir la prueba cuya práctica haya sido rechazada”.

240. GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1026, nota 3, con referencia a la doctrina que se había pronunciado en relación con el art. 11.1 LOPJ.

241. PEDRAZ PENALVA, E., y BLASCO SOTO, C., “El juicio verbal”, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2001, pág. 5-188. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 300. En cambio, para MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1777, procederá en todo caso reposición, puesto que “no se exige que las partes formulen expresa protesta (conforme proclaman los artículos 285 y 446), sino que se reconoce su derecho a reproducir la impugnación de la prueba ilícita”. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Prueba: disposiciones generales (arts. 281-292)”, cit., pág. 28. VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 413. Para LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., págs. 93-6, en la resolución general que inadmite prueba cabe protestar y en la que admite cabe reposición, no obstante, estima que lo correcto hubiera sido no conceder reposición en ningún caso o concederlo frente a la resolución

pueda solicitar en el acto la reposición de la resolución<sup>242</sup>. En caso de desestimación de la reposición, o tras la protesta, cabrá recurrir indirectamente, reproduciendo la impugnación de la prueba ilícita. Esto ha de significar, no obstante la falta de claridad del precepto, no sólo la impugnación de la prueba si se declaró lícita y por tanto se practicó, como en el caso contrario, sino también cuando se declaró ilícita y no se practicó<sup>243</sup>, alegando por tanto los motivos de la ilicitud como, en su caso, de la licitud, en el correspondiente recurso que pueda formularse frente a la sentencia que resuelva.

Si la reposición resulta infructuosa, podrá reiterarse la impugnación en la apelación así como, en su caso, en el recurso extraordinario por infracción procesal. Si se trata de impugnar una prueba practicada por haber sido desestimada su licitud, el fundamento sería el art. 59 LEC; en el supuesto contrario, si la prueba no pudo practicarse por haberse estimado su ilicitud, el fundamento sería el art. 460.2.1 LEC, puesto que, no obstante la inicial admisión de la prueba, por último, esta resultó inadmitida<sup>244</sup>.

---

que inadmite. Ahora bien, en el caso de prueba ilícita entiende que “en el juicio verbal únicamente cabe protesta –y no reposición–”

242. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 181, nota 9.

243. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 272

244. No comparto la opinión de GARCIMARTÍN MONTERO, R., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, cit., pág. 1028-9, cuando opina que, según “la literalidad de la ley”, el litigante que ve como no se admite una prueba por él propuesta por considerarse ilícita carece de medios de impugnación. En mi opinión, tal conclusión solamente sería fruto de una interpretación literalista.