

# Mediació

Article guanyador “II Premi Elías Campo Villegas” – Categoria doctrinal

## Confidencialidad de los MASC, derecho a la prueba y proceso civil: apuntes para una pacífica coexistencia

(ADR's confidentiality, right to evidence and civil procedure:  
notes for a peaceful coexistence)

MIQUEL TUCHO MORILLO

Investigador predoctoral en dret processal UPF  
Becari de la Fundació Manuel Serra Domínguez

Data de recepció: 15 de març de 2024  
Data d'acceptació: 13 de maig de 2024

**Resumen:** La confidencialidad es esencial para el buen fin de los MASC, por lo que resulta necesario que toda aquella información que quede bajo su amparo permanezca efectivamente protegida. Al mismo tiempo, empero, debe tenerse presente que los MASC no excluyen el proceso jurisdiccional, sino que únicamente pretenden evitarlo. Se advierte, por consiguiente, un potencial conflicto de intereses que, en el marco de un proceso civil o un arbitraje, puede producirse entre la confidencialidad y el derecho a la prueba. En este contexto, el presente artículo analiza y trata de dar respuesta a algunos de los interrogantes que dicho conflicto de intereses plantea. Así, primeramente, se trata de delimitar el objeto y el alcance del principio de confidencialidad. Más adelante, se examinan algunas cuestiones problemáticas que la aportación de una prueba con vulneración de la confidencialidad conlleva, con especial atención en lo referente a su inadmisión.

**Palabras clave:** Confidencialidad, derecho a la prueba, proceso civil, arbitraje, conflicto de intereses, ponderación.

**Abstract:** Confidentiality is of the utmost importance for the well-functioning of ADR methods, so it is necessary that all the information that falls within its protection remains effectively undisclosed. However, at the same time, we must bear in mind that ADR do not exclude the jurisdiction, but they only try to avoid it. As a result of that, it is noticed a potential conflict of interests that, in the framework of a civil procedure or an arbitration, might be produced between confidentiality and the right to evidence. In that context, the present paper analyses and pretends to answer some of the questions that said conflict of interests poses. In this way, first of all, it is attempted to delimit the object and the scope of the principle of confidentiality. Further on, some of the problematic questions that the submitting of evidence in breach of due confidentiality are examined, with especial regard in its inadmissibility.

**Keywords:** Confidentiality, right to evidence, civil procedure, arbitration, conflict of interests, ponderation.

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AMPLIA FORMULACIÓN DOCTRINAL DEL ÁMBITO OBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD. 3. SOBRE LA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD. 3.1. Introducción. 3.2. Objeto. 3.3. Alcance. 4. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PROPOSICIÓN DE PRUEBA VULNERADORA DE LA CONFIDENCIALIDAD. 4.1. El difícil encaje en el actual concepto de prueba ilícita. 4.2. La pacífica consideración de prueba ilegal. 4.2.1. El renovado debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales a raíz del art. 283.3 LEC: un análisis desde la óptica de una prueba vulneradora de la confidencialidad. 4.2.2. Algunos argumentos en favor de su inadmisión. 4.3. ¿Y si esta situación se plantea en un arbitraje, qué solución debería adoptarse? 5. PARTICULARIDADES QUE PRESENTAN ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD. 5.1. El interrogatorio de las partes. 5.2. La prueba documental. 5.3. La prueba pericial. 5.4. El interrogatorio de testigos. 6. LA POSIBLE INFLUENCIA DE LA PRUEBA CONFIDENCIAL EN LA MENTE DEL JUZGADOR. 6.1. Introducción: planteamiento de la problemática. 6.2. Un novedoso enfoque con base en los estudios de la psicología jurídica: la teoría del razonamiento motivado. 6.3. La recusación como garantía de una solución efectiva. 6.3.1. En el proceso judicial. 6.3.2. En el proceso arbitral. 7. VULNERACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD Y BUENA FE PROCESAL. 7.1. Concisa aproximación al principio de la buena fe procesal. 7.2. Algunas consideraciones sobre la aportación de una prueba confidencial como presupuesto de mala fe procesal. 8. REFLEXIÓN FINAL.



## 1. Introducción

Los Métodos Alternativos —o adecuados—<sup>1</sup> de Resolución de Controversias —en adelante MASC<sup>2</sup>— están recibiendo un notable impulso en los últimos tiempos, por lo que es razonable conjeturar que su uso, actualmente muy limitado, pudiera acrecentarse de modo perceptible en un futuro cercano.

Uno de los múltiples retos que la promoción de los MASC plantea es el de su relación con el proceso civil, habida cuenta de que no lo excluyen, sino que únicamente pretenden evitarlo. Existe pues una relación entre ambos procesos, negocial y judicial, uno de cuyos principales nexos de unión —y por ello también de tensión— lo constituye la confidencialidad. En efecto, como es sabido, el principio de confidencialidad impide que toda aquella información que quede bajo su amparo pueda ser incorporada en un posterior proceso judicial, de manera que la correlación entre confidencialidad y derecho a la prueba es fácilmente advertible; un mayor alcance de la primera conllevará una disminución del ejercicio de la segunda, y viceversa.

A pesar de esta importancia de la confidencialidad de los MASC, su estudio ha sido, por lo general, poco prolífico, toda vez que se ha abordado, mayoritariamente, de modo tangencial, sin el grado de precisión que resultaría deseable. Particularmente inexplorada ha sido su aplicación procesal, cuyos principales óbices son omitidos y, por ende, no son examinados. Se identifica pues una falta de estudios sobre el particular, cuyo interés en contribuir a colmar responde, adicionalmente a la necesidad de claridad de los

conceptos jurídicos, a una potencialmente creciente relevancia práctica de la cuestión.

En el marco de estas consideraciones, el presente artículo tiene por objeto efectuar un exhaustivo análisis de la relación entre la confidencialidad y el derecho a la prueba desde una doble perspectiva: sustantiva y procesal. Desde el plano sustantivo, se pretende contribuir a delimitar, a pesar de la consabida dificultad de hacerlo en el plano abstracto, el objeto y el alcance de la confidencialidad; desde el plano procesal, se examinarán las principales cuestiones problemáticas que la aportación de una prueba con vulneración de la confidencialidad puede suponer, especialmente en lo referente a su inadmisión.

### *Uno de los múltiples retos que la promoción de los MASC plantea es el de su relación con el proceso civil, habida cuenta de que no lo excluyen, sino que únicamente pretenden evitarlo*

El trabajo ha quedado estructurado en dos grandes partes del modo que sigue.

En el primero, tras poner de relieve la excesiva amplitud del ámbito objetivo del principio de confidencialidad, se precisa su objeto y se formulan unos parámetros para delimitar su alcance. En el segundo, dedicado al tratamiento procesal de la prueba aportada con

vulneración de la confidencialidad, se analizan las siguientes cuestiones: cual es el cauce procesal más eficaz, si el de la prueba ilícita o el de la “prueba ilegal”, para impedir el acceso al proceso de dicha prueba, la protección de la confidencialidad a la luz de las particularidades que presentan algunos de los medios de prueba regulados en la LEC, el posible efecto psicológico de la prueba que contenga información confidencial en el juzgador y finalmente la aportación de dicha prueba como un presupuesto de mala fe procesal.

## 2. La amplia formulación doctrinal del ámbito objetivo de la confidencialidad

La notable proliferación de estudios que ha habido sobre la mediación en los últimos tiempos ha conllevado una correlativa multiplicación de análisis doctrinales sobre la confidencialidad. Una lectura de dicha doctrina permite constatar que el ámbito objetivo o material de la confidencialidad, esto es, el alcance de la información que debe quedar reservada, se ha formulado, por lo general, en términos destacadamente amplios, dando a entender que todo cuanto ha sido tratado en el proceso negocial debe quedar amparado por la confidencialidad.<sup>3</sup>

Así, BARONA VILAR, por ejemplo, afirma que “la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre cuanto haya sido conocido por incorporado a las sesiones del procedimiento de mediación”, destacando que “dicha reserva no solo es respecto de la disputa o conflicto existente, sino respecto de lo que verbalmente se vierte (...) y respecto de la información que se aporta a través de otros medios posibles de comunicación”. Por

1 Actualmente reciben también, por parte de algunos autores, el calificativo de “complementarios”. Acerca de la evolución histórica de estos métodos y de su concomitante cambio en la denominación, véase BARONA VILAR, S., «La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?», en *Meditaciones sobre mediación (MED+)* (Ed. Barona Vilar, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31-61; BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 17-30.

2 Cabe advertir que con el vocablo “MASC” me referiré en todo momento a los llamados métodos autocompositivos, esto es, aquellos en los que la solución no viene impuesta por un tercero, sino que es alcanzada de común acuerdo por las partes.

3 Si bien existen también algunos autores que tratan de fijar con mayor precisión dicho ámbito objetivo de la confidencialidad. Dos buenos ejemplos de ello lo constituyen los trabajos de HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad debida en la mediación», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º 6, 2022, pp. 47-70 y de MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 44, 2018.



consiguiente, concluye asegurando que el principio de confidencialidad cubre “la exigencia de guardar reserva de las informaciones que se conozcan a través del procedimiento de mediación, ora por generarse en el mismo ora por haber sido aportadas por la otra parte o por los mediadores al procedimiento”, y que “la información a que se extiende la obligación de confidencialidad es a todos los datos que se incorporan al procedimiento de mediación para alcanzar o pretender la solución de la controversia que, de ser difundidos por algunos de los sujetos participantes y aproximados a la mediación, podrían acarrear un daño irreparable a quienes les afecta”.<sup>4</sup>

En la misma línea, MERINO ORTIZ y LASHERAS HERRERO ponen de relieve que “se pueda hablar de la confidencialidad desde un punto de vista objetivo, cuando nos referimos a

las cuestiones tratadas en mediación y entre las que podemos diferenciar:

- La protección de toda la información tratada durante la mediación.
- La protección de los acuerdos adoptados.

De este modo, aseguran que se incluye en el ámbito de protección de la confidencialidad “todo lo que ha acontecido y se ha debatido en las sesiones de mediación; no solo la información transmitida oralmente, sino aquello que las partes han aportado para la exposición y explicación de sus intereses”.<sup>5</sup>

Por su parte, MARTÍN DIZ destaca que el principio de confidencialidad “se debe a la imposibilidad de que lo actuado en la mediación pueda trascender a un posterior proceso jurisdiccional sobre el mismo conflicto

o alguna de las materias abordadas en el mismo”, apostillando que “se aplica transformándose en un deber del mediador, y en una obligación para las partes y cualesquiera otro interviniente en la mediación, de no revelar las informaciones que conozcan como consecuencia de su participación en la mediación.”<sup>6</sup>

E igualmente TORRES LANA asegura que el alcance de la confidencialidad “en un sentido positivo (...) determina que la información sea accesible sólo para los autorizados” y “en un sentido negativo, implica la prohibición de comunicar, divulgar o revelar la información obtenida con ocasión del procedimiento”.<sup>7</sup>

### 3. Sobre la necesaria delimitación del principio de confidencialidad

#### 3.1. Introducción

Es probable que la señalada formulación amplia del ámbito objetivo del principio de confidencialidad sea debida a la indeterminación de este concepto, lo que conlleva la imposibilidad de definir, apriorísticamente, todos los supuestos que integran su contenido.

Sin embargo, nótese que las citadas referencias doctrinales muy poco ayudan para decidir aquellos casos en los que no está nada claro si una determinada fuente de prueba debe quedar o no protegida bajo el ámbito de la confidencialidad. Es por ello por lo que entiendo que debe hacerse un esfuerzo para intentar dotarla de contenido.<sup>8</sup>

Esta tarea es especialmente necesaria habida cuenta de la incidencia de

4 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 198-199.

5 MERINO ORTIZ, C., LASHERAS HERRERO, P., «Artículo 9. Confidencialidad», en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Castillejo Manzanares, R) (Coord. Alonso Salgado, C., Rodríguez Álvarez, A), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 115-116.

6 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2010, p. 78.

7 TORRES LANA, J.A., «Principios rectores de la mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)* (Coord. López Simó, S., Garau Sobrino, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 154.

8 Esta necesidad parece ser advertida también por BONET NAVARRO, A., *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Bonet Navarro, A.), Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 128-129 cuando afirma, a propósito del impacto de la confidencialidad regulada en la ley de mediación en la prueba documental, que “quizá esta progresiva expansión del ámbito de la prohibición plantea problemas a la hora de determinar si cierta documentación se halla en alguna de esas situaciones de relación con el procedimiento y en qué medida, porque en definitiva cuando se discuta en torno a la exigencia o impedimento de aportar tal documentación será necesario establecer primordialmente el nexo de esta con el procedimiento de mediación”.



la confidencialidad en el derecho a la prueba, configurado constitucionalmente como fundamental<sup>9</sup>, y que está íntimamente vinculado al derecho de defensa.<sup>10</sup> A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la finalidad principal de la prueba jurídica consiste en trasladar los hechos de la realidad extraprocesal al proceso judicial,<sup>11</sup> al objeto de que el órgano judicial compruebe si se han producido o no los hechos condicionantes de las consecuencias jurídicas previstas en las normas. Por todo ello, estando plenamente conforme con la limitación probatoria que impone la confidencialidad, habida cuenta de su indudable necesidad para el buen funcionamiento de los MASC<sup>12</sup>, es también necesario, a su vez, ser especialmente riguroso en cuanto a su objeto y alcance.

### 3.2. Objeto

Bajo mi criterio, lo que realmente queda amparado por la confidencialidad no son los hechos conocidos por las partes en el proceso negociador, sino las fuentes de prueba que nacen de dicho proceso.<sup>13</sup> En efecto, estimo que los hechos conocidos en el transcurso de un MASC podrán ser alegados y probados en el posterior proceso; eso sí, la aportación como prueba en el ulterior proceso judicial de las manifestaciones efectuadas por las partes en dicho proceso negocial estará absolutamente vedada. En suma, entiendo que la confidencialidad debe predicarse únicamente de las fuentes de prueba.

Es cierto que en la mayoría de los casos ello supondrá la imposibilidad de

probar la afirmación sobre el hecho en cuestión, puesto que la realidad extra-procesal surgida de la manifestación en el MASC será la única existente. Así es, precisamente por el amparo que brinda la confidencialidad, es probable que las partes confiesen o reconozcan hechos que no podrán ser acreditados más que con dicha confesión o reconocimiento. Sin embargo, deben efectuarse aquí las siguientes dos precisiones.

De un lado, no debe olvidarse que imposibilidad jurídica e imposibilidad o gran dificultad “material” son cuestiones distintas. La concurrencia de la primera hace irrelevante la segunda, pero no al contrario. De esta suerte, que una situación sea de muy difícil acaecimiento nada tiene que ver con que esté o no permitida por

- 9 Lo que, tal y como indica PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011, p. 177 *in fine* y p. 178, “exige una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden a favorecer su máxima vigencia”.
- 10 En esta línea, PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías...* op.cit, p. 179 destaca que “La propia literalidad del art. 24.2 C.E. pone de manifiesto que nuestro constituyente pretendió subrayar la estrecha relación existente entre los derechos a la prueba y a la defensa, mediante la expresión «para su defensa». Ciertamente, el derecho a la prueba se encuentra íntimamente ligado al de defensa (...).” Véase, asimismo, la jurisprudencia constitucional por él citada.
- 11 Véase, en este sentido, las reflexiones de algunos de los autores clásicos de la doctrina procesal. Así, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», *Estudios de derecho probatorio*, Communitas, Lima, 2009, p. 27, apunta que “el fin de la prueba no es fijar unos hechos, descarnados, secos y sin vida, elaborados formalmente por el Juzgador; por el contrario el fin de la prueba consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos.”; igualmente CARNELLUTI, F., *La prueba civil* (traducción de Niceto Alcalá Zamora), Arayú, Buenos Aires, 1955, p. XVIII, señala “que el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”.
- 12 Lo sintetiza muy bien MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida en una mediación», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 210, 2014, p. 44, cuando afirma que “las partes que intervienen en una mediación deben poder aportar información y documentos con plena seguridad de que ello no les va a perjudicar en un eventual proceso judicial o arbitral posterior. Solo así es factible que las partes dialoguen de forma honesta y participen de modo activo y colaborativo para mediar, y hallar la mejor solución al conflicto”.
- 13 En idéntico sentido, HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil ... op.cit, p. 55, sostiene que “respecto del ulterior uso en el proceso de los hechos conocidos en el curso del procedimiento de mediación a causa de lo declarado por una de las partes o de las informaciones aportadas por ella —unos hechos que la otra parte no hubiera podido conocer— se debe entender, a mi parecer, que no se veda la posibilidad de alegar y probar tales hechos en el proceso; lo que no podrá hacer la parte que ha conocido los hechos que antes ignoraba es sostener en el proceso que la otra parte los ha puesto de manifiesto durante el procedimiento de mediación —los estaría revelando ilícitamente—, ni las consecuencias que la contraparte quería deducir de ellos según expuso en el procedimiento de mediación ni tampoco la conducta que esta haya mantenido mostrándose contraria a alcanzar un acuerdo. Las partes pueden probar en el proceso los hechos alegados en el procedimiento de mediación, pero no pueden servirse como prueba de lo manifestado en este último” y en una línea similar VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012. Mediación y proceso civil», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garaú Sobrino, F.F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 390-391, afirma que “conviene distinguir entre los hechos que han dado lugar al litigio entre las partes y los hechos del propio procedimiento de mediación. Respecto de estos últimos han de operar, sin duda y sin limitaciones, las exclusiones probatorias que nos ocupan (...) Respecto a los hechos que están en el origen de la controversia entre las partes (si se ha entregado la mercancía o prestado el servicio en las condiciones pactadas, si se ha pagado lo estipulado, si se han causado determinados daños, etc.), es indiscutible que la circunstancia de que en la mediación se haya tratado sobre dichos hechos, e incluso generado una documentación más o menos abundante relacionada con los mismos no puede impedir que en el eventual proceso ulterior sean alegados y pueda practicarse prueba sobre ellos con la máxima amplitud. En relación con la prueba de estos hechos, la única limitación que derivaría de la previa mediación sería la de no emplear fuentes de prueba procedentes del procedimiento de mediación, bien porque se hayan creado dentro de dicho procedimiento, bien porque la parte que pretenda aportarlas únicamente disponga de ellas a través del procedimiento de mediación. Deberían admitirse, sin embargo, fuentes de prueba que, aunque hayan sido empleadas en la mediación, tengan una existencia independiente de ésta, cuando la parte que pretende utilizarlas en el proceso haya tenido acceso a dichas pruebas por vías distintas al procedimiento de mediación (documentos de los que la parte disponía antes de iniciarse la mediación, por ejemplo, aunque obrasen en las actuaciones de ésta por haber sido aportados a ella en el marco de la negociación).”

el ordenamiento jurídico. Y, de otro lado, debe tenerse muy presente que la actividad probatoria es sumamente casuística, por lo que no cabe desconocer la posibilidad de que un hecho afirmado en el seno del proceso negociador pueda acabar siendo acreditado en un proceso judicial a través de otros medios. El empleo de los llamados “índicios endoprocesales”<sup>14</sup> o del razonamiento presuntivo se presentan en este escenario como posibles vías para la prueba de dichas afirmaciones sobre los hechos.

### 3.3. Alcance

Pese a la dificultad de contestar a esta cuestión debido a la indeterminación del concepto de confidencialidad, estimo posible formular, tomando como referencia la razón de ser del deber de confidencialidad<sup>15</sup>, una serie de parámetros que ayuden a acotar su ámbito de aplicación. Dichos parámetros son los cuatro siguientes.

- **Primerº:** que una de las partes ofrezca alguna opinión o información de carácter reservado, que no hubiera proporcionado fuera del MASC.
- **Segundo:** que ofrezca dicha opinión o información con el convencimiento de que no será revelada, por estar precisamente protegida por la confidencialidad.
- **Tercero:** que la contraparte haya tenido conocimiento de dicha manifestación gracias a

- la participación en el proceso negocial.
- **Cuarto:** que esta contraparte no hubiera podido conocer de ningún otro modo la opinión o información ofrecida.

Cabe destacar que los anteriores son criterios orientativos<sup>16</sup>, pero que en absoluto pretenden formularse taxativamente, a modo de requisitos o presupuestos para la aplicación de dicha confidencialidad. Si bien estimo que cuando concurren, la fuente de prueba en cuestión, muy probablemente, deberá merecer la reserva que brinda la confidencialidad, no puede afirmarse apriorísticamente que ello será así siempre y en todo caso, de modo que la concurrencia de la confidencialidad únicamente podrá ser determinada a través del análisis del caso concreto.

### 4. Tratamiento procesal de la proposición de prueba vulneradora de la confidencialidad

Una vez fijado el objeto y expuestos los criterios que pueden utilizarse para delimitar el alcance de la confidencialidad, es momento ahora de analizar el tratamiento procesal de la prueba aportada con inobservancia de dicha confidencialidad. Se sopesará aquí si dicha prueba puede calificarse de ilícita o, por el contrario, se trata de una prueba ilegal, a fin y efecto de determinar cuál es el cauce procesal más eficaz para lograr su ineficacia.

#### 4.1. El difícil encaje en el actual concepto de prueba ilícita

La aplicación del régimen de la prueba ilícita para lograr la ineficacia de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad viene condicionada al hecho de que se haya vulnerado algún derecho fundamental en la obtención u origen de dicha prueba. En efecto, el art. 11.1 LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades y fundamentales”, y en términos significativamente similares el art. 287 LEC preceptúa que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”, regulando a continuación un pequeño incidente contradictorio para determinar la ilicitud de la prueba. Pese a la aparente sencillez de estos preceptos, la prueba ilícita se ha convertido en los últimos tiempos en uno de los temas más intrincados y debatidos entre la doctrina.<sup>17</sup>

En este contexto, sin ningún ánimo de profundizar en su complejo análisis<sup>18</sup>, puesto que ello desbordaría el objeto del presente estudio, sí que interesa identificar, a la luz de la actual jurisprudencia constitucional<sup>19</sup> sobre la materia, algunas de sus características conformadoras.

Ello permitirá examinar si una prueba que vulnere la confidencialidad

14 Véase una buena aproximación a este concepto en MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica procesal. 25 años de estudios forenses*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 151-156.

15 Tal y como ya se ha dicho, crear un espacio de confianza en el que las partes tengan la certeza de que toda aquella información que, de buena fe y al objeto de intentar alcanzar un acuerdo, revelen, no les perjudique y no sea utilizada en su contra en un eventual posterior proceso judicial.

16 En sentido similar, MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad... op.cit, pp. 37-38, propone una “interpretación adecuada, no extralimitada, de la obligación de confidencialidad, que debe quedar limitada: 1) al propio proceso de mediación, es decir, a las comunicaciones –ofertas, contraofertas, apuntes, tenor de los debates, acuerdos parciales que no se pueden desligar de un acuerdo global, etc.– derivadas del mismo proceso de mediación, y documentación generada en el proceso utilizando información confidencial; y 2) con reservas, a aquella información que sea verdaderamente confidencial, es decir, aquella que no habría forma de conocer si no se aportara al proceso de mediación, y que se puede aportar en la confianza de que no va a poder utilizarse fuera de ese proceso”.

17 PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La Ley Probática*, Nº1, 2020, p. 9, por ejemplo, identifica “Hasta catorce monografías publicadas en España (por académicos de la Universidad, jueces, fiscales y abogados)”.

18 Un completo estudio de esta cuestión puede encontrarse en PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 283-368.

19 Un buen compendio de la evolución jurisprudencial de la prueba ilícita, en el que puede observarse la progresiva reducción de su alcance puede consultarse en PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial. (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.



propia de los MASC puede calificarse de ilícita y, por ende, que se le aplique el régimen procesal que la LEC prevé para dicho tipo de prueba.

En lo que a efectos del presente estudio incumbe, cabe señalar los siguientes tres presupuestos cuya concurrencia, según dicha jurisprudencia constitucional, es necesaria para que la prueba en cuestión pueda calificarse de ilícita.

En primer lugar, debe haberse vulnerado un derecho fundamental en el acto de obtención de los elementos probatorios. Esta idea, plasmada ya en la primera sentencia sobre la materia, la STC 114/1984, ha tenido una subsiguiente traducción normativa —en el art. 11.1 LOPJ y más adelante en el art. 287 LEC— y recepción jurisprudencial —en las posteriores sentencias del TC sobre esta materia—.

En segundo lugar, el acto de obtención de los elementos de prueba debe haber sido contrario a la Constitución o la vulneración del derecho fundamental ha de ser debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba. En sentido contrario, pues, la prohibición constitucional de valoración de la prueba ilícita no entra en juego cuando el acto de obtención de los elementos de prueba ha sido conforme con la Constitución o cuando la vulneración de un derecho de libertad o sustantivo no ha sido debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba. De este modo, se limita la aplicación del régimen de la prueba ilícita a la obtención de fuentes de prueba, y no a la práctica de éstas mediante los medios de prueba. Como el propio TC

expresa en la reciente STC 97/2019 (FJ 2), de 16 de julio “la regla constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales se refiere siempre a la «vulneración de derechos fundamentales que se comete al obtener tales pruebas», y no a las violaciones de procedimiento que, también en relación con la prueba, se producen «en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él», que quedan reconducidas, en cuanto a su posible dimensión constitucional, a la existencia de una garantía específica que resulte concretamente vulnerada o al juego general de «la regla de la interdicción de la indefensión»”.<sup>20</sup>

*Es probable que la señalada formulación amplia del ámbito objetivo del principio de confidencialidad sea debida a la indeterminación de este concepto*

Y, por último, la citada STC 97/2019, de 16 de julio<sup>21</sup>, ha venido a restringir aún más el ámbito de aplicación de la prueba ilícita toda vez que, para determinar la ilicitud probatoria, requiere valorar “si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio de las partes”.

Por consiguiente, para que pueda considerarse una prueba ilícita, debe existir una conexión instrumental entre la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental y el equilibrio procesal entre las partes.

A mi parecer, al tenor de dicha jurisprudencia constitucional, una prueba que vulnere la confidencialidad será, en la gran mayoría de las ocasiones, muy difícilmente encuadrable en el marco de la prueba ilícita. Ciertamente, repárese, de entrada, que en el procedimiento negocial las partes voluntariamente ponen en conocimiento de la otra la información confidencial, razón por la que, de acuerdo con los referenciados pronunciamientos del TC, al haberse producido el acto de obtención de las fuentes de prueba conforme a la Constitución, no entraría en juego la prohibición constitucional de valoración de la prueba ilícita. Asimismo, cabe recordar que el derecho fundamental que podría verse vulnerado con la quiebra de la confidencialidad —el derecho fundamental a la intimidad—, queda limitado, como dispone el art. 18.1 CE, a la “intimidad personal y familiar”, debido a lo cual, en la generalidad de situaciones, la información confidencial tratada en el MASC quedaría fuera del ámbito de protección del derecho fundamental.<sup>22</sup> Y, por último, incluso si en algún remoto caso se llegase a considerar que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental en la obtención de los elementos de prueba, debería acreditarse que ello se ha hecho con el propósito instrumental de obtener una ventaja procesal, tarea que se antoja sumamente complicada, máxime si la participación en el proceso negocial viene obligada por la ley.

20 Si bien esta limitación es criticada por buena parte de la doctrina, que entiende que la prueba ilícita debería abarcar también a la práctica de los medios de prueba. Véase, en este sentido, por ejemplo, PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba... op.cit*, p. 353 o MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2<sup>a</sup> edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 68 y ss.

21 Ampliamente sobre el análisis de la sentencia, pueden consultarse las siguientes aproximaciones doctrinales al respecto: PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita... op.cit.; ASENCO MELLADO, J.M., «La STC 97/2019, de 16 de julio: descanso en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, N.º 9499, 2019.

22 En sentido idéntico se expresa MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida... op.cit, p. 45, cuando destaca que “si la información y documentos del procedimiento de mediación tienen *ex lege* carácter confidencial, podemos preguntarnos si la infracción del deber de confidencialidad vulnera el derecho a la intimidad del art. 18 CE, pero la supuesta vulneración de la intimidad no radica en la obtención de la prueba, porque hablamos precisamente de quienes han intervenido de forma voluntaria en la mediación, por lo que su obtención es lícita. Además las informaciones y documentos derivados de una mediación de conflictos civiles, por no decir los «mercantiles», tendría difícil o imposible encaje en el concepto de intimidad «personal y familiar» objeto de tutela constitucional.”

Por todo ello, cabe concluir afirmando que el cauce procesal de la prueba ilícita previsto en el art. 287 LEC no será, como norma general, una vía eficaz para lograr la ineficacia procesal de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad. Así es, si bien considero, como argumentaré con más detalle en el siguiente epígrafe, que la aportación de dicha prueba puede suponer la vulneración de derechos fundamentales (derecho de defensa y derecho a la igualdad de armas procesales), su expulsión a través del art. 287 LEC tendrá una escasa probabilidad de éxito, por las razones acabadas de apuntar.

## 4.2. La pacífica consideración de prueba ilegal

De acuerdo con PICÓ I JUNOY, puede definirse la prueba ilegal o irregular como “aquel elemento probatorio obtenido o practicado con vulneración de preceptos que no gozan del *status jurídico* privilegiado de los arts. 14 a 29 C.E.”.<sup>23</sup> La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba ilegal estriba, pues, en la naturaleza de la norma infringida; si la vulneración ha afectado un derecho fundamental, estaremos en presencia de una prueba ilícita, mientras que si afecta a otro tipo de normas se tratará de una prueba ilegal.

Una prueba aportada con quebrantamiento de la confidencialidad es, sin lugar a duda, una prueba ilegal o irregular, puesto que contraviene lo

dispuesto en la ley. Así, por ejemplo, respecto de la mediación, iría en contra de lo preceptuado en el art. 9 de la Ley de Mediación<sup>24/25</sup>. Siendo esta consideración una cuestión pacífica, mucho más debatida es la admisibilidad y eficacia de dicha prueba ilegal o irregular.

### 4.2.1. *El renovado debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales a raíz del art. 283.3 LEC: un análisis desde la óptica de una prueba vulneradora de la confidencialidad*

Efectivamente, el debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales hace tiempo que existe<sup>26</sup>, y se ha reavivado con la incorporación a la vigente LEC del art. 283.3, el cual establece que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”.

De entre las distintas opiniones doctrinales que la discusión sobre dicho artículo ha generado<sup>27</sup>, destacan, en lo que concierne al presente estudio, las siguientes dos.

De un lado, una posición doctrinal mayoritaria que sostiene que el art. 283.3 LEC consagra el principio de legalidad procesal en materia probatoria, esto es, que entiende que la citada norma únicamente procura que se respeten las normas reguladoras de la actividad probatoria de la LEC. Se incluye en este grupo, entre otros<sup>28</sup>, a ABEL LLUCH, quién subraya que “la legalidad se refiere a la observancia de las formalidades legales, esto es, a los requisitos de tiempo y forma

en la proposición de los medios de prueba”, debido a lo cual sostiene que “el art. 283.3 LEC recoge el principio de legalidad en materia probatoria, entendido como la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto”, citando como ejemplos el interrogatorio de un colitigante con el cual no exista conflicto de intereses (art. 301.1 LEC) o la aportación extemporánea de un documento fundamental en el acto del juicio (art. 265.1 LEC)<sup>29</sup>.

De otro lado, aquellos autores que defienden que el art. 283.3 LEC entraña un criterio de legalidad ordinaria, en cuya virtud se obliga al juzgador a inadmitir cualquier prueba que vulnere una norma de rango legal. En este minoritario sector doctrinal se encuentra, por ejemplo, GARCIMARTÍN MONTERO, quien destaca que el “artículo 283.3 LEC establece una prohibición de alcance más amplio (en referencia al art. 287 LEC) puesto que hay vulneraciones de normas que no suponen lesión de derechos fundamentales”, debido a lo cual concluye afirmando que “a priori” este artículo permitiría denegar cualquier prueba en cuya obtención o práctica se haya infringido una norma legal imperativa de carácter negativo”.<sup>30</sup>

La relevancia de la aplicación de una u otra posición doctrinal es indudable, toda vez que ello puede determinar la admisibilidad de la prueba vulneradora de la confidencialidad.<sup>31</sup>

23 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit, pp. 290-291.

24 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

25 O, en caso de que hubiese sido finalmente aprobado, se vulneraría el art. 8 del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal.

26 Véase una completísima exposición de argumentos a favor y en contra de dicha admisibilidad en PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 291-304.

27 Ampliamente sobre las diferentes interpretaciones doctrinales acerca del art. 283.3 LEC, léase ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio del art. 283.3 LEC. ¿Puede el juez inadmitir una prueba que vulnere la legalidad ordinaria?», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º 1, 2014, pp. 241-257.

28 Véase, por ejemplo, PICÓ I JUNOY, J. «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil* (Dir. Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J.,) J.M. Bosch, Barcelona, 2006, p. 21 o CASANOVA MARTÍ, R., «La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º 1, 2016, p. 360, quien no duda en asegurar que “es cierto que el derecho a la prueba debe prevalecer a la vulneración de una norma infraconstitucional. En este punto, insistimos de nuevo en la importancia de descubrir la verdad material en el proceso como manifestación del mayor grado de justicia de la decisión que le pone fin, y aún más en los casos en que se vulnera una norma de la legalidad ordinaria.”

29 ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 286.

30 GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 283», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I. Arts. 1 a 516* (coord. Cerdón Moreno, F., et al), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1013.

31 Sobre esta cuestión, BONET NAVARRO, A., *Proceso Civil y...* op.cit, pp. 122-126 y HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil ... op.cit, pp. 60-61 tan solo señalan que cuando la prueba extraída de una mediación no pueda ser considerada ilícita, por no afectar a un derecho funda-



En mi opinión, y más allá de que el debate entre el mayoritario criterio de la legalidad procesal y el criterio de la legalidad ordinaria deba resolverse, en términos generales, en favor de uno u otro, considero que, en el caso que nos ocupa, debiera optarse, como mínimo, por una flexibilización de dicho criterio mayoritario. En este sentido, cabe señalar que incluso la propia doctrina partidaria de la máxima eficacia del derecho a la prueba admite que, en ocasiones, dicho derecho pueda ceder *en pro* de otros derechos. Así, PICÓ I JUNOY advierte, en relación con la problemática sobre la admisión de las pruebas ilegales, que una solución apriorística resulta desaconsejable, afirmando seguidamente que “sólo el estudio del caso concreto, al que deberá aplicársele la doctrina de la proporcionalidad o ponderación de los intereses en conflicto, puede ofrecer una adecuada respuesta al dilema aquí planteado.”<sup>32</sup> A mayor abundamiento, subraya que no siempre la prueba ilegal debe ser admitida y valorada, sino que, por el contrario, el juzgador, “ante la disyuntiva de buscar la certeza de los hechos litigiosos o proteger la norma infringida, puede, en aplicación de la doctrina de la ponderación motivada de los intereses involucrados, entender preeminente el segundo de ellos y en consecuencia rechazar tales pruebas.”<sup>33</sup>

#### 4.2.2. Algunos argumentos en favor su inadmisión

En atención a todo ello, cabe preguntarse, pues, si existen razones que justifiquen resolver el conflicto de intereses entre la protección de la confidencialidad y el derecho a la prueba en favor de la primera, inadmitiendo por

coniguiente la prueba que contenga información confidencial. A mi juicio, dichas razones efectivamente existen, y son la protección del derecho a la igualdad de armas y derecho de defensa, la interpretación sistemática de la LEC y la protección de la operatividad de los MASC, que paso seguidamente a exponer.

Primero: protección del derecho a la igualdad de armas y derecho de defensa. El derecho a la igualdad de armas, si bien no se encuentra expresamente reconocido en el art. 24 CE, forma parte de dicho conjunto de garantías<sup>34</sup> y es una manifestación, entre otros, del derecho de defensa.<sup>35</sup>

#### El debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales hace tiempo que existe

De acuerdo con el TC, supone “la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses”, y “requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen”.<sup>36</sup> En cuanto a la incorporación del material fáctico al proceso, el derecho a la igualdad de armas, tal y como señala el TC,

“ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por el art. 24.2 CE, pues, en el diseño del proceso establecido en dicha norma fundamental, la evidencia, presupuesto ineludible de la Sentencia, ha de obtenerse evitando las situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.”<sup>37</sup>

A mi parecer, una prueba que se aporte con quebrantamiento de la confidencialidad es susceptible de afectar el derecho a la igualdad de armas procesales y, en definitiva, el derecho de defensa en su conjunto. En efecto, téngase en cuenta que la preparación del posterior proceso civil que siga al proceso negocial se efectuará con la certeza de que toda aquella información confidencial revelada en dicho proceso negocial no será aportada. En consecuencia, en caso de ser admitida por el juzgador, se menoscabará gravemente la estrategia alegatoria y probatoria de la parte, máxime teniendo en cuenta que la naturaleza de las manifestaciones realizadas en el MASC —piénsese por ejemplo en una confesión o un reconocimiento de hechos— puede muy fácilmente desvirtuar por completo sus alegaciones y, como corolario de todo ello, situarle en una clara situación de desequilibrio y desventaja procesal.

En esta situación de existencia de un conflicto de intereses entre el derecho a la prueba y el derecho de defensa y a la igualdad de armas

mental, habrá de inadmitirse en base al art. 283.3 LEC por tratarse de una prueba ilegal; por su parte MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida... op.cit, p. 46 y MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad... op.cit, pp. 18-19, si bien apuntan el debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales y las distintas interpretaciones del art. 283.3 LEC, se limitan a afirmar que el tribunal deberá inadmitir cualquier prueba que contravenga lo dispuesto en una norma de rango legal.

32 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit, p. 291 *in fine*.

33 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit, p. 307.

34 Véase, al respecto, PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías...* op.cit, pp. 159 y ss.

35 Como así lo ha reconocido el TC en su AUTO 783/1985, de 13 de noviembre. (ECLI:ES:TC:1985:783a), (f.j.2.).

36 STC 307/2005, de 12 de diciembre. ECLI:ES:TC:2005:307. (f.j.2.). Véase, igualmente, STC 138/1999, de 22 de julio. (ECLI:ES:TC:1999:138.) (f.j.4º); STC 125/1995, de 24 de julio, (ECLI:ES:TC:1995:125.) (f.j.3º).

37 STC 61/2002, de 11 de marzo, (f.j.5º). En el mismo sentido, STC 37/2000, de 14 de febrero de 2000, ECLI:ES:TC:2000:37. (f.j.3º).

procesales, todos ellos configurados como fundamentales, pienso que, en aplicación de la teoría de la ponderación de los distintos intereses en juego, el primero debiera ceder en favor de los segundos.

Segundo: interpretación sistemática de la LEC. La propia LEC está comprometida con la protección de la confidencialidad, tal y como puede constatarse a través de la lectura de algunos artículos de la regulación de la prueba pericial conducentes a asegurar que se respete la confidencialidad, en este caso de la mediación.

Así, el art. 335.3 LEC preceptúa que, “salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto” y el art. 347.1 prevé que el tribunal deniegue la intervención del perito en el juicio o la vista “cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes”

Ello demuestra que la ley procesal no es ajena al conflicto de intereses que puede producirse entre la confidencialidad y el derecho a la prueba, tomando partido en favor de la primera.

Por tanto, una interpretación de la LEC en su conjunto es otro de los argumentos que deberían conducir al resultado, como norma general, de la inadmisión de la prueba vulneradora de la confidencialidad.

Tercero: protección de la operatividad de los MASC. Del modo que

iterativamente se ha expresado, la confidencialidad es esencial para el buen fin de los MASC, de modo que una inobservancia procesal de dicha confidencialidad supondría despojar dichos métodos de toda operatividad y utilidad. Así es, (i) las partes simplemente no acudirían a ellos o (ii) en caso de que se configurasen como requisito de procedibilidad a la jurisdicción civil, se participaría con el único objetivo de protegerse, esto es, de no revelar ninguna información que les pudiera perjudicar en un eventual posterior proceso judicial. Cabe destacar que este punto adquiere una especial relevancia en el actual contexto caracterizado, tanto a nivel nacional como supranacional, por una intensa promoción y fomento de estos métodos.<sup>38</sup>

En definitiva, pienso que estos son argumentos que justifican plenamente la inadmisión de una prueba mediante la cual se pretende romper la confidencialidad.<sup>39</sup> Dicha inadmisión deberá producirse en la fase de selección de las pruebas, esto es, en la audiencia previa o la vista. En el caso de que el juzgador admitiese la prueba propuesta, deberá formularse, en virtud de lo previsto en el art. 285.2 LEC, el correspondiente recurso de reposición, oponiéndose a la admisión de dicha prueba con apoyo en los argumentos aquí esgrimidos.<sup>40</sup>

### 4.3. ¿Y si esta situación se plantea en un arbitraje, qué solución debería adoptarse?

Por último, interesa saber cómo se resolvería esta cuestión en un procedimiento arbitral toda vez que,

especialmente en la litigación transfronteriza, no son infrecuentes las denominadas “cláusulas escalonadas o cláusulas escalación”, en las que se prevé una negociación y, en caso de que sea infructuosa, un arbitraje.<sup>41</sup>

En el arbitraje, huelga señalar, las partes gozan de una mayor libertad que en la jurisdicción ordinaria para formar el proceso que ha de poner fin a su disputa. Particularmente respecto a la prueba ya en la exposición de motivos se destaca que “la fase probatoria del arbitraje está (...) presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros (...) y por la máxima flexibilidad”. En consonancia con ello, el art. 25.2 LA preceptúa que la “potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas (...). Ciertamente, en materia probatoria, los árbitros ostentan unos poderes significativamente amplios.

Ahora bien, esta libertad y flexibilidad no constituye un subterfugio para la inobservancia de los principios y garantías procesales más elementales. Efectivamente, en el mismo párrafo citado de la exposición de motivos se advierte que dicha máxima libertad y flexibilidad queda condicionada a “que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad”, y el art. 24 LA determina que “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. Y es que dichas garantías procesales elementales, *mutatis mutandis* las del art. 24 CE, tienen plena aplicabilidad en el

38 Fíjese que el art. 812, g) TFUE dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios. En el plano nacional, repárese simplemente en el hecho de que el malogrado Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, cuya aprobación final –frustrada por una anticipada convocatoria electoral– se preveía para el año 2023, imponía la previa participación en un MASC como requisito de procedibilidad a la jurisdicción civil para la práctica totalidad de asuntos civiles y mercantiles.

39 En el supuesto de aportación de una prueba vulneradora del secreto profesional del abogado, ANDINO LÓPEZ, que ha trabajado profusamente la cuestión, también se pronuncia en favor de la inadmisión de la prueba, con apoyo en argumentos similares a los aquí expuestos para justificar la inadmisión de la prueba vulneradora de la confidencialidad de los MASC. Véase, al respecto, ANDINO LÓPEZ, J.A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 202-214; ANDINO LÓPEZ, J.A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 164-180; ANDINO LÓPEZ, J.A., *La correspondencia entre abogados y su aportación procesal: un problema a resolver*, La ley soluciones legales, Madrid, 2024, pp. 146-157.

40 Argumentos adicionales para la inadmisión de una prueba que vulnere la legalidad ordinaria pueden encontrarse en ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio del art. 283.3 LEC. ¿Puede... op.cit, pp. 257-269.

41 Así lo asegura GÓMEZ JENE, M., «Epílogo: mediación y arbitraje», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/ CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garau Sobrino, F.F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 406 y ss.



proceso arbitral<sup>42</sup>, debido a lo cual los árbitros deben cuidar que se respete, entre otros, el derecho de defensa y a la igualdad de armas procesales.<sup>43</sup>

Del modo que se ha argumentado anteriormente, una prueba aportada con vulneración de la confidencialidad puede suponer un menoscabo de dicho derecho a la igualdad de armas procesales. Por consiguiente, en caso de que, en el seno de un proceso arbitral, se propusiese una prueba que contuviese información confidencial obtenida en el anterior proceso negocial, debería alegarse que ello supone una vulneración del derecho de defensa en su vertiente de la igualdad de armas procesal.

A mayor abundamiento, cabe mencionar el art. 9.2, b) de las reglas IBA 2020 sobre obtención de pruebas en arbitraje internacional, que prevé que el tribunal arbitral pueda inadmitir

pruebas por razón de la existencia de un impedimento o privilegio legal establecido en las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el tribunal arbitral. En desarrollo de esta previsión, el art. 9.4, b) determina que, al evaluar la existencia de dichos impedimentos o privilegios, el tribunal arbitral tenga en cuenta cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un documento creado o de una declaración o comunicación oral efectuadas en el contexto de una negociación cuyo fin es el de llegar a un acuerdo.<sup>44</sup>

En suma, considero que la inadmisión de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad es el resultado al que deberá llegar también en el contexto de un arbitraje. Si finalmente dicha prueba resultase admitida y valorada por el árbitro, tendría que impugnarse, en su caso,

a través de la acción de anulación, en base al motivo f) del art. 41 LA, por entender que el laudo vulnera el orden público procesal.<sup>45</sup>

## 5. Particularidades que presentan algunos medios de prueba respecto de la protección de la confidencialidad

Como se acaba de exponer, la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad deberá inadmitirse en la fase de solicitud de prueba, es decir, en la audiencia previa o la vista. Sin embargo, debe tenerse presente que, por razón de la naturaleza del medio de prueba en cuestión, en algunas ocasiones la información confidencial se incorpora al pleito con los escritos de alegaciones, y en otras su protección debe hacerse valer en el momento de la práctica de la prueba.

En todos estos casos, interesa conocer las particularidades que cada una

42 Léase en este sentido la STC 9/2005, de 17 de enero (f.j.59) “Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo (...) a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (...) derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos”; STSJ CAT 1453/2017, de 20 de marzo. (ECLI:ES:TSJCAT:2017:1453), (f.j. CUARTO).

“En orden al procedimiento que han de seguir los árbitros para tomar su decisión final, la LA, como se infiere de su Exposición de motivos, parte también del principio de autonomía de la voluntad estableciendo como únicos límites a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. De manera que garantizado el sometimiento a estas normas básicas (respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción dando a todas las partes suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos (art. 24), las reglas que sobre el procedimiento arbitral establece la ley de arbitraje, son dispositivas y resultan por tanto, aplicables si las partes nada han acordado directamente. (...) el árbitro puede dar al procedimiento arbitral el curso que estime pertinente (...) siempre que se respeten los principios básicos antes relatados que no son sino trasunto del precepto constitucional recogido en el art. 24 de la Carta Magna.”

43 Véase MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba en el proceso arbitral», en *La prueba civil: aspectos problemáticos* (Dir. Picó i Junoy, J.) (Ed. Vázquez Albert, D.), Thomson Reuters, Barcelona, 2017, pp. 175-176, cuando asegura que “cualquier aproximación a la prueba en el proceso arbitral exige un cambio de paradigma respecto del proceso judicial (...) que debe partir de dos factores esenciales. En primer lugar, el debido respeto a los principios de contradicción, audiencia e igualdad, de modo que cualquier vulneración de los mismos, e incluso cualquier renuncia *ex ante* a los mismos, es susceptible de generar una situación de indefensión y con ello la nulidad del laudo arbitral [art. 41.b) y 41.d) LA]. (...) Y por ello cualquier integración del conciso derecho probatorio de la Ley de Arbitraje debe ser respetuosa con el derecho fundamental de defensa y en particular con el derecho a la prueba (...) Y, en segundo lugar, prácticamente por encima de la propia Ley de Arbitraje, hay que atender a las amplias potestades del árbitro en materia probatoria (art. 25.2 LA) y al principio de la autonomía de la voluntad [art. 41.d) LA], en la medida que en la Ley son muy escasas las normas imperativas, que constituyen la excepción a esa genérica supremacía de la autonomía de la voluntad. Excepción que en esencia son los tres principios procesales antes mencionados (de contradicción, audiencia e igualdad).

44 El texto original de las partes citadas de dichas “Reglas IBA sobre obtención de pruebas en arbitraje internacional” reza como sigue: Article 9 Admissibility and Assessment of Evidence (...)

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons:

(...)

(b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable (see Article 9.4 below); (...)

4. In considering issues of legal impediment or privilege under Article 9.2 (b), and insofar as permitted by any mandatory legal or ethical rules that are determined by it to be applicable, the Arbitral Tribunal may take into account:

(...)

(b) any need to protect the confidentiality of a Document created or statement or oral communication made in connection with and for the purpose of settlement negotiations.

45 Sobre el alcance del control judicial de oficio del laudo arbitral véase ESCALER BASCOMPTE, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de Consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 56, 2022.

de estas situaciones presenta, así como las posibilidades que la regulación de los medios de prueba ofrece para finalmente impedir que dicha información confidencial acabe formando parte del acervo probatorio que el órgano judicial valorará.

## 5.1. El interrogatorio de las partes

La naturaleza de los medios de prueba personales provoca que la confidencialidad pueda intentar introducirse en el proceso con mayor facilidad. En efecto, como acertadamente señala ABEL LLUCH, aun cuando en relación con el criterio de admisión de la pertinencia, “en algunos medios de prueba, de los que es ejemplo paradigmático el interrogatorio de las partes, el juicio sobre la admisión se ha desplazado del medio de prueba a las concretas preguntas, en el sentido que es harto difícil denegar un interrogatorio de las partes por impertinente, y, en cambio, pueden inadmitirse las concretas preguntas del interrogatorio por tal motivo”.<sup>46</sup>

Pues bien, si a la parte que esté siendo interrogada se le pregunta sobre algún aspecto protegido por la confidencialidad, entiendo que deberá ponerlo de manifiesto y no responder a dicha pregunta, tal y como se desprende de una lectura conjunta de los arts. 303 y 307 LEC. Así, el art. 303 determina que “la parte que haya de responder al interrogatorio, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las

preguntas”; por su parte, el art. 307 LEC prevé la obligación legal de guardar secreto como una excepción a la aplicación de la *ficta admissio*. Deberá poner de manifiesto dicho deber de secreto a pesar de que, de acuerdo con el redactado del art. 307 LEC, parece que la negativa a declarar por razón de la existencia de secreto únicamente puede ser advertida de oficio por parte del tribunal.<sup>47</sup>

## 5.2. La prueba documental

Nuestra ley procesal somete la aportación de documentos a estrictas reglas de preclusión, una de cuyas consecuencias, como apunta RAMOS MÉNDEZ, es que la incorporación de los documentos al pleito es absolutamente libre, es decir, no aparece condicionada por un juicio de pertinencia previo, como ocurre con el resto de las pruebas.<sup>48</sup> De igual modo, tampoco aparece condicionada por el juicio de legalidad, por lo que perfectamente podrían aportarse documentos que vulnerasen el principio de confidencialidad propio de los MASC.

Si bien los documentos serán, en su caso, inadmitidos en la fase de selección de las pruebas<sup>49</sup>, dicha aportación inicial en los escritos de alegaciones implica que, antes de inadmitirlos, el órgano judicial entrará en contacto con ellos mediante su consulta y lectura. Surge en esta situación el problema que la doctrina ha acuñado con el nombre de “efecto psicológico de la

prueba ilícita” —en este caso, más bien ilegal—, cuyas principales vicisitudes, habida cuenta de su importancia, serán analizadas con más detalle en el siguiente epígrafe.

Otra de las cuestiones conflictivas que se pueden generar aquí viene relacionada con el deber de exhibición documental, bien sea entre las partes, respecto de un tercero o de una entidad oficial.

En el primer supuesto, podría darse el caso de que alguno de los litigantes intentase, con base a dicho deber de exhibición documental, lograr algún documento protegido por la confidencialidad al objeto de incorporarlo al proceso. La regulación de la LEC es “parca en los aspectos procedimentales”<sup>50</sup>, debido a lo cual conviene ser sumamente vigilante para evitar el acceso al proceso del documento confidencial. Aquí, el art. 329 LEC, que prevé unas posibles sanciones en caso de negativa a la exhibición, las condiciona a que dicha negativa sea “injustificada”. A *sensu contrario*, cabe concluir, pues, que, si la negativa es justificada, no se deberá exhibir el documento en cuestión. Sin lugar a duda, el hecho de que el documento esté amparado por la confidencialidad constituye una justa causa para no aportar el documento<sup>51</sup>, razón por la que tendrá que advertirse al objeto de que no se apliquen las sanciones previstas en el art. 329 LEC.

46 ABEL LLUCH, X, *Derecho...* op.cit , pp. 298-299.

47 Conclusión que se ve reforzada si se compara con el art. 371 LEC el cual, respecto del interrogatorio de testigos, prevé *expressis verbis* que el testigo, a los efectos de ser dispensado de la declaración, manifieste su deber de guardar secreto. Véase a continuación el texto de ambos artículos.

### Artículo 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.

Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurre una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.”

### “Artículo 371. Testigos con deber de guardar secreto.

Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.”

48 RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 752.

49 Del modo que oportunamente recuerda ABEL LLUCH, X, *Derecho...* op.cit, p. 290 *in fine* y 291, “en sentido estricto, la admisión de los documentos, dictámenes o instrumentos —al igual que los restantes medios de prueba— solo puede tener lugar en el momento de admisión de los medios de prueba (...) aun cuando por exigencias del principio de igualdad o buena fe procesal tales documentos, dictámenes o instrumentos se hayan aportado con los escritos iniciales de alegaciones.”

50 ABEL LLUCH, X, *Derecho...* op.cit, p. 840.

51 DE LA OLIVA SANTOS, A., «Artículo 329», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (AAVV)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 574, entiende, por ejemplo “justificada la negativa que se funde en el deber de secreto”.



En caso de que el documento estuviese en poder de un tercero, el art. 330 LEC prevé la comparecencia personal de aquella persona “en cuyo poder se halle el documento y, tras oírle, resolverá lo procedente”. Pues bien, es en dicha comparecencia en la que deberá advertirse la imposibilidad de exhibir el documento en cuestión por estar amparado por la confidencialidad.

Y en el caso de documentos de las entidades oficiales (dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público) se establece expresamente en el art. 332 LEC que se excepcione el deber de exhibición “cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto”.

### 5.3. La prueba pericial

La LEC, en la regulación de la prueba pericial, contiene una serie de disposiciones encaminadas a asegurar la confidencialidad, en este caso referida a la mediación. Esto ya ha sido expuesto anteriormente, por lo que a ello me remito.<sup>52</sup>

### 5.4. El interrogatorio de testigos

De entre los medios de prueba personales, el interrogatorio de testigos es, probablemente, el medio de prueba más proclive para intentar burlar la confidencialidad por razón de que, salvo el interrogatorio de personas jurídicas y entidades públicas, no es necesario indicar la materia sobre la que versará el interrogatorio en el momento de efectuar la proposición.<sup>53</sup> De esta suerte, podría ocurrir que una de las partes pretendiese que el testigo al cual se está interrogando se pronunciase sobre algún aspecto del pretérito proceso negocial que, por ser confidencial, no puede ser revelado.

En esta situación, el testigo, de acuerdo con lo previsto en el art. 371 LEC, tendrá que manifestar

“razonadamente” que tiene el deber de guardar secreto y que, consecuentemente, no puede responder esa pregunta. El tribunal, “considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho” (art. 371.1 LEC). Sobre la posibilidad de recurrir dicha providencia, el art. 371 LEC guarda silencio, debido a lo cual, en aplicación de la teoría general de los recursos, existiría la posibilidad de interponer un recurso de reposición (art. 451.2 LEC).

Y en el caso de que se requiera el testimonio escrito de personas jurídicas y entidades públicas, el art. 381.2 LEC, como se acaba de señalar, prevé la carga de expresar con precisión los extremos sobre los que ha de versar la declaración o el informe escrito, así como el derecho de ambas partes de alegar todo aquello que consideren conveniente respecto dicha proposición de prueba. Es en este momento procesal, pues, en el que deberá alegarse y ponerse de manifiesto que se pretende el interrogatorio sobre algún aspecto protegido por la confidencialidad.

## 6. La posible influencia de la prueba confidencial en la mente del juzgador

### 6.1. Introducción: planteamiento de la problemática

Tal y como se ha señalado, la incorporación de los documentos con los escritos de alegaciones puede provocar que, aunque finalmente sea inadmitido, el contenido de dicho documento influya psicológicamente en el juzgador. Esta cuestión puede predicarse con especial intensidad en el supuesto de un documento cuyo origen se encuentra en un pretérito proceso negocial, por razón de la especial sensibilidad de la información que es probable que contenga. Dichos documentos, no cabe duda, es

posible que sean una excelente fuente de prueba para descubrir la verdad de los hechos acaecidos. El tribunal, aun cuando no los podrá utilizar formalmente en su razonamiento probatorio, tampoco podrá borrarlos de su memoria, como si efectivamente nunca los hubiese consultado. Ello, aun inconscientemente, es susceptible de influir en la posterior valoración que realice de las pruebas admitidas.

*La naturaleza de los medios de prueba personales provoca que la confidencialidad pueda intentar introducirse en el proceso con mayor facilidad*

Paradojalmente, este problema queda resuelto en algunas ocasiones gracias a una reprochable práctica forense consistente en que el juez ante el cual se practican las pruebas en el acto de juicio y dicta sentencia es distinto del juez que ha intervenido en la audiencia previa. Ciertamente, en estos casos dicho problema desaparece por completo ya que el juez que efectúa la valoración probatoria y dicta sentencia no ha tenido contacto alguno con el documento inadmitido.

Ahora bien, y dejando de lado este supuesto patológico, la doctrina ha formulado, tradicionalmente, distintas soluciones para remediar este problema<sup>54</sup>, siendo las más destacadas las siguientes.

Una primera solución, defendida por un sector doctrinal minoritario<sup>55</sup>, consistente en la valoración de la prueba ilícita juntamente con el resto de las pruebas lícitamente obtenidas y aportadas. Así es, partiendo de la

52 Vid. apartado 4.2.2.

53 ABEL LLUCH, X., *Derecho...* op.cit, p. 607.

54 Ampliamente sobre el tema, puede consultarse PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 346-351.

55 Uno de cuyos máximos exponentes es MUÑOZ SABATÉ. Véase, al respecto, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 77 y ss.



asunción de que resulta imposible que el juez no quede psicológicamente influenciado por el contenido de dicha prueba ilícita, considera que, en el caso de que supere el juicio de admisión probatoria, tal prueba debe quedar subsanada y ser valorada como si de cualquier otra prueba se tratase.

Una segunda propuesta, sostenida por un sector doctrinal más amplio<sup>56</sup>, que, partiendo de la idéntica consideración de la imposibilidad que el tribunal se desvincule psicológicamente del elemento probatorio ilícito, postula la recusación del juez como solución.

Y una última solución, representada por aquellos autores<sup>57</sup> que estiman que la obligación constitucional y legal de motivación de las sentencias, así como su eventual posterior revisión por parte de los tribunales superiores, son mecanismos idóneos para negar

cualquier eficacia procesal a la prueba ilícita.

### 6.2. Un novedoso enfoque con base en los estudios de la psicología jurídica: la teoría del razonamiento motivado

En mi opinión, una buena manera de abordar el análisis de esta cuestión pudiera consistir en hacerlo en atención a los diferentes estudios que desde el ámbito académico de la psicología jurídica se han hecho al respecto. Ello permitirá establecer con mayor precisión el alcance del “efecto psicológico” que la prueba inadmitida produce en el tribunal y, en último término, poder determinar cuál es la mejor solución para evitarlo.

Esta línea de investigación ha sido especialmente fecunda en los Estados Unidos, uno de cuyos frutos más relevantes para arrojar luz al problema aquí planteado ha sido la teoría del

“motivated cognition o motivated reasoning”<sup>58</sup>, que podría traducirse con la expresión “razonamiento motivado.”<sup>59</sup> Según MEHTA SOOD, “la teoría moderna del razonamiento motivado sostiene que cuando aquellos que tienen que tomar una decisión tienen una preferencia con relación al resultado de una tarea evaluadora, son más proclives a alcanzar dicho resultado preferido por razón de que incurren, involuntariamente, en procesos sesgados para acceder, construir y evaluar creencias”.<sup>60</sup>

Una coyuntura análoga, esto es, en la que quién tiene que tomar una decisión —en este caso el juez— tenga una preferencia sobre el resultado a alcanzar, puede, sin duda, producirse en el contexto de aportación —y posterior inadmisión— de una prueba con vulneración de la confidencialidad. Ciertamente, ya se ha apuntado que dicha prueba es posible que sea sumamente ilustrativa de la realidad de los hechos acaecidos. Por consiguiente, es harto razonable pensar que quizás el tribunal, por un sentimiento de “justicia”, deseare alcanzar un resultado acorde con el contenido de dicha prueba inadmitida, aun cuando el acervo probatorio obrante en el proceso no fuera tan favorable para llegar a dicho resultado, o permitiese llegar a una conclusión opuesta. Pues bien, en este supuesto, según dicha teoría del razonamiento motivado, y siempre que dicho acervo probatorio no conduzca claramente a un determinado resultado, el juezaría más propenso a valorar la prueba en un sentido que le permitiese alcanzar la decisión deseada.

Es cierto que el juez es plenamente consciente de que no puede

- 56 Entre otros, SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pp. 228-229.
- 57 Como por ejemplo PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 349-351. En el mismo sentido se pronuncia en PICÓ I JUNOY, J., «El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 171, 2012, pp. 35-37.
- 58 Véase KUNDA, Z., «The case for motivated Reasoning», *Psychological Bulletin*, 1990, Vol. 108, No 3, 480-498; MEHTA SOOD, A., «Motivated Cognition in Legal Judgments – An analytic Review», 2013. *The Annual Review of Law and Social Sciences*, 9:307-325.
- 59 En estos mismos términos lo traducen IÑIGUEZ ORTIZ, E y FEIJOÓ CAMBIASO, R., «El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica», *Themis: Revista de Derecho*, N.º 71, 2017, p. 172.
- 60 Véase la versión original en SOOD, A «Motivated cognition in... op.cit, p. 309 “The modern day psychological theory of motivated reasoning holds that when decision makers have a preference regarding the outcome of an evaluative task, they are more likely to arrive at that desired conclusion by engaging in inadvertently biased processes for “accessing, constructing, and evaluating beliefs (...).”



tener en cuenta la prueba inadmitida, y también de que no puede decidir subjetivamente, sino que, antes bien, debe explicitar el *iter* mental lógico en virtud del cual formula el resultado de la actividad probatoria llevada a cabo por las partes. Es por ello por lo que, parte de la doctrina, como ya se ha indicado, entiende que este deber de motivación, en su caso reforzado, es suficiente para neutralizar el efecto psicológico de dicha prueba.

No obstante, dicho convencimiento de estar actuando objetivamente, denominado “ilusión de objetividad” por los citados estudios psicológicos, es uno de los mecanismos que permiten la aplicación del “razonamiento motivado”. Así, KUNDA asegura que “la gente no es consciente de que el proceso está sesgado por sus objetivos, que solo están accediendo a un subconjunto de su conocimiento relevante, que probablemente acogerían distintas convicciones y normas en presencia de objetivos direccionales distintos, y que incluso podrían ser capaces de justificar conclusiones opuestas en otras ocasiones”.<sup>61</sup> Y ello, siempre según los referidos estudios, se produce sin perjuicio de que quien toma la decisión trate de ser racional<sup>62</sup>, de alcanzar una solución certera y rigurosa<sup>63</sup> y de aplicar objetivamente la ley<sup>64</sup>, y sin un esfuerzo consciente para llegar a la conclusión deseada.<sup>65</sup>

A mayor abundamiento, otros estudios destacan que la creencia de ser y estar actuando objetivamente coadyuva a la aplicación del sesgo.<sup>66</sup>

### *El juzgador sería más propenso a valorar la prueba en un sentido que le permitiese alcanzar la decisión deseada*

En definitiva, fuera de aquellos casos en los que los elementos de prueba a disposición del juzgador conduzcan claramente a un determinado resultado, parece ser, tal y como se colige de los referidos estudios psicológicos, que la prueba ilegal inadmitida puede, inconscientemente, influenciar al juzgador en su valoración de la prueba. Es verdad que, seguramente, dicho impacto no será igual en todos los juzgadores, y que a su vez dependerá de otros factores como por ejemplo el contenido de la prueba. Ciertamente, el impacto será mayor en el supuesto de que dicha prueba permita conocer la verdad de los hechos acaecidos, mientras que será muy poco relevante en caso contrario. Sin embargo, sea como fuere, pienso que todo este bagaje de conocimiento producido en el

seno de la psicología jurídica, lejos de ser desaprovechado, debería tenerse muy presente a la hora de arbitrar una solución al problema planteado.

### **6.3. La recusación como garantía de una solución efectiva**

Habida cuenta de lo anterior, surgen serias dudas acerca de la eficacia del deber de motivación del juicio de hecho de la sentencia, incluso reforzado, para soslayar el problema del impacto psicológico de la prueba inadmitida que contiene información confidencial. A mi juicio, los precitados análisis empíricos de la psicología jurídica presentan buenas razones para creer que, como mínimo, existe el riesgo de que ello no sea así. Consecuentemente, estimo que la solución idónea para asegurar que dicha prueba no tiene ningún efecto pasa por apartar al juez o árbitro que ha entrado en contacto con ella, es decir, recusarle.

#### **6.3.1. En el proceso judicial**

En cuanto a la recusación planteada en el proceso judicial, no cabe desconocer que tiene un difícil encaje, puesto que entre las dieciséis causas de recusación previstas en el art. 219 LOPJ, ninguna se refiere al supuesto que nos ocupa, esto es, haber inadmitido una prueba ilegal.

Alguna autora, empero, entiende que puede integrarse en la actual causa

- 
- 61 Véase el texto original en KUNDA, Z., «The case for... op.cit, p. 483: “people do not realize that the process is biased by their goals, that they are accessing only a subset of their relevant knowledge, that they would probably access different beliefs and rules in the presence of different directional goals, and that they might even be capable of justifying opposite conclusions on different occasions”.
- 62 KUNDA, Z., «The case for... op.cit, pp. 482-483.
- 63 En esta línea PETTY, R; WEGENER, D; WHITE, P., «Flexible correction processes in social judgment: implications for persuasion», *Social Cognition*, Vol. 16, Nº 1, 1998, p. 95, afirman lo siguiente: “increasing accuracy motivation, or the motivation and ability to think, does not necessarily lead to correction attempts because even highly thoughtful people are not necessarily aware of the impact of any biasing variable (s) in the current context”.
- 64 En este sentido WISTRICHT, A., RACHLINSKI, J Y GUTHRIE, C., «Heart Versus Head: Do judges Follow the Law or Follow Their Feelings», *Texas Law Review*, 2015, p. 911 aseguran que: “Most judges try to faithfully apply the law, even when it leads them to conclusions they dislike, but when the law is unclear, the facts are disputed, or judges possess wide discretion their decisions can be influenced by their feelings about litigants. This may occur without their conscious awareness and despite their best efforts to resist it”.
- 65 Léase BRAMAN, E., NELSON, T., «Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes», *American Journal of Political Science*, Vol. 51, Nº 4, 2007, p. 954, que en la conclusión de su estudio empírico afirman lo siguiente: “we hasten to add that nothing we have found suggests a conscious effort to twist the law to serve one’s preferences. In fact, participants were probably unaware that their views shaded the judgments we asked of them”.
- 66 Así lo apuntan KANG, J. et al., «Implicit bias in the courtroom», *UCLA Law Review*, 1124 (2012), p. 1173, quienes destacan lo que sigue: “Unfortunately, there is evidence that believing ourselves to be objective puts us at particular risk for behaving in ways that belie our self-conception (...) In short, thinking oneself to be objective seems ironically to lead one to be less objective and more susceptible to biases. Judges should therefore remind themselves that they are human and fallible, notwithstanding their status, their education, and the robe.”

undécima de recusación<sup>67</sup> —Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito en anterior instancia—. Bajo mi criterio, es una opinión acertada. Ciertamente, la razón de ser de dicha causa de recusación estriba en la “contaminación” que el juzgador ha sufrido por haber conocido previamente del objeto del proceso, lo que se estima que afecta a la denominada imparcialidad objetiva<sup>68</sup>, motivo por el cual ha de ser apartado. Se pretende pues que el juzgador no forme su convencimiento sobre el asunto que debe decidir de manera anticipada, hecho que, como se ha expresado, puede no ocurrir en caso de entrar en contacto con la prueba vulneradora de la confidencialidad. Sin embargo, en la práctica ésta es una solución con escasos visos de prosperar, por el ya señalado difícil encaje en las actuales causas de abstención y recusación.<sup>69</sup>

### 6.3.2. En el proceso arbitral

En el arbitraje, en un sentido totalmente contrario al exhaustivo sistema de causas tasadas previsto en la LOPJ para la recusación de jueces y magistrados, la recusación de los árbitros se configura de modo muchísimo más genérico, a través de la cláusula abierta del art. 17.3 LA. En efecto, dicho

artículo establece que “un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia(...).” En la práctica, la interpretación de dicho artículo ha versado, muy mayoritariamente, sobre supuestos en los que se cuestionaba el aspecto subjetivo de la imparcialidad<sup>70</sup>, debido a lo cual poca información aportan para resolver el supuesto aquí analizado.

*Se pretende pues que el juzgador no forme su convencimiento sobre el asunto que debe decidir de manera anticipada*

En esta situación puede ser de utilidad la consulta de las “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014”, cuyo fin principal estriba en intentar dotar de contenido al deber de imparcialidad, de independencia y de revelar aquellos hechos y circunstancias que puedan menoscabar dichos deberes.

En lo que al conflicto de intereses se refiere, la norma general 2 expresa

que, bien en el momento de la designación, bien en el transcurso del procedimiento, el árbitro no deberá conocer del asunto si tuviese dudas sobre su imparcialidad o independencia. Asimismo, en el apartado (b) se destaca que la misma solución deberá adoptarse en caso de que “existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro”. Y el apartado (c) estima justificadas “aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”.

Así pues, en aquellos casos en que la prueba vulneradora de la confidencialidad aporte información relevante para conocer la verdad de lo acaecido, muy particularmente cuando dicha información no haya podido ser incorporada a través de los medios de

67 En este sentido, PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia N.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984», en *La evolución del Derecho Procesal a la luz de JUSTICIA. 40 años de historia* (Dir. Picó i Junoy, J), J.M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 695, quién afirma que “tal vez pueda considerarse que, por analogía, se corresponde con las situaciones recogidas en el art. 219.10 LOPJ, puesto que, si haber sido instructor de la causa o haber fallado el pleito en una instancia superior son razones para que el juez deba abstenerse, es debido a que se duda de que, habiéndose formado previamente una opinión sobre el asunto, pueda prescindir totalmente de ella y formar su convencimiento sobre otra base.”

68 Así es, como indica PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 88-89, “el fin último de esta causa es proteger la mal denominada «imparcialidad objetiva», esto es, según la STC 138/1994, de 9 de mayo (f.j. 7º) «asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa, por haber ostentado, con anterioridad, la condición de acusado o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso [...] La Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como Instructor”

69 En este contexto pudiera resultar pertinente acudir, otra vez, a los estudios de la psicología jurídica. Y es que una de las soluciones que los autores de dicho campo de estudio han postulado para remediar este problema ha sido el de “confrontar la ilusión de objetividad”. Extrapolado al caso objeto de estudio en este artículo, supondría hacer notar al juzgador que el conocimiento de los hechos que le ha proporcionado la prueba confidencial inadmitida puede hacerle incurrir, de modo inconsciente e involuntario, en un razonamiento sesgado. Véase a este respecto SOOD, A «Motivated cognition in... op.cit, p. 320, cuando asegura: “especially in legal decision-making contexts, in which people strive to reach accurate and lawful conclusions, the key to refining in motivated cognition might lie in drawing attention to inadvertently and inappropriately motivating factors”.

70 Como así constatan los resultados de una consulta en la base de datos CENDOJ sobre resoluciones judiciales que apliquen el art. 17 LA. (Fecha de última consulta: 24 de enero de 2024.)



prueba admitidos, estimo que debería recusarse al árbitro, por razón de que existirán dudas justificadas sobre su imparcialidad. Por el contrario, si dicha prueba aporta nula o escasa información para el esclarecimiento de las afirmaciones controvertidas sobre los hechos, es razonable pensar que ello no afectará a su imparcialidad ni su decisión se verá influida por dicha prueba, de modo que quizás no sería necesario apartarlo del conocimiento del asunto.

## 7. Vulneración de la confidencialidad y buena fe procesal

La proposición de una prueba a través de la cual se pretenda incorporar información confidencial al proceso acarrearía, de entrada, la consecuencia de su inadmisión. No obstante, y en atención a las concretas circunstancias de cada caso, podría considerarse también un quebrantamiento de las reglas de la buena fe procesal y, por ende, que conllevara la aplicación de consecuencias adicionales a su inadmisión.

## 7.1. Concisa aproximación al principio de la buena fe procesal

La buena fe procesal, consagrada en la vigente LEC mediante su positivización en el art. 247 LEC, constituye, tal y como afirma PICÓ I JUNOY, un principio general del proceso toda vez que “la idea de la buena fe se encuentra ínsita en el fundamento de distintas instituciones procesales, existiendo multitud de normas que tienden a su protección.”<sup>71</sup>

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, debido a lo cual, igual que se advertía respecto de la

confidencialidad, únicamente a través del análisis del caso concreto podrá determinarse si se han respetado o no sus reglas. Sin embargo, de los esfuerzos doctrinales para definirla y dotarla de contenido, es posible extraer algunas ideas basílicas sumamente útiles para resolver sobre el respeto de una concreta conducta procesal al principio de la buena fe procesal.

Así, PICÓ I JUNOY define dicho principio “como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”<sup>72</sup>, identificando la protección de los derechos fundamentales del art. 24 CE como el fundamento de las reglas de la buena fe procesal<sup>73</sup>. De ello se deriva, como dicho autor indica, que en todos los supuestos de infracción de las reglas de la buena fe procesal se encuentra latente un conflicto de intereses entre derechos fundamentales: el de defensa —de la parte que pretende efectuar una determinada actuación procesal de forma reprobable— y los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad de armas procesales (esto es, al proceso con todas las garantías) o a un proceso sin dilaciones indebidas —de la contraparte.<sup>74</sup> Por consiguiente, para entender quebrada la buena fe procesal es necesario que se afecte a un derecho fundamental, valor o bien constitucionalmente protegido. Asimismo, y por razón de que suponen un límite al ejercicio de derechos fundamentales, las reglas de la buena fe deben ser interpretadas restrictivamente, debiendo guardar una necesaria proporcionalidad entre la limitación

impuesta y el fin perseguido con dicha limitación.<sup>75</sup>

## 7.2. Algunas consideraciones sobre la aportación de una prueba confidencial como presupuesto de mala fe procesal

Un buen punto de partida para el análisis de esta cuestión lo constituye la SAP Barcelona 500/2020, de 17 de septiembre<sup>76</sup>, toda vez que contiene un ejemplo sumamente ilustrativo sobre el particular. En efecto, la sentencia describe como, tras una mediación por derivación judicial, una de las partes, a propósito del requerimiento del tribunal para que manifestasen si habían alcanzado algún acuerdo que los llevaba a desistir del recurso de apelación, aprovechó la ocasión para aportar una serie de documentos protegidos por la confidencialidad. Concretamente, unos “preacuerdos parciales alcanzados, que el Tribunal no le había solicitado ni debía manifestar, para después restarles vigencia y validez jurídica precisamente porque no se alcanzaron, (...) dos documentos que al parecer se trabajaron en la mediación uno sin firmas, con identificación de las partes y del mediador que alcanzaría a cuestiones de responsabilidad parental y otro firmado en blanco sobre cuestiones de repartos vacacionales, gastos y liquidación de la vivienda”. Según el Tribunal, se relatan los pretendidos acuerdos con la clara intención de influir en su decisión, lo que estima contrario a la buena fe procesal y sancionable económicamente en virtud de lo dispuesto en el art. 247 LEC.

Si bien únicamente a través del estudio del caso concreto podrá

71 PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*. Segunda edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2013, p. 51.

72 PICÓ I JUNOY, J., *El principio de...* op.cit, p. 72. Definición que, como el propio autor destaca, ha sido acogida por parte de la jurisprudencia, como por ejemplo en el AAP Barcelona 101/2008, de 20 de febrero, (f.j. SEGUNDO). (Roj: AAP B 1147/2008 — ECLI:ES:APB:2008:1147a) o el AAP Sevilla 102/2009, de 28 de mayo, (f.j. SEGUNDO) (Roj: AAP SE 1450/2009 — ECLI:ES:APSE:2009:1450A).

73 PICÓ I JUNOY, J., *El principio...* op.cit, pp. 85-96.

74 PICÓ I JUNOY, J., *El principio...* op.cit, pp. 36-37.

75 En este sentido la STC 37/1989, de 15 de febrero, destaca, en su (f.j. 8º) que “Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, fundamento jurídico 5.º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, fundamento jurídico 2.º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.”

76 (Roj: SAP B 8425/2020 — ECLI:ES:APB:2020:8425.)

determinarse si la aportación de la prueba confidencial es una actuación procesal contraria a las reglas de la buena fe, cabe exponer, complementariamente al ejemplo extraído de la jurisprudencia, algunas ideas para valorar esta cuestión. En este sentido, interesa apuntar a continuación algunos aspectos que, en mi opinión, deberán ser tomados en consideración para valorar la compatibilidad de la aportación de dicha prueba con el marco de actuación que impone el principio de la buena fe procesal.

De entrada, debe tenerse muy presente que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, por lo que únicamente en aquellos casos más graves, en los que su ejercicio comprometa un derecho de igual rango, podrá comportar una sanción. Resulta imprescindible pues que la prueba aportada con inobservancia de la confidencialidad vulnere o pueda poner en liza otro derecho fundamental.

Igualmente, estimo que ha de apreciarse claramente que la fuente de prueba debe merecer la reserva de la confidencialidad. Por el contrario, cuando la concurrencia de la confidencialidad no esté clara o sea dudosa pienso que, aunque finalmente la prueba se inadmita por dicho motivo, sería desproporcionado sancionarlo por contravenir la buena fe procesal.

Y también pienso que debería tenerse en cuenta la intención subyacente a la aportación de la prueba. Así, si se aporta con ánimo de sorprender a la parte contraria, o de lograr la convicción del tribunal por cauces ajenos a los previstos legalmente, habrá mayores motivos para reprobar dicha conducta. En esta línea, cabría valorar también la existencia o inexistencia de otras pruebas admitidas a través de cuya práctica pudiese ser verificada la afirmación sobre el hecho que se pretendía verificar con la prueba ilegal.

## 8. Reflexión final

El conflicto de intereses que puede generarse entre la confidencialidad de los MASC y el derecho a la prueba no tiene, especialmente cuando se

analiza en el plano abstracto, una fácil y clara solución. Ciertamente, tanto la necesidad de proteger la información confidencial como el imperativo de otorgar la máxima eficacia al derecho a la prueba proporcionan sólidos argumentos para defender la postura respectiva.

Cualquier aproximación doctrinal que pretenda analizar esta cuestión ha de partir de esta premisa, y por ello debe reputarse errónea cualquier solución apriorística que únicamente tenga en cuenta la tutela de uno de los distintos intereses en liza, obviando por consiguiente las necesidades de protección del otro.

En este sentido, las soluciones propuestas en el presente trabajo a los potenciales problemas que dicho conflicto de intereses puede generar tratan de ser respetuosas con ambos valores en juego. En efecto, considero que la limitación probatoria que se ha expuesto es proporcional respecto del fin perseguido, puesto que se ajusta plenamente a la posible y válida configuración legal del derecho a la prueba, y, a su vez, es idónea para la consecución de dicho fin pretendido.

## 9. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J.M., «La STC 97/2019, de 16 de julio: descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, N.º 9499, 2019.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2014.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio del art. 283.3 LEC. ¿Puede el juez inadmitir una prueba que vulnere la legalidad ordinaria?», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º 1, 2014, pp. 237-270.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., *La correspondencia entre abogados y su aportación procesal: un problema*
- a resolver*, La ley soluciones legales, Madrid, 2024.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BARONA VILAR, S., «La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?» *Meditaciones sobre mediación (MED+)* (Ed. Barona Vilar, S), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31-61.
- BONET NAVARRO, A., *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Bonet Navarro, A), Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- BRAMAN, E., NELSON, T., «Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes», *American Journal of Political Science*, Vol. 51, N.º 4, 2007, pp. 940-956.
- CARNELLUTI, F., *La prueba civil* (traducción de Niceto Alcalá Zamora), Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CASANOVA MARTÍ, R., «La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.1., 2016, pp. 335-364.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Artículo 329», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (AAVV), Civitas, Madrid, 2001.
- ESCALER BASCOMPTE, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de Consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 56, 2022.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 283», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I. Arts. 1 a*



516 (coord. Cordón Moreno, F, *et al.*), Aranzadi, Navarra, 2001.

GÓMEZ JENE, M., «Epílogo: mediación y arbitraje», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garau Sobrino, F.F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 402-414.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad debida en la mediación», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º 6, 2022, pp. 47-70.

INIGUEZ ORTIZ, E y FEIJOÓ CAMBIASO, R., «El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica», *Themis: Revista de Derecho*, N.º 71, 2017, pp. 167-182.

KANG, J. et al., «Implicit bias in the courtroom», *UCLA Law Review*, 1124 (2012), pp. 1124-1186.

KUNDA, Z., «The case for motivated Reasoning», *Psychological Bulletin*, 1990, Vol. 108, No 3, pp. 480-498.

MARTÍN DIZ, F, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 44, 2018.

MEHTA SOOD, A., «Motivated Cognition in Legal Judgments — An analytic Review», 2013. *The Annual Review of Law and Social Sciences*, 9, pp. 307-325.

MERINO ORTIZ, C, LASHERAS HERRERO, P., «Artículo 9. Confidencialidad», en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Castillejo Manzanares, R) (Coord. Alonso Salgado, C., Rodríguez Álvarez, A), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 113-122.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004.

MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida en una mediación», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 210, 2014, pp. 43-46.

MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba en el proceso arbitral», en *La prueba civil: aspectos problemáticos* (Dir. Picó i Junoy, J) (Ed. Vázquez Albert, D.), Thomson Reuters, Barcelona, 2017.

MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967.

MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica procesal. 25 años de estudios forenses*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.

PASTOR BORGOÑÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia N.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984», en *La evolución del Derecho Procesal a la luz de JUSTICIA. 40 años de historia* (Dir. Picó i Junoy, J), J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 667-698.

PETTY, R; WEGENER, D; WHITE, P., «Flexible correction processes in social judgment: implications for persuasion», *Social Cognition*, Vol. 16, N.º 1, 1998, pp. 93-113.

PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996.

PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

PICÓ I JUNOY, J. «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil* (Dir. Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J.,), J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 17-47.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011.

PICÓ I JUNOY, J., «El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 171, 2012, pp. 35-37.

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal. Segunda edición*, J.M. Bosch, Barcelona, 2013.

PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La Ley Probática*, N.º 1, 2020.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial. (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

RAMOS MÉNDEZ, F, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008.

SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», *Estudios de derecho probatorio*, Communitas, Lima, 2009, pp. 23-39.

TORRES LANA, J.A., «Principios rectores de la mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)* (Coord. López Simó, S., Garau Sobrino, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 122-160.

VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012. Mediación y proceso civil», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garau Sobrino, F.F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 365-399.

WISTRICHT, A., RACHLINSKI, J Y GUTHRIE, C., «Heart Versus Head: Do judges Follow the Law or Follow Their Feelings», *Texas Law Review*, 2015, pp. 855-923. ■