

Guillermo Schumann Barragán

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y PROCESO CIVIL

Las inmunidades procesales en materia probatoria

Prólogo de Fernando Gascón Inchausti

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

 GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE CIENCIA, INNOVACIÓN
Y UNIVERSIDADES

Proyecto «Eficiencia y acceso a la justicia en
tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00)



FUNDACIÓN PRIVADA
**MANUEL
SERRA
DOMÍNGUEZ**

Información confidencial y proceso civil

**Las inmunidades procesales
en materia probatoria**

Guillermo Schumann Barragán

Profesor Doctor de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Información confidencial y proceso civil

**Las inmunidades procesales
en materia probatoria**

Esta investigación se enmarca en el proyecto de investigación:
«Eficiencia y acceso a la justicia en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00).

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Guillermo Schumann Barragán

© 2025 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87867-63-8

Depósito legal: B 18137-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Safekat

A mis abuelos Carmina, Roberto, Bertha y Juan

Índice

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	21
1. El objeto de estudio	22
2. La naturaleza compleja de las inmunidades procesales en materia probatoria ..	23
3. La justificación del estudio	25
4. La materialización del Derecho procesal: las inmunidades procesales en materias específicas	28
5. Un panorama general del estudio	28

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I EL PROBLEMA: LA NECESIDAD DE LA PRUEBA Y LA ASIMETRÍA INFORMATIVA	33
1. La carga de la alegación y la fijación de los hechos	33
2. El derecho de defensa y a utilizar los medios de prueba en la Constitución española	36
2.1. La configuración legal del ejercicio del derecho de defensa y a la prueba	37
3. La asimetría informativa y de acceso a fuentes de prueba	39
CAPÍTULO II. LA SOLUCIÓN: EL ACCESO A INFORMACIÓN Y A FUENTES DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL	41
1. Herramientas procesales propias de acceso a información y a fuentes de prueba	41
1.1. Las diligencias preliminares	42
1.2. El deber de exhibición documental de las partes, los terceros y las administraciones públicas (arts. 328, 330 y 332 LEC)	44

1.3. El acceso a fuentes de prueba para la elaboración de un dictamen pericial (art. 336.5 LEC)	47
1.4. La investigación judicial relacionada con la solicitud de las medidas cautelares (art. 732.2 LEC)	49
1.5. El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia [arts. 283 bis a) <i>et seq.</i> LEC]	50
1.6. Las diligencias de comprobación de los hechos en materia de propiedad industrial (arts. 123 <i>et seq.</i> LP)	52
2. Herramientas impropias de acceso a información y a fuentes de prueba	54
2.1. La pretensión material de información o de acceso a fuentes de prueba	55
2.2. La carga de la contraprueba	56
2.3. La instrumentalización de herramientas procesales y materiales para facilitar la fijación de los hechos en un proceso	58
2.4. La carga de la prueba dinámica: la disponibilidad y la facilidad probatoria (art. 217.7 LEC)	62
3. El acceso a las fuentes de prueba como un derecho integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (excurso)	66

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III. LAS INMUNIDADES PROCESALES	71
1. Introducción	71
2. Naturaleza jurídica	71
3. Fundamento	73
4. Técnicas legislativas de regulación de las inmunidades procesales	74
5. Ámbito y contenido	76
6. Clasificación	77
7. En particular, sobre los deberes legales de secreto y la confidencialidad en el ordenamiento español	77
7.1. El deber legal de secreto de los abogados y los procuradores	79
7.2. El deber legal de secreto del personal sanitario	81
7.3. El deber legal de secreto de los auditores de cuentas	82
7.4. El deber legal de secreto de los sujetos intervinientes en un medio adecuado de resolución de controversias y en el arbitraje	83
7.5. El deber legal de secreto de los funcionarios y los empleados públicos	86
7.6. El deber legal de secreto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	88
7.7. Los secretos de Estado y la información clasificada	89
7.8. El deber legal de secreto de los detectives privados	90
7.9. El deber legal de secreto de las entidades de crédito: el llamado secreto bancario	91

7.10. El deber legal de secreto de los responsables del tratamiento de datos personales	92
7.11. El deber de secreto profesional de los agentes de la propiedad industrial . . .	95
7.12. Los deberes legales de secreto sobre información incorporada a un proceso civil	95
7.13. Sobre la confidencialidad de la información en el ordenamiento español	96
8. Las inmunidades procesales y la autonomía de la voluntad en el proceso civil	98
8.1. La (in)disponibilidad de las inmunidades procesales	99
8.2. Las obligaciones contractuales de secreto: la confidencialidad y los secretos empresariales	100
8.3. Los contratos procesales sobre la fijación de los hechos	101

CAPÍTULO IV. LAS INMUNIDADES PROCESALES DE EXCLUSIÓN: ASPECTOS GENERALES

1. Reconocimiento legal y fundamento	103
2. Ámbito y contenido	106
3. Titularidad	106
3.1. El titular de la inmunidad jurídica	106
3.2. Las (falsas) renunciaciones a las inmunidades procesales	108
4. Enjuiciamiento incidental de las inmunidades procesales de exclusión	109
4.1. La (incorrecta) admisión de una inmunidad procesal: los recursos ordinarios	114
4.2. El (incorrecto) rechazo de una inmunidad procesal: ¿un supuesto de prueba ilícita?	115
5. Efectos	115
5.1. Los efectos asociados al ejercicio de una inmunidad procesal	115
5.2. La disponibilidad probatoria (art. 217.7 LEC) y la teoría de las fuentes de la prueba escasas	118
6. Las inmunidades procesales, la prueba ilícita y la actividad probatoria legalmente prohibida	119
7. La inmunidad procesal, el fraude de ley y el abuso del proceso (art. 247 LEC)	124
8. Las inmunidades procesales de exclusión: una visión desde el Derecho comparado	127
8.1. Alemania	127
8.2. El Tribunal Unificado de Patentes	130
8.3. Las <i>European Rules of Civil Procedure</i>	133

CAPÍTULO V. LAS INMUNIDADES PROCESALES DE EXCLUSIÓN EN PARTICULAR

1. El «derecho» de los testigos a negarse a declarar	137
1.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho de los testigos a no declarar (art. 371 LEC)	138
1.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a declarar (art. 371 LEC) . .	140
1.3. El titular de la inmunidad procesal	141

1.4. El enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a declarar	143
1.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal	145
1.6. Sobre el derecho a negarse a declarar acerca de hechos relativos a materias clasificadas o secretas (art. 371.2 LEC).	145
1.7. Sobre el derecho de las entidades públicas y de los empleados públicos a negarse a declarar (art. 381 LEC)	147
1.8. Excurso: la ineptitud del perito que ha participado en un proceso de mediación	148
2. El «derecho» de los terceros a negarse a exhibir documentos	149
2.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho a negarse a aportar documentos	149
2.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a exhibir los documentos	151
2.3. El titular de la inmunidad procesal	151
2.4. El enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a aportar los documentos	152
2.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal	154
2.6. Sobre el derecho de las entidades públicas a negarse a aportar documentos (art. 332 LEC)	155
3. El «derecho» de las partes a negarse a declarar	156
3.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho de las partes a negarse a declarar (art. 307 LEC)	157
3.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a declarar	157
3.3. El titular de la inmunidad procesal	158
3.4. El enjuiciamiento del derecho de las partes a negarse a declarar	159
3.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal	159
4. El «derecho» de las partes a negarse a exhibir documentos	161
4.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho de las partes a negarse a exhibir documentos (art. 329 LEC).	161
4.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a exhibir los documentos	161
4.3. El titular de la inmunidad procesal	162
4.4. El enjuiciamiento del derecho de las partes a exhibir documentos	162
4.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal	163
5. El «derecho» de los periodistas a negarse a revelar sus fuentes: una inmunidad jurídica <i>ex constitutione</i>	164
5.1. El reconocimiento legal y el fundamento de la inmunidad procesal	164
5.2. El ámbito y el contenido de la inmunidad	166
6. Los «derechos» de los abogados a negarse a declarar, a aportar información y a que su despacho sea registrado	167
7. El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos en el proceso civil: ¿una inmunidad procesal <i>ex constitutione</i> ?	168
7.1. El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos en la jurisprudencia del TEDH (art. 6 CEDH).	170
7.2. El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos en la Constitución española	171

7.3. Los dos modelos posibles: un análisis desde el Derecho comparado	174
7.4. Excurso: el derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos, ¿una causa de exculpación penal?	176
8. Las inmunidades procesales de exclusión en el mecanismo de acceso a fuentes de prueba [arts. 283 bis a) et seq. LEC]	177
8.1. El reconocimiento legal y el fundamento de las inmunidades procesales . .	178
8.2. El ámbito y el contenido de las inmunidades procesales.	179
8.3. El titular de la inmunidad procesal	180
8.4. El enjuiciamiento sobre las inmunidades procesales	180
8.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal	182
8.6. Excurso: la exhibición de fuentes de prueba contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia	183
CAPÍTULO VI. INMUNIDADES PROCESALES DE PROTECCIÓN: ASPECTOS GENERALES	187
1. Introducción	187
1.1. Un cambio de paradigma: de la exclusión de la información a la protección de la información confidencial	187
1.2. La proyección <i>ad intra</i> de la publicidad: el principio de defensa y el principio de adquisición procesal	189
1.3. La proyección <i>ad extra</i> de la publicidad: la protección de los terceros con un interés legítimo	190
2. Reconocimiento legal y fundamento	193
3. Ámbito y contenido	193
4. Enjuiciamiento incidental de las inmunidades procesales de protección.	197
5. Efectos	199
6. Las inmunidades procesales de protección: una visión desde el Derecho comparado	200
6.1. Alemania.	200
6.2. El Tribunal Unificado de Patentes	203
6.3. Las <i>European Rules of Civil Procedure</i>	205
CAPÍTULO VII. INMUNIDADES PROCESALES DE PROTECCIÓN EN PARTICULAR . . .	209
1. Introducción	209
2. La exclusión de la publicidad de las actuaciones orales y escritas en la LEC.	209
3. Las medidas de protección de la información confidencial en litigios en materia de propiedad industrial	212
4. Las medidas de protección de la información en litigios en materia de daños por ilícitos anticoncurrenciales	216
5. La protección de los secretos empresariales en el proceso civil.	220
6. La protección de los secretos empresariales en el proceso penal	224
7. La protección de los secretos empresariales en el proceso contencioso-administrativo	226

CAPÍTULO VIII. LAS INMUNIDADES PROCESALES Y LA LITIGACIÓN TRANSFRONTERIZA	231
1.1. La ley aplicable a la determinación de la condición de la información y las inmunidades procesales	232
1.2. La efectividad de las inmunidades procesales en la obtención de pruebas en el extranjero	233
CAPÍTULO IX. LAS INMUNIDADES PROCESALES EN EL ARBITRAJE	239
1. Las inmunidades procesales en el procedimiento arbitral	239
2. La exclusión de la publicidad y la confidencialidad del arbitraje	241
3. La asistencia judicial al arbitraje para la práctica de las pruebas	241
4. La confidencialidad y la exclusión de la publicidad en los incidentes de apoyo judicial al arbitraje y en el proceso de anulación del laudo arbitral	242
BIBLIOGRAFÍA	245

1. No todos los libros persiguen —o tratan de perseguir— los mismos fines. Cuando su autor es un académico y el libro es el resultado de una investigación, el mejor objetivo de una obra —y la mejor cualidad, si lo alcanza— es que realmente contribuya a la conversación científica en la disciplina sobre la que versa, incrementando el nivel de lo escrito hasta ese momento y sirviendo de base para que ese progreso se mantenga. Esto es justamente lo que hace Guillermo Schumann con sus trabajos, contribuir a enriquecer la conversación jurídico-procesal de la máxima categoría. Tras haberlo logrado ya hace apenas dos años con su trabajo sobre la autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, vuelve a hacerlo ahora, con esta monografía sobre el tratamiento que merece la llamada «información confidencial» en el marco del proceso civil —y, por extensión, en el del arbitraje.

2. Se trata de un tema tan clásico como moderno. *Clásico*, porque obliga a pronunciarse acerca del peso que deben dar el legislador y los jueces a dos valores que pueden chocar entre sí: de un lado, el derecho a la tutela judicial, cuya efectividad presupone que el litigante tenga acceso a la información y a las fuentes de prueba que sirvan de soporte a su pretensión, aunque una y otras no estén de partida a su alcance; de otro lado, el conjunto de derechos e intereses materiales que determinan que cierta información o ciertas fuentes de prueba tengan carácter confidencial —es decir, que se mantengan en secreto frente al resto de la sociedad—. Al definir qué información y qué elementos probatorios son (o no) confidenciales y, sobre todo, al establecer si esa confidencialidad ha de ceder o no en un entorno procesal, las sociedades se enfrentan a la necesidad de efectuar una ponderación compleja, de esas que hacen que la legislación y la praxis judiciales sean difíciles. Pero se trata también de un problema *moderno* o «de actualidad», porque la sociedad contemporánea otorga un valor singular a la confidencialidad, en muchos ámbitos y por muchas razones. Los secretos empresariales, por poner un primer ejemplo, tienen

un valor económico innegable, que los hace acreedores de una protección jurídica reforzada. Más allá de lo económico, la protección de la privacidad y de los datos personales cobra una importancia cada vez mayor. Y, desde luego, la preservación de la confidencialidad es esencial para el correcto desarrollo de ciertas actividades profesionales —la abogacía, el periodismo, la auditoría de cuentas, entre otras— que son cruciales para el correcto funcionamiento de la sociedad en su conjunto.

3. La dificultad del tema explica posiblemente por qué, hasta ahora, no ha sido abordado de forma sistemática y exhaustiva. Ha habido, desde luego, estudios excelentes sobre estas cuestiones, pero siempre las han abordado de forma parcial, ya sea por razón de la materia —se ha escrito, por ejemplo, sobre el tratamiento que merece el secreto profesional de los abogados o, por impulso del Derecho europeo, sobre el régimen procesal del secreto empresarial—, ya sea con ocasión del estudio de alguna institución procesal para la que la protección de información confidencial es de relevancia —por ejemplo, al tratar las diligencias preliminares o las medidas de acceso a fuentes de prueba en sectores específicos, como la propiedad industrial o las acciones de daños por infracción de las normas sobre defensa de la competencia. Faltaba, sin embargo, un estudio omnicomprensivo y directo, en el que se aborde la materia de manera frontal, esto es, tomando como denominador común la noción de confidencialidad y en el que, sobre esa base, se construya un régimen jurídico procesal que sirva para encuadrar las disposiciones legales existentes y para tratar de ofrecerles una mínima coherencia que sirva de guía para su aplicación práctica. Esto es lo que ha hecho Guillermo Schumann con el trabajo que el lector tiene ahora ante sus ojos, fruto de su curiosidad y de su constatación de la necesidad de sistematizar una materia para la que nuestro ordenamiento ofrece una regulación deficiente.

4. Y es que el primer problema al que se enfrenta el estudio de esta materia tiene que ver precisamente con la regulación: (i) existen, de entrada, vacíos normativos clamorosos, como el relativo al secreto profesional de los periodistas, a pesar de lo dispuesto en el último inciso del artículo 24.2 de nuestra Constitución; (ii) existe, además, una pluralidad de normas dispersas, caracterizadas por su sectorialidad, que han sido elaboradas en momentos diversos, a menudo para trasponer directivas europeas, pero sin que en su elaboración se perciba la sensación de que el legislador está siendo sistemático; existe, más bien, la percepción de que en esta materia tenemos una «parte especial», pero falta la «parte general»; (iii) existen, finalmente, normas «en bucle», en las que se efectúan remisiones a otras que, sin embargo, conducen al punto de partida sin haber hallado una respuesta —normas procesales, por ejemplo, que se remiten a la aplicación de unas hipotéticas reglas sustantivas sobre tratamiento

de información confidencial que, sin embargo, no existen, o no tienen rango legal, o en las que simplemente se proclama de forma genérica una confidencialidad para cuyo tratamiento se efectúa una remisión a esa misma normativa procesal que se hallaba en el punto de partida...

5. Ante este panorama, la presente monografía —*rectius*, su autor— asume el reto de construir una teoría general acerca del tratamiento de la información confidencial en el proceso civil, que sirva como punto de partida para entender la regulación —en su caso, también para criticarla— y para poder aplicarla adecuadamente, lo que incluye colmar sus lagunas. En esta labor de construcción este libro maneja las categorías generales del proceso civil, las normas sustantivas y procesales relevantes, así como la jurisprudencia existente, todo ello con un enfoque comparado, que no deja de tener en cuenta los retos adicionales que comporta la litigación transfronteriza. Y, como toda obra creativa que merezca realmente ese calificativo, Guillermo Schumann también aporta una terminología nueva, destinada a aportar claridad a los operadores, de modo que se pueda entender en cada momento de qué se está hablando.

6. La clave de esta construcción es la asociación entre confidencialidad e inmunidad. La primera —la confidencialidad— es una cualidad que la legislación sustantiva o los operadores jurídicos —mediante fórmulas contractuales como las cláusulas de confidencialidad y los NDAs con los nos han familiarizado las «series de abogados» estadounidenses— otorgan a una información o a un soporte de información: la confidencialidad se establece legalmente o se pacta porque existen razones —a los ojos del legislador y/o de los particulares— para asegurar que su conocimiento se mantenga en un círculo cerrado y evitar su difusión no consentida; y esas razones justifican que se prevean medidas de garantía de la confidencialidad, más o menos intensas, así como instrumentos eficaces para lograr el respeto a la reserva y el cumplimiento de las medidas. Es aquí donde entra en juego la noción de inmunidad, que Guillermo Schumann utiliza para designar a los instrumentos previstos para asegurar el respeto a la confidencialidad en el marco del proceso.

La de inmunidad no es una noción con un contenido unívoco, sino que este puede variar en función de la mayor o menor relevancia de la confidencialidad —si se quiere, de las razones que hacen que una información o una fuente de prueba merezcan ese atributo. El autor efectúa en este punto una distinción entre inmunidades de *exclusión* e inmunidades de *protección*. Las primeras legitiman la negativa total a revelar en el proceso aquello que es confidencial (como sucede, v.g., cuando se reconoce el derecho de un testigo a negarse a declarar, el de un periodista a revelar sus fuentes, el de un abogado a revelar lo que su cliente le ha contado o el de una parte o tercero a negarse a aportar o

exhibir un documento). Las segundas no llegan tan lejos, pues aquello que es confidencial habrá de revelarse en el proceso, pero determinan las condiciones y las garantías de preservación del secreto dentro del nuevo círculo de confidencialidad que se genera en ese proceso (es el caso, entre otros, de la protección que merecen los secretos empresariales y la información confidencial en los litigios sobre propiedad industrial o defensa de la competencia).

7. Todos estos extremos son objeto de un análisis y un desarrollo exhaustivos, incluidas las reglas de tratamiento procesal, esto es, las consecuencias en caso de infracción de lo previsto por el legislador. Sin ánimo ya de seguir desvelando el contenido de lo que el lector podrá descubrir por sí mismo, sí que me gustaría enfatizar dos de entre las muchas cuestiones problemáticas nucleares a las que nos enfrenta el estudio de esta materia.

La primera tiene que ver con la dificultad de establecer los límites entre lo que corresponde decidir al legislador, lo que ha de ser ponderado por los jueces y lo que pueden decidir los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico privado. Determinar qué se considera «confidencial» supone decidir que cierta información o ciertas fuentes de prueba van a escapar al régimen habitual, en beneficio de unos y detrimento de otros. Es preciso, por tanto, un marco regulatorio que establezca qué grandes tipos de información merecen, en términos generales, la consideración de confidencial, sin perjuicio de que contractualmente se pueda pactar el deber de no revelar cualquier otro tipo de información —y aunque esos acuerdos no tengan más *enforceability* que la que proporcionan los remedios ante el incumplimiento contractual. Y también es necesario que sea el propio legislador el que otorgue carácter absoluto a ciertas clases de confidencialidad —asociándoles, según la terminología de Guillermo Schumann, inmunidad de exclusión—, por el valor que tienen para la sociedad en unas coordenadas determinadas, de modo que exista seguridad plena y queden fuera del margen ordinario de ponderación judicial «en función de las circunstancias concretas», que se ha convertido en el canon ordinario de solución en los casos de colisión entre derechos e intereses contrapuestos —como sucede cuando una de las partes pretende acceder a información confidencial en poder de la contraria o de un tercero.

El segundo desafío es la necesidad de lograr una plena efectividad de las inmunidades legalmente atribuidas a la información confidencial. Es preciso, sin duda, que las inmunidades de exclusión se respeten. Pero, especialmente, es imprescindible que las medidas asociadas a las inmunidades de protección se cumplan, de modo que quepa esperar que la información revelada en el marco de un proceso judicial no pierda esa condición por ese motivo. No basta, pues, con proclamaciones genéricas acerca del deber de reserva o de la prohibición

de utilización de la información en otros contextos y/o para otros fines; hace falta un régimen de ejecución de las medidas que asegure su respeto, con sanciones proporcionadas que se impongan sin cavilación. Solo así se pueden legitimar la decisión del legislador de otorgar un valor relativo a la confidencialidad afectada y la decisión judicial de ordenar su levantamiento en el caso concreto.

8. «No hay nada más práctico que una buena teoría». Esta frase es atribuida por algunos a Kurt Lewin, uno de los fundadores de la psicología moderna en la primera mitad del siglo XX, mientras que otros consideran que quien primero la acuñó fue Ludwig Boltzmann, físico austríaco y pionero de la mecánica estadística durante la segunda mitad del siglo XIX. La distancia que separa ambas disciplinas es indicativa de que se trata de una afirmación con vigencia universal, válida para cualquier ámbito de la investigación y del conocimiento, incluido el jurídico. Sea él consciente de ello o no, esta máxima constituye el eje de la trayectoria académica de Guillermo Schumann. Con este trabajo lo vuelve a demostrar. Demuestra, también, que con inteligencia, curiosidad intelectual, espíritu creativo, trabajo constante y buen humor se construye una trayectoria académica sólida y auténtica, más allá de las fachadas huecas que el sistema de promoción parece estar fomentando. Lo que ha hecho hasta ahora Guillermo Schumann nos da la medida de lo que ya es y de lo que, sin duda, todavía puede —y debe— aportar al estudio del Derecho procesal y a la mejora de la posición jurídica de los justiciables.

En Madrid, a 30 de agosto de 2025

Fernando Gascón Inchausti

Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid

| Introducción

Es posible que en el proceso civil una de las partes necesite para su defensa información o fuentes de prueba que están en poder de la otra parte o de un tercero y que estén de algún modo protegidas por el ordenamiento. Piénsese en algunos ejemplos.

§ Ticio es un periodista y publica en un periódico de tirada nacional un reportaje sobre Cayo con base en la información que le ha dado «X» —eso sí, con la condición de que su identidad se mantenga en secreto—. Cayo demanda a Ticio pretendiendo que se declare que este ha vulnerado su derecho al honor y que se le condene a pagar una cantidad de dinero en concepto de indemnización. En el proceso, Cayo pide la declaración como parte de Ticio (art. 301 LEC). Durante el interrogatorio, se le pregunta a Ticio sobre la identidad de «X», pero este se niega a revelarla y a dar cualquier información relacionada con la fuente de la información.

§ Ticio es titular de un derecho de patente que protege una novedosa máquina para carbonatar cerveza. Ticio demanda a Cayo, pues considera que este está infringiendo su derecho al utilizar una máquina similar en su fábrica. Durante el proceso, Ticio pide que Cayo exhiba documentos en los que se explica su sistema de producción (art. 328 LEC) y pide un reconocimiento judicial con peritos en su fábrica de cerveza (art. 353 LEC). Cayo se opone a la exhibición de los documentos y a la práctica del reconocimiento judicial con los peritos por considerar que con ello se revelará información comercial y técnica que constituyen secretos empresariales.

§ Ticio transmite una enfermedad infecciosa a Cayo. A causa de ello, Cayo le demanda pretendiendo la condena al pago de una cantidad de dinero por los daños y perjuicios sufridos. En el proceso, Cayo pide que el médico de Ticio declare como testigo (art. 360 LEC) y pide que se requiera a la Consejería de Salud que aporte su historial clínico (art. 332 LEC), pues considera que con ello podría determinarse desde cuándo tenía la infección.

§ Ticio demanda a Cayo pretendiendo la condena al pago de una cantidad de dinero. Durante el proceso, Ticio y Cayo negocian a través de sus abogados y llegan a un acuerdo para acabar con el litigio. Para ello celebran una transacción

extrajudicial en la que Ticio se obliga a desistir del proceso y Cayo a entregarle una cantidad de dinero en un plazo determinado. Ticio cumple con su obligación —y, por tanto, desiste del proceso—, pero Cayo no entrega la cantidad debida. Como consecuencia de ello, Ticio vuelve a demandar a Cayo pretendiendo ahora el cumplimiento de la transacción extrajudicial (art. 1809 CC). En este proceso Cayo propone que el abogado de Ticio declare como testigo, pues considera que su declaración ayudará a interpretar el acuerdo entre las partes (art. 360 LEC).

Todos estos casos tienen algo en común. En todos ellos los testigos o las partes procesales tienen información o fuentes de prueba que son relevantes para el enjuiciamiento del caso y que están protegidas de algún modo por el ordenamiento. En todos ellos existe, en definitiva, una inmunidad procesal en materia probatoria.

Este trabajo se centra en el estudio de las inmunidades procesales como institución jurídica y pretende dar respuesta a preguntas como las siguientes: ¿el médico o el abogado podrían negarse a declarar como testigos por considerar que están obligados a mantener en secreto los hechos por los que se les preguntan? ¿Y podría hacerlo el periodista en su condición de demandado? ¿El médico o el cervecero podrían negarse a aportar los documentos que están en su poder? ¿Deberá admitirse la declaración del abogado como testigo? ¿Podría el juez obligar al abogado, al médico, al periodista o al cervecero a declarar o a aportar la información a cambio de mantenerla en secreto dentro del proceso? ¿Podría el juez valorar la negativa del testigo o de la parte procesal a declarar y tener los hechos por los que se le preguntan fijados como ciertos? ¿Cómo enjuicia el juez si realmente existe el deber de mantener en secreto la información que se alega?

1. El objeto de estudio

Hace ya mucho tiempo que los privilegios procesales en materia probatoria —*legal privileges* en terminología anglosajona— están plenamente asentados en la jurisprudencia y la doctrina estadounidense o inglesa. Desde luego, aunque con mucho menos desarrollo conceptual, estos privilegios no son una realidad desconocida en el ordenamiento español. El derecho de las partes o de los testigos a negarse a declarar por estar sujetos a un deber de secreto profesional está reconocido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, e indudablemente puede calificarse de inmunidad procesal en materia probatoria (arts. 307 o 371 LEC).

La *inmunidad jurídica*, como se verá en detalle, es aquella posición jurídica que permite *enervar una potestad jurídica*. En lo que aquí importa, las inmunidades en materia probatoria son aquellos «poderes» —entendidos por ahora en

sentido *lato*— que enervan las potestades y los derechos procesales que permiten acceder a información o a fuentes de prueba (*vid.* cap. III, apartado 2).

Justamente por el objeto sobre el que se proyectan, el estudio de las inmunidades procesales debe ir necesariamente unido al examen de los derechos y las potestades que permiten acceder a información o fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros. Sin entender cuáles son y cómo funcionan estos derechos procesales en materia probatoria, será imposible entender cómo operan las inmunidades que se proyectan sobre ellos.

En algunos casos, como también se verá, la inmunidad procesal impone el tratamiento confidencial de la información dentro del proceso civil. De este modo, se excluyen determinadas dosis de publicidad en el proceso. También en estos casos sin un análisis de la publicidad como garantía procesal (art. 24.2 CE) y como principio vertebrador del sistema (art. 120.1 CE) será imposible profundizar sobre el tratamiento de la información confidencial en el proceso civil.

Este estudio se enmarca en los *procesos civiles declarativos y ejecutivos de carácter ordinario*, es decir, aquellos contruidos técnicamente sobre los principios dispositivo y de aportación de parte (arts. 19 y 216 LEC). Es en este entorno en el que se pretende examinar las inmunidades probatorias que tienen las partes y los terceros en el proceso civil.

2. La naturaleza compleja de las inmunidades procesales en materia probatoria

Las inmunidades procesales en materia probatoria tienen una naturaleza compleja, lo que conlleva que su estudio sea multidisciplinar.

Desde una *perspectiva material o sustantiva*, es posible que el ordenamiento proteja una determinada información o fuente de prueba imponiendo a determinados sujetos la obligación *material* de mantenerla en secreto. El incumplimiento de esta obligación normalmente tendrá *consecuencias materiales o sustantivas* —*v.gr.*, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la revelación—.

Es probable que la información o la fuente de prueba que se quiere proteger forme parte del núcleo esencial de la intimidad de un individuo u otro bien jurídico que se considere digno de protección penal. En ese caso, desde esta *perspectiva penal*, es posible que la revelación de la información tenga *consecuencias penales*.

Por último, es también probable que el ordenamiento proteja la información o la fuente de prueba en el marco de un proceso judicial a través de determinadas inmunidades procesales. Desde esta *perspectiva procesal*, los privilegios procesales crean una suerte de *escudo* que protege la información o la fuente de prueba frente al Estado, el resto de las partes procesales y los terceros.

Así, en abstracto, la información confidencial puede protegerse desde *dos dimensiones: una material —civil o penal— y otra procesal*. Y, por ello, su revelación puede tener también consecuencias en el plano material o procesal. Solo una correcta delimitación de cada una de estas dimensiones permitirá entender la naturaleza, el objeto y la operatividad de las inmunidades *procesales* en materia probatoria.¹

Parte de la doctrina y la jurisprudencia afirman de forma recurrente *v.gr.*, que el secreto profesional es un «derecho-deber». Esta expresión no es más que una muestra de la confusión que existe entre dos dimensiones distintas —y que empaña la naturaleza misma de las inmunidades probatorias—. Desde una perspectiva material, el secreto profesional es un *deber legal* cuyo incumplimiento puede tener consecuencias civiles, penales o administrativo-disciplinarias. Desde una dimensión procesal, el *secreto profesional constituye el fundamento de una inmunidad procesal* que, reconocida por el ordenamiento, permite rechazar la aportación de determinada información o fuente de prueba al proceso. La falta de distinción entre una y otra dimensión es lo que lleva a sostener de forma muy poco técnica que el secreto profesional es un «derecho-deber».

En algunos casos, también se afirma que el deber de secreto profesional impone inadmitir o excluir del proceso cualquier declaración que se haga incumpliendo. Y ello con el argumento de que se trataría de una prueba legalmente prohibida (art. 283.3 LEC) —aunque, como se verá, conviene advertir ya que en algunos (pocos) casos lo es (*vid.* cap. IV, apartado 6)—. Esto supone negar la existencia de las inmunidades procesales (poder), reduciéndolas y reconduciéndolas a la institución de la prueba legalmente prohibida (prohibición). Desde esta perspectiva, la declaración del testigo incumpliendo su deber legal de secreto sería válida como prueba, sin perjuicio de las consecuencias civiles, penales o administrativas que tuviese; siempre, desde luego, que sea una declaración voluntaria y no obtenida mediante coacción.²

1. HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Zivilprozeß*, Zeitungs-Verlag und Zeitschriften-Verlag, Bonn, 1973, p. 78; HIMMELSBACH, G., *Der Schutz des Medieninformaten im Zivilprozeß*, VVF, München, 1998, p. 5.

2. «Die Unabhängigkeit der materiellrechtlichen von der prozessualen Sphäre wird auch dadurch deutlich, daß Aussagen, die der Zeuge unter Verletzung seiner materiellrechtlichen Geheimhaltungspflicht macht, obwohl ihm ein

3. La justificación del estudio

Es en EE. UU. y en Reino Unido donde mayor atención y desarrollo han tenido los privilegios procesales como institución jurídica.³ Como se sabe, en los ordenamientos del *common law* existen importantes deberes de exhibición de fuentes de prueba. Estos pretenden reducir la asimetría de la información y evitar que la (in)accesibilidad a fuentes de prueba sea algo que imposibilite la defensa de las partes.

En un sistema de acceso a fuentes de prueba como el *discovery*, la falta de exhibición de una parte —cuando lo requiera la otra o el tribunal a través de una *motion to compel*— puede llevar a consecuencias tan graves como el *contempt of court* —desacato o desobediencia al tribunal—. Es en este marco de potentes derechos de acceso a la información en el que se explica el origen histórico, la razón de ser y la evolución de los privilegios procesales en la mayoría de los ordenamientos del *common law*.

En EE. UU. es la Rule 501 de las *Federal Rules of Evidence* la que reconoce legalmente los privilegios procesales en materia probatoria. Existen también otras normas del ordenamiento federal —y los ordenamientos estatales— que reconocen expresamente la operatividad de los privilegios en otras fases procesales; por ejemplo, la Rule 26 de las *Federal Rules of Civil Procedure* que lo hace en el marco del *discovery*.

Como se verá, en los ordenamientos europeos el estatuto de las partes se configura sobre la base de la idea de cargas procesales, más que de auténticos deberes. Son las consecuencias desfavorables asociadas a la falta de aportación de la información o la fuente de prueba las que fuerzan su cumplimiento (*vid.* cap. II). Este es uno (más) de los motivos por los que los privilegios procesales históricamente no han tenido arraigo en Europa.

Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, im Prozeß verwertet werden dürfen. Sagt z. B. ein Arzt, dem sowohl die Zivil- als auch die Strafprozeßordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkennen, im Prozeß gegen seine materiellrechtliche Schweigepflicht aus, so kann diese Aussage im Verfahren verwertet werden [...] Die Prozeßordnung stellt es aber dem Zeugnisverweigerungsberechtigten frei, ob er aussagen will oder nicht. Diese Beispiele zeigen deutlich, daß zwischen prozessualer und außerprozessualer Sphäre unterschieden werden muß» (HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht*, *op. cit.*, p. 78).

3. Sobre los *legal privileges* en EE. UU., *vid.* MOSTELLER, R. P., *McCormick on Evidence*, West, 8ª ed., St. Paul (Minn), 2020, pp. 195-208; TRACY BATEMAN, J. D., *et al.*, Chapter 33 en *Federal Procedure Lawyers Edition V33-A*; CLEARY, E. (ed.), *McCormick on Evidence*, West, 3ª ed., St. Paul (Minn), 1984, pp. 171-187; FRIEDENTHAL, J., *et al.*, *Civil Procedure*, West, 4ª ed., St. Paul (Minn), 2005, pp. 406-506; BAUM, I., *Professional Testimonial Privileges. A Law and Economics Perspective*, Gabler Edition Wissenschaft, Wiesbaden, 2008, pp. 46-49; NISSEN, M., *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 90-103. Sobre los *legal privileges* en Reino Unido, *vid.* ANDREWS, N., *On Civil Processes I, Court Proceedings*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 287-347; PASSMORE, C., *Privilege*, Sweet and Maxwell, London, 2013; VV. AA., *Halsbury's Laws of England 12 Civil Procedure*, LexisNexis, 5ª ed., London, 2020, pp. 188-248; THANKI, B., *The law of privilege*, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, 2011, pp. 220-234.

Los privilegios procesales no son una realidad desconocida en los ordenamientos europeos. Tradicionalmente los códigos procesales europeos reconocen privilegios —«derechos», en sentido amplio— que permiten mantener en secreto una determinada información o fuente de prueba. Sin embargo, y aunque existen estudios muy valiosos sobre el secreto profesional del abogado en el proceso civil o penal, no ha existido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas un intento claro por desarrollar *los privilegios o las inmunidades procesales como categoría jurídica*.⁴

Como se irá examinando, existe una progresiva evolución y consolidación de las inmunidades procesales en el ordenamiento español. La razón de ello está también en la progresiva consolidación de derechos de acceso a información y a fuentes de prueba que están en poder de terceros o de otras partes, a los que están estrechamente ligados. Así, y a modo de vasos comunicantes, el desarrollo de unos influye en la aparición de las otras.⁵

La obtención de la tutela judicial que se pretende depende de la posibilidad de las partes de alegar y de fijar como ciertos en el proceso los hechos fundamentales que integran la causa de pedir de las acciones y las excepciones que se ejercitan (*vid.* cap. I, apartado 1). En ese marco, y con el objetivo de que la tutela judicial pretendida sea realmente efectiva (art. 47 CDFUE), el legislador europeo va incorporando poco a poco mecanismos de exhibición y de acceso a fuentes de prueba en distintas parcelas del ordenamiento: por ejemplo, los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual⁶, los artículos 5 *et seq.* de la Directiva 2014/104/UE de acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia⁷, el artículo 18 de la Directiva (UE) 2020/1828 relativa a las acciones de representación⁸ o el artículo 29.3.e) de la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida, entre otras.

4. Puede encontrarse un desarrollo de las inmunidades como categoría jurídica en GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados Extranjeros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008 pp. 23-39; HAZARD, G., TARUFFO, M., *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. F. GASCÓN), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp.127-130. En relación con el secreto profesional del abogado, ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, Bosch, 2021.

5. «Vorlagepflicht und Geheimhaltungsrecht sind also siamesische Zwillingsschwester: Nimmt die eine zu, so muss die andere zwangsläufig mitwachsen» (MAGNUS, R., *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz*, 2010, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 3); STADLER, A., «Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht», ZJP, 2010, vol. 3, p. 263.

6. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

7. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia.

8. Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

En todos estos casos la UE ha encontrado de una u otra forma la base competencial para legislar en materia procesal —el mercado interior (arts. 114 y 26 TFUE), la litigación transfronteriza (art. 81 TFUE) o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE)—.⁹ Es en este entorno en el que se identifica una evolución de las inmunidades procesales probatorias, que repercute también en una progresiva armonización procesal en la materia.¹⁰

El hecho de que la mayoría de estos nuevos mecanismos de acceso a fuentes de prueba y de inmunidades procesales tengan su origen en reglamentos o en directivas europeos crea un terreno fértil para el estudio del Derecho comparado. El examen de las distintas herramientas y privilegios procesales en el Derecho de la UE y en los distintos EE. MM. permite una comparación horizontal y vertical de especial utilidad para el estudio que aquí se aborda.

En ocasiones, es el legislador nacional el que, por una decisión de política legislativa, amplía la operatividad de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba a otros procesos —y ello aunque esta exigencia no venga directamente impuesta por el Derecho de la UE—. Este es el caso, por ejemplo, en materia de secretos empresariales (art. 18 de la LSE). Y una vez más, a modo de vasos comunicantes, la expansión de los mecanismos de acceso a información y fuentes de prueba amplía la operatividad de las inmunidades procesales en materia probatoria: el desarrollo de los primeros revela la necesidad y la utilidad de los segundos.

La incorporación de medidas eficaces de protección de la información confidencial en el proceso civil puede suponer un atractivo importante para la litigación en el foro del Estado miembro y, además, pone en valor la jurisdicción estatal frente a otros sistemas alternativos de resolución de controversias.¹¹ Y desde esta perspectiva, el desarrollo y la consolidación de las inmunidades procesales en materia probatoria puede reforzar el atractivo de la Justicia española.

9. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, pp. 64-72.

10. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal*, op. cit., pp. 64-72.

11. CHAINAIS, C., «Open Justice and the Principle of Public Access to Hearings in the Age of Information Technology: Theoretical Perspectives and Comparative Law» en HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A. (eds.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 65, 75; PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías y la protección de información confidencial en el proceso civil. Modelos europeos y convergencias» en GASCÓN INCHAUSTI, F., PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares Europeos y Proceso Civil*, Barcelona, Atelier, p. 272. En relación con el fenómeno de la competencia regulatoria vid. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, C. H. Beck-Hart-Nomos, München, 2013.

4. La materialización del Derecho procesal: las inmunidades procesales en materias específicas

El ordenamiento procesal no es un sistema cerrado. Por el contrario, desde hace mucho tiempo es un sistema abierto y vinculado a elementos «externos» como la Constitución, el Derecho de la Unión Europea o el Derecho material que se tutela en el proceso.¹² El proceso se convierte así en una herramienta más de política legislativa para la realización de determinados intereses protegidos por la norma constitucional, europea o nacional. Sucede así un fenómeno de *materialización del Derecho procesal*.

La materialización del Derecho procesal especializa el ordenamiento, pero también puede producir una cierta descodificación o una pérdida de sistematicidad. Esto se concreta, por ejemplo, en las cada vez más frecuentes normas procesales en leyes especiales. Muchos de los cambios procesales en los últimos años provienen de una *armonización vertical* impuesta por el Derecho de la UE. Y ello supone que existan numerosas normas procesales fuera de la LEC —*v.gr.*, art. 116 *et seq.* LP, arts. 12 *et seq.* LSE o art. 36 LCD— o preceptos que dentro de ella solo son aplicables a un determinado tipo de litigio —*v.gr.*, arts. 283 bis a) *et seq.* o art. 256.1.7º LEC—.

Los derechos de acceso a fuentes de prueba y las inmunidades para protegerlas no escapan de este fenómeno. En la mayoría de los casos son herramientas que maximizan la protección del derecho o el interés material reconocido por la norma. Y, también por ello, muchas veces son aplicables solo en un sector del ordenamiento concreto.

En este marco de progresiva materialización del Derecho procesal, el estudio se centrará en aquellas inmunidades procesales en materia probatoria que son aplicables de modo general en cualquier proceso, pero también en aquellas que solo operan en un tipo de litigación concreta.

5. Un panorama general del estudio

El trabajo tiene como objetivo desarrollar una teoría general de las inmunidades procesales en materia probatoria y estudiar cómo operan en el ordenamiento procesal civil español.

12. En relación con el fenómeno de materialización del Derecho procesal *vid.* KEHRBERGER, R. F., *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

La *primera parte* del trabajo examina el acceso a información y a fuentes de prueba como una de las necesidades que tienen los justiciables para pretender la tutela de sus derechos e intereses materiales. En relación con ello, se examinarán algunos mecanismos que de forma directa o indirecta permiten al juez o a las partes acceder a información o a fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros.

En la *segunda parte* se aborda una teoría general de las inmunidades procesales como institución jurídica, en general, y de las inmunidades procesales de exclusión y de protección, en particular. Además, se estudiará la relación entre las inmunidades procesales y la autonomía de la voluntad, en concreto, la posibilidad de proteger información confidencial a través de contratos procesales. Será posteriormente cuando se analice cómo operan en la práctica las concretas inmunidades procesales reconocidas en el ordenamiento español. Por último, se examinarán las inmunidades procesales en el marco de la litigación transfronteriza y el arbitraje.

PRIMERA PARTE

Capítulo I | El problema: la necesidad de la prueba y la asimetría informativa

Las partes deben alegar y fijar como ciertos a efectos de un proceso los hechos fundamentales que constituyen la causa de pedir de la acción o la excepción que ejercitan (art. 217.2 LEC). Estas cargas son una consecuencia de los principios dispositivo y de aportación de parte sobre los que se construye técnicamente el proceso civil (arts. 19 y 216 LEC). A través de esta alegación y fijación se construye el denominado *juicio de hecho* sobre el que se asienta lógicamente el fallo de la sentencia.

La obtención de la tutela judicial pretendida por el justiciable depende de la correcta alegación y fijación de los hechos fundamentales de su pretensión. Y para asegurar que la tutela judicial sea realmente efectiva, la Constitución reconoce a los justiciables el derecho de defensa (art. 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Estos derechos fundamentales —pero «de configuración legal»— se ejercitan y realizan a través de los concretos mecanismos procesales establecidos por el legislador.

Las inmunidades procesales en materia probatoria se proyectan sobre los derechos y las potestades que imponen el deber o la carga a alguna parte o a un tercero de aportar determinada información o fuente de prueba. Por ello, antes de profundizar sobre estas, es necesario examinar desde una perspectiva general las formas en las que la LEC distribuyen los riesgos y los costes asociados con el acceso a la información y a las fuentes de prueba necesarias para la defensa.

1. La carga de la alegación y la fijación de los hechos

Las partes tienen en primer lugar la carga de alegar los hechos fundamentales que integran sus acciones y excepciones: esta es la denominada *carga de la*

alegación —Darstellungslast o Behauptungslast—. La alegación de los hechos concretos que apoyan las acciones o las excepciones que se ejercitan es lo que la doctrina alemana conoce como la *sustanciación* (de la acción o la excepción): *Substantiierung*. En nuestro modelo procesal esta alegación de los hechos fundamentales se concentra en la demanda y en la contestación a la demanda.¹³

En sus escritos iniciales las partes tienen la carga de alegar los hechos concretos que integran el supuesto de hecho de las normas jurídicas cuyos efectos pretenden. Las normas contemplan supuestos de hecho abstractos: silogismos jurídicos que anudan a hechos un efecto jurídico concreto. Cuando el justiciable acude a la administración de justicia no pide la realización del ordenamiento en abstracto, sino que pretende que se le conceda una tutela jurisdiccional concreta sobre la base de unos *hechos y fundamentos jurídicos concretos*.

Conforme al artículo 1445 CC «[p]or el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

Ticio demanda a Cayo pretendiendo la condena al pago de 1000 euros, pues alega que el 14 de julio del 2025 celebró con él un contrato de compraventa. En este Ticio se obligaba a entregarle 1000 botellas de vino el 15 de septiembre y Cayo a pagárselas el 20 de diciembre. Ticio alega que, conforme al artículo 1445 CC, tiene derecho a que Cayo le pague el precio.

Las alegaciones fácticas de Ticio sustancian el artículo 1455 CC: «*rellenan*» el *supuesto de hecho abstracto de la norma con hechos concretos*.

Aunque tradicionalmente la atención se ha centrado en la carga de la prueba, no puede perderse de vista que la primera carga ante la que puede encontrarse el justiciable es la relativa a la alegación de los hechos concretos que integran la causa de pedir de su pretensión. Y, de hecho, muchas veces este será el primer obstáculo ante el que se encontrará para articular su defensa efectivamente. No es inusual que en determinados casos el justiciable *desconozca los hechos concretos* que justifican que se le conceda la tutela judicial a la que tiene derecho.

Ticio tiene la sospecha de que Cayo está produciendo productos que infringen una patente de la que es titular. Para la tutela de su derecho de exclusiva, Ticio deberá poder conocer el proceso de fabricación en la empresa de Cayo, pues solo así podrá confirmar sus intuiciones y alegar los hechos concretos que suponen una infracción de su título de propiedad industrial (art. 71 LP).

13. DE LA OLIVA SANTOS, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 4ª ed., Madrid, 1995, p. 324. Por ello, «[u]na demanda con afirmaciones hipotéticas o genéricas, carente de cierto grado de concreción o *sustanciación* respecto de dichos extremos, no podría prosperar. No exactamente por falta de prueba, sino propiamente por la insuficiencia de la base fáctica en que descansa» (ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 263-264).

Ticio sufrió unas lesiones como consecuencia de un accidente de tráfico. Sin embargo, el otro conductor «se dio a la fuga» después del momento de la colisión. Para pretender la tutela de su esfera jurídica, Ticio deberá poder conocer y alegar la identidad del conductor que le causó el daño (art. 1902 CC).

Ticio tiene derecho a que Cayo le dé una pensión en concepto de alimentos (art. 143 CC). Para poder calcular y pretender la condena al pago de una cantidad de dinero determinada, Ticio deberá poder conocer el caudal y los medios económicos de Cayo (art. 146 CC).

Ticio tiene la sospecha de que Cayo, su proveedor, pacta los precios de venta de sus productos con el resto de las empresas del sector. Para pretender el resarcimiento del perjuicio que esta conducta ilícita le acarrea, Ticio deberá poder conocer si Cayo realmente está intercambiando información y pactando los precios. Solo así podrá confirmar sus sospechas y pretender la condena al pago del sobreprecio que el cártel le produce (art. 72 LDC).

Una vez que las partes han alegado los hechos que integran la causa de pedir de las acciones que ejercitan —i.e., el supuesto de hecho de la norma de cuyo efecto jurídico quieren beneficiarse—, tienen la carga de fijarlos como ciertos a efectos del proceso (art. 217.2 LEC): esta es la denominada carga de la prueba —*Beweislast*—.

Si se examina con detenimiento, se verá que la denominación de «carga de la prueba» no es del todo exacta. Y es que, como se sabe, la prueba no es más que uno de los mecanismos que tienen las partes para fijar la certeza de unos hechos como ciertos en el proceso —el más importante, pero solamente uno de ellos—. ¹⁴ La carga de la prueba supone reducir a esta todo el sistema de fijación de los hechos diseñado en la LEC. Puede por ello afirmarse que las partes no tienen (solo) la carga de la prueba, sino que técnicamente tienen la carga de la fijación de los hechos como ciertos dentro del proceso —mediante cualquiera de los modos previstos—.

Ticio sabe que Cayo está produciendo productos que infringen una patente de la que es titular. Para la tutela de su esfera jurídica, Ticio aporta un dictamen pericial con la demanda y propone que se practique como prueba la declaración de los trabajadores de la empresa de Cayo como testigos.

Ticio sufrió unas lesiones derivadas de una colisión del vehículo de Cayo. Para la tutela de su esfera jurídica, Ticio propone como prueba la declaración de determinadas personas que presenciaron el accidente como testigos y un dictamen pericial acerca de los daños corporales.

14. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, 7ª ed., Madrid, 2025, pp. 296-300.

Ticio tiene derecho a que Cayo le dé una pensión de 500€ en concepto de alimentos (art. 143 CC). Para la tutela de su esfera jurídica, Ticio propone como prueba documental el contrato de trabajo y la declaración de la renta de los años 2022-2025 de Cayo para acreditar sus ingresos.

Ticio tiene derecho a que Cayo le indemnice por el sobreprecio sufrido como consecuencia de prácticas anticompetitivas. Para la tutela de su esfera jurídica, Ticio hace uso del mecanismo de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis a) *et seq.* LEC] y aporta con la demanda un informe pericial sobre el encarecimiento de los precios derivados del cartel.

2. El derecho de defensa y a utilizar los medios de prueba en la Constitución española

Un estudio de la carga de la alegación y de la prueba no puede estar completo sin un examen de su dimensión constitucional. Y es que, para asegurar que los justiciables puedan alegar y probar los hechos de los que depende la tutela judicial que pretenden, la Constitución les reconoce el derecho fundamental a la defensa (art. 24.1 CE) y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

El derecho de defensa asegura a las partes la posibilidad de alegar y probar conforme a lo dispuesto en la ley procesal los hechos fundamentales que integran sus acciones o excepciones. Y, en paralelo, prohíbe al tribunal privarles de o limitarles aquellas posibilidades que las normas procesales les reconocen. Por la importancia que tiene para la efectividad de la tutela que se pretende, solo se protege a través del derecho de defensa la alegación y la prueba contradictoria y en condiciones de igualdad de aquellos *hechos con transcendencia material para el fallo* —i.e., los hechos fundamentales—. ¹⁵

Desde una *dimensión subjetiva*, el derecho de defensa garantiza al justiciable las facultades de alegar y de probar conforme a las normas procesales los hechos fundamentales. En su formulación negativa, la prohibición de indefensión impone al órgano jurisdiccional una obligación de *no hacer*: no privarle al justiciable de aquellas facultades. ¹⁶ Este es un *derecho de defensa o de no interferencia* que

15. «La indefensión no abarca, por tanto, cualquier limitación de facultades de actuación en un proceso, sino sólo la privación o limitación de aquellos actos de parte que tienen por objeto la aportación y prueba del material fáctico y la exposición de las bases jurídicas que, a juicio de dicha parte, deben conducir al órgano judicial a estimar su pretensión o desestimar la de la parte contraria» (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario del art. 24» en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo III. Artículos 24 a 38*, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 51).

16. De gran interés por su claridad la STC núm. 109/1985 de 8 octubre [RTC 1985\10]: «El art. 24.1 de la C. E., contiene un *mandato dirigido al legislador y a los órganos jurisdiccionales de impedir la indefensión, y de promover positivamente la defensa* contradictoria de las partes, en la medida de lo posible, dentro del proceso debido, al otorgar la tutela judicial a los ciudadanos para la defensa de sus derechos e intereses, ejercitando la dialéctica procesal de alegar

tiene como objeto proteger las facultades del justiciable de alegar y probar.¹⁷ De este modo, si bien se mira, la formulación positiva o negativa de la prohibición de indefensión del artículo 24.1 CE no es más que el mismo *status* de protección visto desde la perspectiva del Estado o del individuo.

El artículo 24.2 CE, por su parte, reconoce al justiciable el derecho a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» (art. 24.2 CE). En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la prueba «garantiza a las partes de cualquier tipo de procesos la posibilidad de articular la actividad probatoria necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto de ese proceso».¹⁸ Este derecho procesal se protege también a través del derecho de no interferencia que supone la prohibición de indefensión del artículo 24.1 CE.¹⁹

Como especial proyección del derecho a la prueba, «el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar».²⁰

2.1. La configuración legal del ejercicio del derecho de defensa y a la prueba

Las garantías de organización y de procedimiento que derivan de los derechos fundamentales imponen que existan «procesos u órganos cuya función es la de

hechos, fundamentos de derechos y pretensiones, y, en su caso, oponerse a ellas, actuando los contendientes en condiciones de igualdad procesal en que dispongan de las mismas oportunidades, dando virtualidad al principio de la paridad de las partes, *no pudiéndose privar de trámites determinados en las normas rituales de alegación o de contradicción, creando obstáculos que dificulten gravemente la situación expuesta*, salvo que existan causas de absoluta justificación legal» (énfasis añadido).

17. Según CHAMORRO BERNAL el derecho de defensa «permite alegar y probar contradictoriamente y en condiciones de igualdad [...] El ejercicio de ese derecho de defensa, como una manifestación de la *genérica libertad de expresión*, rige el *principio de libertad de alegaciones orales o escritas*» (énfasis añadido) (CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 133-134).

18. STC (Pleno) núm. 119/2022 de 20 septiembre [RTC 2022\119].

19. En este sentido se explica que «Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa” [...] El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión» (STC núm. 46/2022 de 30 marzo). En el mismo sentido la STC (Pleno) núm. 47/2022 de 24 marzo; STC (Pleno) núm. 45/2022 de 23 marzo; STC núm. 121/2021 de 2 junio; STC núm. 91/2021 de 22 abril; STC núm. 82/2022 de 27 junio.

20. STC núm. 107/2019 de 30 septiembre.

hacer posible [su] realización efectiva»²¹. Así, las garantías de los derechos fundamentales de naturaleza procesal imponen al legislador la obligación de crear normas procesales que permitan su ejercicio.²²

Los actos jurídicos son acciones que no existirían si a su vez no existiesen las normas jurídicas que son constitutivas de ellos.²³ Como explica ALEXY, «sin el derecho contractual no sería posible el acto *jurídico* de celebrar un contrato [...] [y] sin el derecho procesal, el acto *jurídico* de la demanda».²⁴ Si se derogaran todas las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la alegación y la prueba de las partes, los derechos de defensa y a la prueba no podrían ser ejercitados, pues se necesita un sistema institucional y un proceso que permitan realizar el contenido esencial que aquellos integran.

La dimensión objetiva del derecho fundamental se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y vincula a todos los poderes del Estado —principalmente, al poder legislativo y al judicial— imponiéndoles deberes de actuación y protección en la creación, la aplicación y la interpretación de las normas procesales.

La dimensión objetiva impone al legislador en su labor normativa la obligación de crear las normas procesales que permitan el ejercicio del derecho y le impone la prohibición de crear normas que lo impidan u obstaculicen injustificadamente. Estos obstáculos tendrán relevancia constitucional cuando «sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución».²⁵ Estas obligaciones se controlarán mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales de naturaleza procesal se proyecta sobre la actuación de los tribunales imponiéndoles el deber de que apli-

21. BASTIDA FREJEIDO, F. J. et al., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 28.

22. STC 99/1985 de 30 de septiembre [RTC\1985\99]. En el mismo sentido la STC núm. 17/2008 de 31 de enero [RTC\2008\17]: «[E]l derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y efectividad están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente». También la STC 185/1987 de 18 de noviembre [RTC 1987\185]: «el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, como derecho fundamental, obliga al legislador a establecer la organización y el procedimiento adecuados para su satisfacción no genera por sí mismo ningún derecho de acción concreto que permita sin más acceder a un Tribunal concreto o a una determinada vía procesal. El derecho a acudir ante un determinado Tribunal deduciendo una pretensión definida sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que ésta ha establecido»; BASTIDA FREJEIDO, F. J. et al., *Teoría*, op. cit., p. 28.

23. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. C. BERNAL PULIDO), 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 167.

24. ALEXY, R., *Teoría*, op. cit., p. 167. En sentido similar en las pp. 429, 435.

25. Entre todas, la STC núm. 166/2003 de 29 septiembre [RTC 2003\16]; STC núm. 17/2008 de 31 de enero [RTC\2008\17] y STC (Pleno) 138/2005 de 26 mayo [RTC 2005\138].

quen e interpreten el ordenamiento, y en especial el Derecho procesal, conforme al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La dimensión objetiva del derecho de defensa y a usar los medios de prueba (art. 24.1 CE) *impone al legislador la creación de normas procesales que permitan su realización*. Como afirma el Tribunal Constitucional, estos derechos fundamentales son «derechos de configuración legal».²⁶ Por eso, una vez creadas las normas procesales, son estas las que *regulan su ejercicio y concretan su contenido esencial*.²⁷

No puede perderse de vista esta dimensión constitucional en el estudio que aquí se aborda, pues ello influirá directamente en el análisis de las potestades en materia probatoria que permiten hacer efectiva la tutela que se pretende y de las inmunidades que las pueden enervar.

3. La asimetría informativa y de acceso a fuentes de prueba

La asimetría informativa es aquella situación que se da cuando una parte no tiene a su disposición información o fuentes de prueba que sí están en poder de la otra parte —o que son conocidas por ella, pero están en poder de un tercero—. Esta asimetría dificulta que una parte alegue o pruebe los hechos fundamentales de sus acciones o excepciones.

Las situaciones de asimetría informativa o de acceso a fuentes de prueba pueden ser *estructurales o concretas*. Las situaciones estructurales de asimetría informativa pueden darse, por ejemplo, en aquellos casos en los que el ilícito civil típicamente se lleva a cabo de forma secreta o en un espacio reservado. Pero es también posible que en el caso concreto una de las partes, por sus circunstancias personales o por falta de diligencia, no haya accedido o haya perdido la información o las fuentes de prueba necesarias para la tutela de su derecho.

Las reuniones secretas de competidores para pactar precios en el mercado o la infracción de derechos de propiedad industrial en un local o fábrica suelen generar situaciones estructurales de asimetría informativa. Los esfuerzos del legislador tradicionalmente se han dirigido a paliar estos casos —*vid.* Considerandos 15, 46 y 47 de la Directiva 2014/104/UE—.

26. STC (Pleno) núm. 119/2022 de 20 septiembre [RTC 2022\119]; STC núm. 46/2022 de 30 marzo [RTC 2022\46]

27. El derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes es «de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos [...] siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento» (STC núm. 46/2022 de 30 marzo [RTC 2022\46]). En el mismo sentido la STC (Pleno) núm. 47/2022 de 24 marzo [RTC 2022\47]; STC (Pleno) núm. 45/2022 de 23 marzo [RTC 2022\45]; STC núm. 121/2021 de 2 junio. [RTC 2021\121]; STC núm. 91/2021 de 22 abril [RTC 2021\91].

En el caso de que el comprador de un producto defectuoso haya perdido el ticket de compra y quiera demandar al vendedor, existirá un caso concreto de asimetría en el acceso a las fuentes de prueba.

La asimetría informativa y de fuentes de prueba influye directamente en el levantamiento de las cargas de la alegación y de la prueba y, con ello, en la realización de los derechos de los justiciables. El conocimiento de la información y la disponibilidad de la fuente de prueba se convierte en una ventaja —o un obstáculo— para la pretensión o la resistencia de las partes.

Capítulo II | La solución: el acceso a información y a fuentes de prueba en el proceso civil

1. Herramientas procesales propias de acceso a información y a fuentes de prueba

Como se ha dicho, es posible que en determinados casos las partes no conozcan todos o parte de los *hechos concretos* que integran la causa de pedir de la tutela judicial a la que pueden tener derecho o no tengan acceso a las fuentes de prueba para acreditarlos dentro del proceso. El problema de la *asimetría de la información* es un problema recurrente en el proceso civil, en el que se asigna de manera ordinaria a las partes la tarea de diseñar su defensa y recopilar las fuentes de prueba para sostenerla.

La alegación y la prueba de los hechos se lleva a cabo en distintos momentos y a través de distintos mecanismos a lo largo del proceso. La formación del juicio de hecho en el proceso civil es una labor compleja que se desarrolla de forma progresiva en el tiempo.

En general, se pueden identificar los siguientes momentos: (i) la alegación de aquellos hechos fundamentales para la defensa —normalmente en la demanda y en la contestación— (arts. 399 y 405 LEC); (ii) la fijación de ciertos hechos a través de su admisión o de su notoriedad (art. 281.3 y 4 LEC); (iii) la proposición, la admisión y la práctica de la prueba sobre los hechos controvertidos (arts. 284 *et seq.* LEC); (iv) la valoración probatoria y la fijación de los hechos a través de la prueba (arts. 299 *et seq.* LEC); (v) la fijación de los hechos a través de las presunciones (arts. 385 y 386 LEC); y (vi) la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba material (art. 217 LEC). Estas actividades —y en el orden

en que se han enunciado— sirven al tribunal para formar el juicio fáctico y, con ello, la premisa menor sobre la que se construye el silogismo lógico del fallo en su sentencia.

Por el objeto concreto sobre el que se proyectan las inmunidades procesales en materia probatoria, corresponde centrarse en aquellos mecanismos procesales que el ordenamiento contempla para facilitar el acceso a información y a fuentes de prueba. A través de estos se facilita la alegación y la fijación de los hechos en el proceso civil en supuestos concretos o estructurales de asimetría informativa; y, de este modo, aseguran que la tutela judicial que se pretende sea realmente efectiva.²⁸

1.1. Las diligencias preliminares

A través de las diligencias preliminares se articula una herramienta para conocer *hechos concretos* que el justiciable necesita para sustanciar su pretensión de tutela jurisdiccional —i.e., para integrar la causa de pedir de la acción que pretende ejercitar—.²⁹ De este modo, es un instrumento que facilita la carga de la alegación de los hechos fundamentales necesarios para construir la demanda (*vid.* cap. I, apartado 1).

Las diligencias preliminares reguladas en la LEC (art. 256 *et seq.* LEC) son *numerus clausus*. La mayoría de ellas van dirigidas a conocer datos o hechos concretos que ayudan a identificar la identidad o alguna condición jurídica del demandado: la capacidad, la representación procesal o la legitimación de la parte (art. 256.1.1º LEC); su condición de poseedor (art. 256.1.2º LEC); de heredero, coheredero o legatario (art. 256.1.3º LEC); de asegurador del riesgo que ha ocasionado el daño (art. 256.1.5º LEC); la identidad de los consumidores y usuarios afectados por una actividad dañosa (art. 256.1.6º LEC); la identidad de posibles infractores de un derecho de propiedad intelectual o industrial (art. 256.1.7 y 10º LEC) o de los usuarios de sus servicios (art. 256.1.11º LEC).³⁰

28. En relación con las herramientas de acceso a información y a fuentes de prueba, *vid.* ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 279-283

29. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, *op. cit.*, pp. 239-242.

30. Sobre las diligencias preliminares BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003. Sobre las diligencias preliminares especiales en materia de propiedad industrial *vid.* MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 218-231; MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX. Proceso de infracción» en MASSAGUER, J., PALAU, F., (dirs.), *Tratado sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, Civitas, Madrid, 2025; CANTOS PARDO, M., *El proceso civil para la cesación de la infracción de patentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 252-267; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado «derecho de información» y la exhibición de documentos comerciales», *Diario La Ley*, 2006, núm. 6429; ARMENGOT VILAPLANA, A., «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», *Diario La Ley*, 2007, núm. 6819.

A través de las diligencias preliminares se podrán conocer otros hechos concretos también necesarios para integrar la causa de pedir de las acciones que se pretenden ejercitar: el estado de la cosa a la que se refiere el juicio (art. 256.1.2º LEC); la última voluntad de una persona (art. 256.1.3º LEC); los documentos o las cuentas de una sociedad (art. 256.1.4º LEC); la delimitación del riesgo asegurado y, por tanto, la responsabilidad exigible por vía directa a la aseguradora (art. 256.1.5º LEC); la historia clínica (art. 256.1.5º *bis* LEC) o determinados hechos incluidos en documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros de posibles infractores de un derecho de propiedad intelectual o industrial (art. 256.1.8º LEC).

Una vez solicitada la adopción de la diligencia preliminar (art. 256.3 LEC), el tribunal competente (art. 257 LEC) la estimará o la rechazará (art. 258 LEC). De estimarse, se requerirá a los sujetos a que lleven a cabo la diligencia ordenada (art. 259 LEC). Estos podrán oponerse a su práctica dentro de los cinco días siguientes al requerimiento. Y, en ese caso, el tribunal resolverá si la «oposición es justificada» o no (art. 260 LEC).

El conocimiento de los hechos concretos que justifican las diligencias preliminares es necesario para integrar o construir la causa de pedir y, con ello, para interponer la demanda. De este modo, la negativa del requerido de llevarlas a cabo supone *de facto* impedir que el futuro actor sustancie su acción. Para paliar este riesgo de bloqueo, la Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora determinados mecanismos para evitar que el requerido se niegue a cumplir el requerimiento. Por un lado, se contempla la posibilidad de tener de forma ficticia determinados hechos —en ese momento, todavía supuestos por el futuro actor— como ciertos a efectos del también futuro proceso. Por el otro, se permite el uso de la fuerza pública para la obtención de la información o la fuente de la prueba requerida (art. 261.2ª a 4ª LEC).

Con todo, debe señalarse que el carácter de *numerus clausus* de las diligencias preliminares supone que en ocasiones el actor no tenga las herramientas necesarias para conocer los concretos hechos sobre los que se apoyan sus acciones o excepciones. En estos casos no será inusual que el justiciable deba acudir a detectives privados cuando ello sea legítimo (art. 48 Ley 5/2014), que instrumentalice un proceso penal o haga uso de otros mecanismos «extrajudiciales» que le permitan obtener la información o la fuente de la prueba.³¹

Ejemplo. Ticio sufrió unas lesiones como consecuencia de un accidente de tráfico. Sin embargo, después del momento de la colisión el otro conductor «se dio a la fuga». El número limitado de las diligencias preliminares en la LEC le impedirá conocer la identidad del responsable y, de esa forma, pretender la tutela de su

31. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 267-271.

esfera jurídica. Es probable que la única opción disponible para Ticio sea interponer una querrela e intentar obtener esa información a través de la práctica de diligencias de investigación en un proceso penal —*v.gr.*, requerimientos a la DGT o visionado de cámaras de seguridad en la vía pública—.

Debe señalarse que la razón principal de ser de las diligencias preliminares es permitir el *conocimiento de hechos concretos* que son necesarios para integrar la causa de pedir de la acción o excepción: es decir, *sustanciar la pretensión de tutela judicial*. No aspiran a ser un mecanismo de acceso a fuentes de prueba, aunque en la práctica en cierta medida adquieran tal función o se instrumentalicen.³²

1.2. El deber de exhibición documental de las partes, los terceros y las administraciones públicas (arts. 328, 330 y 332 LEC)

La Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora un mecanismo general de acceso a fuentes de prueba documentales para paliar supuestos estructurales y concretos de asimetría informativa y de fuentes de prueba: el deber de exhibición documental entre las partes (art. 238 LEC), de los terceros (art. 330 LEC) y de las administraciones públicas (art. 332 LEC).

Las partes tienen el *deber procesal* de exhibir los documentos (i) que se hallen en su poder, (ii) a los que no tenga acceso la otra parte y (iii) que contengan información relevante para el juicio. Así, cualquier parte podrá solicitar a las demás los documentos que no estén a su disposición (art. 328 LEC). En el caso de que la parte se niegue injustificadamente a la exhibición, se podrá pedir al tribunal que se le requiera a hacerlo (art. 329 LEC).³³ Si persiste en una «negativa injustificada a la exhibición», el tribunal «podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado» (art. 329 LEC). En ese caso, el *deber procesal de exhibición documental* se refuerza con la atribución de consecuencias desfavorables —convirtiéndolo de este modo en una auténtica *carga procesal*—.

En el ordenamiento alemán también existe el deber de exhibición documental entre las partes (§ 421 ZPO). En el caso de que exista una negativa injustificada a

32. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 285-290; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, *op. cit.*, pp. 304-305.

33. Así, la LEC pretende que las partes cumplan su deber de forma voluntaria y exhiban los documentos que se les requiere (art. 328 LEC). Solo en el caso de que no lo hagan, será cuando este deber se pretenda hacer efectivo a través del requerimiento del juez (art. 329.1 LEC). En relación con ello, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, *op. cit.*, pp. 341-343.

la exhibición ordenada judicialmente, se contemplan las mismas consecuencias que en el ordenamiento español (§ 427 ZPO).³⁴

La posibilidad de tener por cierta la copia o la versión (supuesta) del documento de la otra parte es una forma de conseguir la efectividad del deber de exhibición, evitando que se obstaculice la fijación de los hechos (art. 329 LEC). La *ficta confessio* asociada a la negativa permitirá que el otro litigante fije como ciertos los hechos fundamentales de su pretensión.

Es verdad que muchas veces la parte que pide la exhibición no sabe si el documento existe o cuál es su contenido. Pese a ello, tendrá la carga de dar un *contenido supuesto* que idealmente le permita fijar como ciertos los hechos fundamentales que integran la causa de pedir de sus acciones o excepciones. De esta forma, *configurará y dará contenido a las consecuencias negativas* que pesan sobre el requerido en el caso de una negativa injustificada a la aportación. Será en ese momento en el que se activará la carga de la parte requerida de demostrar que el documento no existe o no tiene el contenido alegado por el requirente.

En el caso de las diligencias preliminares, se permite acordar la entrada y registro de lugares cerrados para obtener la fuente de prueba (art. 261 LEC), por cuanto la información que esta contiene es necesaria para la interposición de la demanda. La posibilidad de registrar lugares cerrados no se contempla expresamente para lograr la efectividad del deber de exhibición documental entre las partes. Es posible que la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevea esta posibilidad en relación con el deber de exhibición documental entre las partes porque la demanda ya está interpuesta y porque su cumplimiento se garantiza con las consecuencias procesales desfavorables que pesan sobre el requerido —esa suerte de *ficta confessio*—. En una ponderación entre el derecho a la prueba (art. 24 CE) y el derecho de inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), prevalece este último.

Además de lo anterior, existe un deber general de los terceros de exhibir los documentos que se hallen en su poder y que contengan información relevante para un proceso civil (art. 330 LEC). Esta obligación nace y tiene su fundamento en el genérico deber de colaborar con la administración de justicia (art. 118 CE). Con base en él, las partes podrán pedirle al juez que requiera a los terceros para que aporten el documento (art. 330.1 LEC). De acceder a ello, el tribunal oírán antes al tercero y resolverá lo que proceda en relación con el requerimiento de exhibición (art. 330.2 LEC).

34. § 427 ZPO: «Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen, nicht nach oder gelangt das Gericht im Falle des § 426 zu der Überzeugung, dass er nach dem Verbleib der Urkunde nicht sorgfältig geforscht habe, so kann eine vom Beweisführer beigebrachte Abschrift der Urkunde als richtig angesehen werden. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden».

Tradicionalmente el principal problema que presenta el deber de exhibición documental de los terceros es la falta de herramientas para hacer efectivo el requerimiento. En el caso del deber de exhibición documental entre las partes, son las consecuencias procesales negativas aquello que incentiva y refuerza el cumplimiento: la *ficta confessio*. No es posible, sin embargo, asociar estas consecuencias procesales negativas para el tercero.

Tampoco es razonable en caso de incumplimiento del tercero articular una suerte de *ficta confessio* de la contraparte, pues ello equivaldría a atribuirle las consecuencias desfavorables derivadas de la actuación de un sujeto ajeno al proceso. De este modo, la negativa injustificada tendrá como («única») consecuencia la comisión de un posible delito de desobediencia (art. 556 CP). En estos casos, el tercero estaría bloqueando *de facto* a una de las partes la prueba de los hechos fundamentales de su pretensión de tutela judicial.

Si se examina con detalle, el modelo y la operatividad que la LEC adopta para la exhibición documental es la misma —o muy parecida— a la de la declaración de las partes y los testigos.

En el caso de que la prueba sea propuesta y admitida, las partes tienen la carga procesal de comparecer y de declarar. De no hacerlo, se «podrá[n] considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial» —*ficta confessio*— (art. 304 LEC). Se considera así que las consecuencias atribuidas a la negativa injustificada son suficientes para forzar la declaración y —aún más importante—, para no obstaculizar la acreditación de los hechos fundamentales de la otra parte.

En el caso de que la declaración de los testigos sea propuesta y admitida, los terceros tienen el deber de comparecer, de contestar a las preguntas que se les formulan y de decir la verdad. De no hacerlo, incurrirán en un delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP) y de falso testimonio (arts. 438 *et seq.* CP); pero el silencio o la negativa a responder no permite al juez tener los hechos sobre los que se le preguntan al testigo como ciertos.

El distinto régimen jurídico que tienen las partes y los terceros —y, en especial, las cargas procesales que tienen atribuidas las primeras— influye en la regulación de sus deberes procesales y en las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Por último, las administraciones públicas de carácter territorial, las entidades de Derecho público (art. 332.1 LEC) y las empresas que realicen servicios públicos (art. 332.2 LEC) tienen también el deber de exhibir los documentos que sean solicitados por el tribunal y que se hallen en su poder. Estas entidades podrán negarse a aportar los documentos cuando incluyan información «legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto» (art. 332.1 LEC) o cuando exista un deber legal de secreto o reserva (art. 332.2 LEC).

La LEC no regula en detalle cómo enjuicia el juez si es conforme a Derecho la negativa de la otra parte, del tercero o de la entidad pública de exhibir los documentos que se le requieren. A falta de cualquier previsión, deberá considerarse que se tramitará conforme al incidente del artículo 330 LEC anteriormente expuesto.

Los principales problemas asociados a estos requerimientos de información y de aportación de fuentes de prueba, como se verá, son los relativos a la *carga de la prueba* del derecho o la potestad que permite su acceso y al propio *enjuiciamiento de la inmunidad procesal* que autoriza a negarse a su aportación (vid. caps. IV y VI, apartados 4).

1.3. El acceso a fuentes de prueba para la elaboración de un dictamen pericial (art. 336.5 LEC)

La prueba pericial es aquella a través de la que una persona con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos informa al tribunal sobre hechos o circunstancias relevantes para el objeto del proceso (art. 335.1 LEC). En abstracto, el informe pericial podrá tener como objeto máximas de la experiencia o un hecho controvertido concreto.

Ticio quiere acreditar en un proceso cuál es la forma correcta —*lex artis*— de operar unas cataratas.

Ticio quiere acreditar en un proceso que Cayo no le operó correctamente unas cataratas.

En este último caso, es posible que el perito de una de las partes deba examinar fuentes de prueba materiales o personales a las que no tiene acceso. Para asegurar su defensa, la LEC permite que las partes pidan al tribunal que se permita al perito examinar las cosas o los lugares que sean relevantes para el dictamen. Además, cuando se ejerciten acciones por daños personales, se podrá también solicitar el examen del perjudicado por un facultativo que hará las veces de perito (art. 336.5 LEC).

El fundamento de este precepto está en permitir que el perito de una parte examine cosas, lugares o personas que están en poder o bajo la influencia de la otra parte procesal o de terceros —*v.gr.*, en el marco de una acción de repetición entre una aseguradora y un asegurado—.

Ticio vende a Cayo una vivienda. Unos meses después, Cayo demanda a Ticio pidiendo una reducción del precio como consecuencia de un defecto constructivo. Ticio pretende presentar como prueba el informe pericial de un arquitecto en el

que se detalle que esos desperfectos no existían en el momento de la entrega. Sin embargo, Cayo no deja que Ticio y su perito accedan a la vivienda para examinarla. Conforme al artículo 336.5 LEC, Ticio pide al tribunal que permita el acceso a la vivienda de Cayo para que su perito la inspeccione.

Ticio vende a Cayo un cuadro de Guido Reni. Unos meses después, Cayo demanda a Ticio pretendiendo la resolución del contrato por cuanto considera que existió un error o vicio en el consentimiento, pues la pintura es del taller del artista —pero no de su mano directa—. Ticio pretende presentar como prueba un informe pericial del Departamento de Escuela Italiana del Museo del Prado. Sin embargo, Cayo no deja que Ticio y sus peritos examinen el cuadro. Por ello, conforme al artículo 336.5 LEC, Ticio pide al tribunal que se permita al perito por él designado examinar la obra.

A diferencia del deber de exhibición documental, la LEC no regula qué sucederá si el requerido se niega a colaborar con la inspección por parte del perito. Ante esta laguna, parece que deberá aplicarse por analogía lo establecido en la LEC en relación con el deber de exhibición documental. Así, una parte procesal solo podrá negarse a la inspección si concurre una causa justificada para ello. De persistir en la negativa y no considerarse admisible la excusa, podrá darse como cierta la versión del estado o la circunstancia de las cosas o los lugares que dé el perito —aplicación analógica del art. 329 LEC—.

En el caso de que el requerido sea un tercero, este solo podrá negarse a la inspección si existe una causa justificada para ello. De persistir en la negativa y no considerarse admisible la excusa, estará cometiendo un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP).

Por otro lado, debe señalarse que conforme al artículo 336.2 LEC los informes periciales deben acompañarse con los documentos, los instrumentos o los materiales adecuados sobre los que se ha basado la pericia. En el caso de que no se pueda o no sea conveniente aportar estos documentos, «el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes» (art. 336.2 LEC). En ese caso, la otra parte tiene el derecho de pedir que se exhiban aquellos documentos, instrumentos o materiales sobre los que se base el informe pericial y que son necesarios para que el dictamen pueda ser contradicho. El fundamento legal de la solicitud serán los referidos deberes de exhibición documental de las demás partes procesales, terceros y entidades públicas y el sistema de acceso a fuentes de prueba para la elaboración del informe pericial ya examinado (art. 336.5 LEC).

1.4. La investigación judicial relacionada con la solicitud de las medidas cautelares (art. 732.2 LEC)

En el marco de las medidas cautelares, la LEC contempla la posibilidad de que el actor solicite y el juez «requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud» (art. 732.2 LEC). Esta posibilidad está limitada a procesos en los que «se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas» (art. 732.2 LEC).

Ejemplo. La comunidad de propietarios tiene la sospecha de que Ticio está arrendando su vivienda en una plataforma de alquiler turístico, en contra de la prohibición que establecen los estatutos y la normativa municipal. La comunidad demanda a Ticio y solicita en la demanda por medio de un otrosí que se le ordene provisionalmente a cesar en la actividad (art. 727.7ª LEC) y se solicita al juez que haga las averiguaciones pertinentes para comprobar si se está llevando a cabo la actividad ilícita.

En sede cautelar es también posible que el solicitante no tenga a su disposición medios para cumplir con la carga de la alegación y de la prueba que le impone la LEC (art. 728 LEC). La herramienta que ahora se examina permite al actor acceder a información y a fuentes de prueba que no están a su disposición y que le son necesarias para alegar y probar los presupuestos materiales de los que depende la concesión de la tutela cautelar que pretende.³⁵

La investigación judicial relacionada con la solicitud de las medidas cautelares (art. 732.2 LEC) en la práctica se instrumentaliza como un medio más para acceder a fuentes de prueba.³⁶ Y, de hecho, también se utiliza como vía para expandir el uso de las diligencias de comprobación de hechos a procesos en los que no están expresamente contempladas *v.gr.* en procesos en materia de propiedad intelectual (SAP Barcelona 15ª núm. 92/2020).³⁷

35. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Comentario del art. 732» en CORDÓN MORENO, F. *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol. II*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2011, pp. 799-780; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. «Comentario del art. 732» en DE LA OLIVA SANTOS, A. *et al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 1243; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 279-283; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, *op. cit.*, p. 224.

36. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 280-283.

37. AAP Barcelona Sección 15ª núm. 92/2020 de 22 May [ES:APB:2020:3194A]; SAP de Barcelona Sección 15ª, núm. 376/2020 de 20 de febrero del 2020.

1.5. El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia [arts. 283 bis a) *et seq.* LEC]

Como es conocido, en materia de daños por infracciones del Derecho de la competencia el legislador europeo ha incorporado la exigencia de que existan mecanismos de acceso a fuentes de prueba que hagan efectivo el derecho de resarcimiento de las partes (art. 5 *et seq.* Directiva 2014/104/UE).³⁸ El legislador español ha transpuesto la Directiva y cumplido con su obligación al incorporar un mecanismo de acceso a fuentes de prueba en los artículos 283 bis a) *et seq.* LEC.

A través de este mecanismo es posible acceder a fuentes de prueba que estén en poder del demandado —o futuro demandado— o un tercero [art. 283 bis a).1 LEC]. Para su adopción deberá valorarse si la solicitud es proporcional [art. 283 bis a).3 LEC] —*i.e.*, si cumple con los requisitos de necesidad, subsidiariedad, instrumentalidad, menor onerosidad y especialidad—. ³⁹ Además, el tribunal deberá tener en cuenta la información y las fuentes de prueba aportadas por el solicitante para justificar que la acción no es manifiestamente infundada [art. 283 bis a).3 a) LEC]; los costes de la exhibición [art. 283 bis a).3 b) LEC]; y la existencia de información confidencial en las fuentes de prueba [art. 283 bis a).3 c) LEC]. Igualmente, el artículo 283 bis b) LEC contempla un sistema de protección de la información confidencial contenida en las fuentes de prueba cuya aportación se requiere (*vid.* cap. VII, apartado 4).

Como se verá, en el mecanismo de acceso a fuentes de prueba operan una inmunidad procesal de exclusión y otra de protección. La existencia de información confidencial supone un elemento que puede enervar el derecho de acceso a la fuente de prueba [art. 283 bis a). 3 c) LEC], pero también una circunstancia que impone proteger esa confidencialidad dentro del proceso [art. 283 bis b) LEC].

El acceso a fuentes de prueba podrá solicitarse antes o después de la interposición de la demanda [art. 283 bis e).1 LEC]. Para su resolución será competente el tribunal que está conociendo del asunto o el que sería competente para

38. En relación con el mecanismo de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, pp. 122-152; GASCÓN INCHAUSTI, F., «El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017; HITCHINGS, P., *La influencia del Derecho europeo en los procesos de daños por infracción del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 533-608; PASTOR MARTÍNEZ, E., *La responsabilidad por daño por infracción del derecho de la competencia* [tesis doctoral], Universidad de Valencia, 2023, pp. 577-640.

39. GASCÓN INCHAUSTI, F., «El acceso a las fuentes de prueba», *op. cit.*

hacerlo [art. 283 bis d).1 LEC]. En cuanto al procedimiento para su adopción, una vez efectuada la solicitud se citará al demandado y a los sujetos frente a los que se pretende la exhibición a una vista oral. En la vista las partes alegarán lo que a su derecho convenga y podrá practicarse prueba. La carga de alegar y de probar que concurren los requisitos para el acceso a las fuentes de prueba es del solicitante. Después de la vista, el tribunal decidirá por medio de auto [art. 283 bis f) LEC].

El artículo 283 bis h) LEC regula las consecuencias negativas que pueden imponerse al sujeto requerido que ha destruido u obstaculizado el acceso a las fuentes de prueba. Entre estas medidas está la de declarar como admitidos los hechos que se pretendía acreditar con las fuentes de prueba [art. 283 bis h).1 a) LEC]; tener al demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas [art. 283 bis h) 1 b) LEC]; desestimar total o parcialmente las excepciones o reconvenções que el sujeto afectado por la medida pudiera ejercitar [art. 283 bis h).1 c) LEC]; o imponer al destinatario de la medida una multa coercitiva de hasta 60.000 euros [art. 283 bis h).1 d) LEC]. A través de estas medidas se fuerza a las partes y a los terceros —a través de la multa coercitiva— a la aportación de la fuente de la prueba requerida.

Debe señalarse, por último, que se contempla un mecanismo de acceso a fuentes de prueba contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia [artículo 283 bis i) LEC]. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece determinadas fuentes de prueba (i) a las que nunca puede tenerse acceso [art. 283 bis i).6 LEC] —la denominada «lista negra»⁴⁰; (ii) a las que solo puede tenerse acceso una vez que haya concluido el procedimiento administrativo ante la autoridad [art. 283 bis i).5 LEC] —la llamada «lista gris»⁴¹; y el resto de las fuentes de prueba a las que podría tenerse acceso en cualquier momento —la «lista blanca»—. ⁴²

En relación con ello, la parte puede solicitar al tribunal que acceda a las fuentes de prueba que obran en el expediente administrativo para asegurarse que realmente tienen la condición que justifica su protección [art. 283 bis i).7 LEC].

40. Artículo 283 bis i).6 LEC: «En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y b) las solicitudes de transacción»

41. Artículo 283 bis i).5 LEC: «El tribunal podrá ordenar la exhibición de las siguientes categorías de pruebas únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo: a) La información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; b) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado».

42. STJUE de 12 de enero de 2023, *RegioJet* (C-51/21) [ECLI:EU:C:2023:6].

Se trata de una cuestión de especial interés para el objeto de este estudio, pues supone una forma de poner en contacto al juez con la información o la fuente de prueba protegida para enjuiciar incidentalmente sobre la propia existencia de la inmunidad procesal (*vid.* cap. IV y VI, apartados 4).

El mecanismo de los artículos 283 *bis* a) *et seq.* LEC es el sistema de acceso a fuentes de prueba más completo en el ordenamiento procesal español. Por ello, puede encontrarse en sus principios inspiradores, sus presupuestos y el procedimiento para su resolución una regulación que pueda aplicarse por analogía al resto de las herramientas propias e impropias contempladas para el mismo fin.

Los procesos civiles de reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia son un marco idóneo para examinar cómo operan y se relacionan entre sí herramientas propias e impropias de acceso a información o a fuentes de prueba —*vid.* por ejemplo STJUE *Tráficos Manuel Ferrer* (Asunto C-312/21)—. El legislador español para facilitar la alegación y la prueba de los hechos fundamentales al trasponer la Directiva 2014/104/UE ha incorporado herramientas procesales para el acceso a fuentes de prueba [art. 283 *bis* a) *et seq.* LEC], pero también mecanismos materiales que de forma impropia facilitan la prueba o —a través de la carga de la contraprueba— fuerzan la aportación de fuentes de prueba por la contraparte: la presunción de que la existencia de un cártel produce daños (art. 76.3 LCD) o la vinculación material del juez a las resoluciones de las autoridades de la competencia (art. 75 LCD) (*vid.* cap. II, apartado 2).⁴³

1.6. Las diligencias de comprobación de los hechos en materia de propiedad industrial (arts. 123 *et seq.* LP)

Las diligencias de comprobación de hechos están reguladas en los artículos 123 a 126 de la Ley de Patentes, y también son aplicables a litigios en materia de marcas (D.A. 1ª LM), diseños industriales (D.A. 2ª LDI), obtenciones vegetales (D.F. 2ª LOV), secretos empresariales (art. 17 LSE) y competencia desleal (art. 36 LCD).

Las diligencias de comprobación de hechos en materia de propiedad industrial son el mecanismo procesal de acceso a información y fuentes de prueba más potente que existe en el proceso civil.⁴⁴ A través de ellas el titular del derecho

43. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños», *op. cit.*, pp. 136-139; HORNKOH, L., *Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 76.

44. Para profundizar en las diligencias de comprobación de hechos *vid.* MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos*, *op. cit.*, pp. 231-240; MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*; CANTOS PARDO, M., *El proceso civil*, *op. cit.*, pp. 267-281.

de propiedad industrial puede obtener fuentes de prueba para *describir la infracción* y, con ello, *sustanciar su pretensión*.⁴⁵ De este modo, las diligencias de comprobación de hechos son un mecanismo para aliviar la carga de la alegación (*vid.* cap. I, apartado 1). La legitimación pasiva para soportar estas diligencias de comprobación de hechos la tendrá tanto el potencial demandado como un tercero.

La Ley de Patentes admite cualquier diligencia que permita la comprobación de la vulneración del derecho de propiedad industrial (art. 123.1 LP): la inspección de máquinas, dispositivos o instalaciones que puedan estar siendo utilizadas para la violación del derecho de propiedad industrial (art. 124.3 LP); la obtención de muestras de productos para su análisis por el perito designado judicialmente; la obtención de copias de la documentación técnica —*v.gr.*, planos, fórmulas, recetas, métodos, resultados de pruebas de calidad o control— o comercial —*v.gr.*, facturas, correspondencia, albaranes de entrega— o contable relativa a la actividad investigada.⁴⁶ De este modo, el juez toma un conocimiento inmediato de hechos relacionados con la propia infracción, con su comisión o con circunstancias que son relevantes para la preparación del proceso.

La adopción de las diligencias de comprobación de hechos está condicionada a que sea presumible la existencia de la infracción y a que existan una justa causa e interés legítimo (art. 123.3 LP).⁴⁷ Además, se exige que las diligencias requeridas sean necesarias para la preparación de la demanda o para acreditar hechos que son desconocidos o inaccesibles para la parte.

Una vez acordada, el juez llevará a cabo la diligencia y efectuará una descripción detallada de «las máquinas, dispositivos, productos, procedimientos, instalaciones o actuaciones mediante la utilización de los cuales se lleve presumiblemente a cabo la infracción alegada» (art. 124.3 LP).

Si de las diligencias de comprobación practicadas resultan elementos fácticos que puedan ser constitutivos de una infracción del derecho de propiedad in-

45. AJM núm. 5 de Barcelona de 9 de noviembre 2018 [ECLI: ES:JMB:2018:125A]; AJM núm. 5 de Barcelona, Auto de 18 Feb. 2019 [ES:JMB:2019:64A]; AJM núm. 6 de Madrid de 24 de septiembre del 2019 [ES:JMM:2019:83A]; AAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 212/2019 [ES:APB:2019:11383A]; AJM núm. 6 de Madrid de 2 julio del 2019 [ES:JMM:2019:84A]; AAP de Lleida, Sección 2ª, núm. 31/2020 [ES:APL:2020:31A]; AJM núm. 12º de Barcelona núm. 201/2022 de 27 de abril del 2022 [ES:JMB:2022:2574A]; AJM núm. 12º de Barcelona núm. 290/2022 de 15 Jun. 2022 [ES:JMB:2022:5440A]; AJM núm. 11º de Barcelona núm. 37/2022 de 13 de julio del 2022 [ES:JMB:2022:3256A]; AAP de Cantabria, Sección 4ª, núm. 204/2022 de 10 de octubre del 2022 [ES:APS:2022:626A].

46. MASSAGUER, J, *Acciones y procesos*, *op. cit.*, pp. 231-233. Sobre la ejecución material de la diligencia de comprobación de hechos *vid.* JM núm. 5 de Barcelona de 19 de febrero del 2019 [ES:JMB:2019:60A].

47. STJUE *Castorama Polska y Knor*, C-628/21; AAP de Málaga núm. 58/2024 de 5 de marzo del 2024 [ES:APMA:2024:87A].

dustrial, el juez emitirá una certificación de los hechos comprobados. Esta certificación se entregará al solicitante y a la persona que soportó las diligencias.

La certificación podrá tener dos utilidades para el futuro actor en un proceso de infracción: el solicitante podrá utilizar la información que en ella se contiene para redactar la demanda y formular sus pretensiones y podrá aportarla al proceso como prueba preconstituida (art. 265 LEC).⁴⁸ En cualquier caso, la certificación únicamente expresa la comprobación de ciertos hechos, pero no constituye en absoluto una prueba plena de la efectiva realización de un acto de infracción.

Si por el contrario los hechos comprobados no permiten presumir que se ha cometido o preparado un acto de infracción, el juez dará por finalizada la diligencia y ordenará la formación de una pieza separada en la que se incluirán las actuaciones realizadas.⁴⁹ Esta pieza se mantendrá en secreto y se notificará al solicitante del resultado negativo de las comprobaciones, pero sin darle acceso a su contenido (art. 124.2 LP). Así, ni el solicitante ni la persona afectada podrán acceder al testimonio del acta, copias de la documentación o muestras obtenidas durante la inspección o periciales que se hubieren emitido.

Es importante señalar que el juez deberá adoptar las medidas de protección de la información confidencial que sean necesarias para evitar la violación de secretos empresariales o la realización de actos de competencia desleal (art. 124.3 y 4 LP en relación con el art. 15 LSE).⁵⁰ También deberá procurar proteger otra información confidencial, como pueden ser los datos de carácter personal.

De este modo, las diligencias de comprobación de hechos tienen como objetivo último permitir la preparación de la demanda y acceder a fuentes de prueba que permitan pretender eficazmente la tutela judicial de los derechos de propiedad industrial.

2. Herramientas impropias de acceso a información y a fuentes de prueba

El legislador en ocasiones instrumentaliza otras instituciones y mecanismos de naturaleza procesal y material para que las partes puedan acceder a información o fuentes de prueba necesarias para su defensa. Estas son otras vías posi-

48. SJM núm. 3 de Gijón núm. 204/2019 [ES:JMO:2019:993].

49. AJM núm. 10 Barcelona núm. 9/2023 de 12 de enero del 2023 [ES:JMB:2023:237A].

50. AJM núm. 5 de Barcelona de 18 febrero del 2019 [ES:JMB:2019:64A].

bles para paliar la asimetría informativa y la escasez de fuentes de prueba y, desde luego, también repercuten en la eficacia y la operatividad de las inmunidades procesales.

2.1. La pretensión material de información o de acceso a fuentes de prueba

Es posible que el ordenamiento facilite el conocimiento de información o el acceso a fuentes de prueba a través del reconocimiento de *pretensiones materiales* que incorporen el poder de exigir a otro individuo que los proporcione —*Auskunftsanspruch*—. ⁵¹

En Alemania, y además de los mecanismos de acceso a información o fuentes de prueba (meramente) procesales contemplados en la ZPO, este tipo de *pretensiones materiales* son usuales en el ordenamiento—v.gr., §§ 259, 371, 402, 444, 666, 667, 681, 713, 716, 810, 985, 952, 1144, 1799, 2130.2, 2218 BGB.⁵² Para asegurar su efectividad, se crean mecanismos para encauzar la pretensión material que operan en el propio proceso en el que se necesita la información o la fuente de prueba en cuestión. Ese es el caso del § 422 ZPO que regula el deber de exhibición documental entre las partes y que puede activarse para hacer efectivas estas pretensiones materiales —*Vorlegungspflicht des Gegners nach bürgerlichem Recht*—. ⁵³ En el caso de que la otra parte incumpla con la orden judicial de exhibición, se podrá también tener por cierta la copia del documento o la versión que de su contenido ha dado la otra parte (§ 427 ZPO). Existe también el deber —en este caso, procesal— de aportar las fuentes de prueba que se refieran a hechos a los que la propia parte ha hecho referencia —*Bezugnahme*— en el proceso (§ 423 ZPO).

En algunos casos es posible ejercitar primero la pretensión material para conseguir la aportación de la información o la fuente de prueba necesaria para sustanciar la acción «principal». Después de que se aporte la información requerida, podrá concretarse aquello a lo que se tiene derecho: esta es la conocida como acción escalonada o paso a paso —la *Stufenklage* del § 254 ZPO—. ⁵⁴ En otro caso, primero deberá hacerse efectiva la pretensión material de información. Y solo una vez tenida la información o la fuente de prueba, podrá interponerse una segunda demanda sobre el fondo del asunto en un proceso distinto.

51. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 313-315; CHASE, O., *et al.*, *Civil litigation in comparative context*, West, St. Paul (MN), 2007, p. 223. El origen más o menos identificable de estas pretensiones materiales está en la *actio ad exhibendum* romana.

52. Una lista exhaustiva de estos derechos a la información puede encontrarse en MUSIELAK-VOIT/HUBER, „422 ZPO“, Rn. 1; MÜKOZPO/SCHREIBER, „422 ZPO“, Rn. 6; STEIN-JONAS/LEIPOLD, «§ 422 ZPO», Rn. 9.

53. MÜKOZPO/SCHREIBER, „422 ZPO“, Rn. 1; BAUMGÄRTEL, *et al.*, *Handbuch der Beweislast*, Band 1, Carl Heymanns Verlag, 5ª ed., Köln, 2023, pp. 565-566; WAGNER, G., «Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte», *JuristenZeitung*, 14, 2007, p. 707.

54. MUSIELAK-VOIT/FOERSTE, «§ 254 ZPO», Rn. 1-3.

En el ordenamiento español existen distintas pretensiones materiales de este tipo: el derecho de los socios «a examinar el estado de la administración y de la contabilidad» de determinadas compañías colectivas (arts. 133 o 173 CCom); el derecho de los socios de una sociedad de capital a acceder a «los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas» (art. 272.2 LCS). En la práctica, sin embargo, el interés en el uso de estas pretensiones materiales suele ser reducido. Si se mira con detenimiento, se verá que su utilidad es absorbida por las diligencias preliminares o por otros mecanismos por los que se pueden conocer esos mismos hechos (art. 256.1.4º LEC) (*vid.* cap. II, apartado 1). Las asimetrías informativas se suelen remediar así a través de mecanismos procesales: si se quiere, se «procesaliza» el acceso a la información.

La realidad es que si no se articulan mecanismos intraprocesales para encauzar estas pretensiones materiales, su utilidad es prácticamente nula en la práctica. En su caso, será necesario primero iniciar un proceso en el que se pretenda a título principal que se condene a la parte obligada a que aporte la información o la fuente de prueba —condena de hacer—. Solo posteriormente podrá iniciarse un segundo proceso en el que se ejerciten las acciones que se apoyan en la información o en la fuente de prueba obtenida. Como podrá imaginarse, el transcurso del (primer) proceso de acceso a fuentes de prueba y la eventual ejecución forzosa de la sentencia hacen inviable su uso.

En algunos casos será posible articular la pretensión material ante un expediente de jurisdicción voluntaria —*v.gr.*, el relativo a la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad de los arts. 112 *et seq.* de la LJV—. ⁵⁵

De cualquier modo, el examen de las pretensiones materiales que dan acceso a información o fuentes de prueba es de interés. A través de su estudio se ve cómo el legislador, en abstracto, puede articular herramientas procesales o materiales para alcanzar de una u otra forma el mismo fin: remediar situaciones estructurales o concretas de asimetría informativa.

2.2. La carga de la contraprueba

Además de los mecanismos generales de acceso a la información o a las fuentes de prueba, es posible que el ordenamiento remedie la asimetría informativa instrumentalizando otras instituciones materiales —*v.gr.*, las verdades interinas (*vid.* cap. II, apartado 2.3)—. Para profundizar en esta cuestión, antes es oportuno

55. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 283-285.

tuno examinar la *carga de la contraprueba* —*rectius*, la carga de la contrafijación de los hechos— que ordinariamente opera en el proceso civil.

Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, el actor deberá fijar «los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones» (art. 217.2 LEC). El demandado, por su parte, tendrá que fijar «los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la *eficacia jurídica de los hechos* [anteriores]» (art. 217.3 LEC). Y, como es de sobra conocido, la fijación de un hecho se puede llevar a cabo a través de su admisión expresa o tácita (art. 281.3 LEC), la notoriedad (art. 281.4 LEC), la prueba (art. 281 *et seq.* LEC) y las presunciones legales (arts. 385 LEC) o judiciales (arts. 286 LEC).

En todos los casos en los que una parte fija como ciertos los hechos fundamentales de su pretensión por cualquiera de los mecanismos disponibles, la otra parte tiene la *carga de desplegar la contraprueba para enervar esa fijación*. Esta carga se activa siempre que la parte contraria fije o parezca haber fijado como cierto un determinado hecho en el proceso a través de cualquiera de los medios posibles.

En la doctrina alemana se explica que existe una especie de *carga concreta de la actividad probatoria* —*Konkrete Beweisführungslast*—.⁵⁶ A lo largo del proceso es posible que vaya cambiando la convicción interna del tribunal en relación con la certeza positiva o negativa de los hechos controvertidos. En función de ese «estado actual» de convicción, será carga de una u otra parte llevar a cabo aquella actividad procesal que permita, en función de aquello que le beneficie, cambiar la *convicción actual* del tribunal.

La *carga eventual de la contraprueba* puede explicarse de manera dinámica. Cuando una parte ha fijado los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma que le beneficia, se activa la *carga eventual de la contraprueba* de

56. «[B]eide Prozessparteien abwechselnd zu Beweisantritten im Rahmen ihres Hauptbeweises oder ihres Gegenbeweises (§ 284 Rn. 20f.) aufgerufen sein können. Eine so verstandene konkrete Beweisführungslast kann also im Verlaufe eines Prozesses mehrfach zwischen den Parteien hin und her wechseln. Dies zeigt, dass sie nicht einer abstrakt-generellen Regelung unterliegen kann, sondern von der jeweiligen konkreten Situation der Beweiswürdigung abhängig ist. Die konkrete Beweisführungslast darf also nicht mit der (abstrakten) subjektiven und objektiven Beweislast verwechselt werden [...] Nur zu Beginn des Prozesses deckt sich die konkrete mit der abstrakten Beweisführungslast. Im Laufe des Verfahrens entwickelt sie sich dann unabhängig von der Verteilung der objektiven Beweislast und wird allein von der Würdigung des Gerichts im Einzelfall bestimmt» (MüKoZPO/PRÜTTING, «§ 286», Rn. 106); «Von der abstrakten ist die konkrete Beweisführungslast zu unterscheiden. Hat die abstrakt beweispflichtige Partei das Gericht von einer dem Gegner ungünstigen Behauptung (vorläufig) überzeugt, liegt es am Gegner, diese Überzeugung durch Gegenbeweis zu erschüttern. Insoweit trifft nun ihn die konkrete Beweisführungslast. Diese ist also situationsgebunden u kann auch mehrmals hin- u herwechseln (s Gottwald Jura 80, 225, 227; RoSG §116 Rn6). Sie wird zB beim Anscheinsbeweis (Rn39; Laumen NJW 02, 3739, 3742) oder bei der Beweisvereitelung (Rn97) umgekehrt. Mit der konkreten Beweisführungslast korrespondiert die konkrete Behauptungslast (Rn88)» (SAENGER/SAENGER, I., «§ 286 ZPO», Rn. 56).

la otra parte. Esta debe desplegar la actividad probatoria necesaria para provocar que el tribunal dude o alcance una certeza negativa sobre los hechos que conforme a su convicción interna y *actual* se consideran acreditados.⁵⁷

Como se sabe, las partes pueden limitarse a (simplemente) negar los hechos que la otra parte tiene la carga de alegar y de probar —y basar su defensa en un hecho impeditivo, extintivo o excluyente—. En cualquier caso, cuando la otra parte fija como cierto alguno de aquellos hechos, nace esta carga de la contraprueba sobre ese hecho concreto.

La mayoría de los mecanismos de fijación de los hechos suelen operar en la sentencia. Es ahí cuando se valora la prueba, se aplican las presunciones legales y judiciales y las reglas sobre la carga de la prueba. Por ello, la carga eventual de la contraprueba se mueve en términos de defensa sobre parámetros dinámicos que varían en función del desarrollo del proceso y del principio de adquisición procesal.

La carga eventual de la contraprueba opera de forma distinta en función de la parte procesal que la soporte. En el caso del actor, la estimación de la demanda dependerá de que pueda enervar la eventual fijación de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes que corresponden al demandado. La situación de este último es distinta, pues puede decidir no atacar la fijación de los hechos constitutivos y centrar su defensa (únicamente) en la fijación de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes.

2.3. La instrumentalización de herramientas procesales y materiales para facilitar la fijación de los hechos en un proceso

Por razones de política legislativa es posible que el legislador cree mecanismos procesales o materiales para facilitar la prueba —*Beweishilfen* o *Beweiserleichterung*— o, dicho en términos más generales, la fijación de los hechos.⁵⁸ A través de estos mecanismos se (re)configura el peso de las cargas procesales que ordinariamente se atribuyen a cada una de las partes. Esto puede hacerse

57. Desde luego, un cambio en la convicción *actual* del tribunal no permite a las partes proponer nueva prueba. Por ello, una correcta delimitación inicial del objeto del proceso y de los hechos controvertidos —por ejemplo, a través de los deberes de aviso o de aclaración— influye directamente en una mejor defensa de las partes. En relación con ello, SCHUMANN BARRAGÁN, G., «La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?» en GASCÓN INCHAUSTI, F., PEITEADO MARISCAL, P. (eds.), *Estándares europeos y proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 131-134.

58. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. «Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil» en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum a Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1481-1495; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, p. 262; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños», *op. cit.*, pp. 136-137.

con fines tuitivos —*v.gr.*, la protección de los consumidores, los asegurados o los trabajadores— o para la realización de otros objetivos que se consideren deseables —*v.gr.*, paliar supuestos de asimetría informativa—.

Existen una serie de cargas —procesales, materiales y económicas— que jurídicamente o *de facto* gravitan sobre aquel que quiera pretender judicialmente la tutela de sus derechos o intereses materiales: el acopio de fuentes de prueba, el pago de las tasas judiciales cuando proceda, los costes asociados a su representación y a su defensa técnica, el plazo de prescripción o caducidad del derecho o el interés material, las cargas procesales de alegación y prueba que de ordinario la ley atribuye al actor, entre otras muchas. Este conjunto de cargas integra la denominada carga de la demanda o de la iniciativa —*Klagelast* o *Initiativlast*—.⁵⁹ En ocasiones, el legislador diseña por razones de política legislativa herramientas procesales o materiales para reducir la carga de la demanda en determinados casos: por ejemplo, facilitando la alegación y la fijación de los hechos fundamentales.⁶⁰

Por un lado, el ordenamiento puede facilitar procesalmente la fijación de los hechos a través de una relajación del estándar de la prueba, regulando supuestos de pruebas indiciarias o imponiendo una valoración tasada de la prueba.⁶¹

Conforme al artículo 217.5 LEC, por ejemplo, en los procesos de tutela civil de derechos fundamentales por discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual se tendrá como cierta la discriminación cuando se «aporte indicios fundados sobre su existencia». Se está ante una norma que regula en el proceso civil la fijación de un hecho a través de indicios.

El distinto objeto sobre el que se proyecta la prueba —directamente sobre el hecho fundamental o sobre hechos accesorios que funcionan a modo de indicios— es lo que permite diferenciar instituciones muy próximas como la valoración probatoria, la prueba por indicios o las presunciones judiciales.

Lo importante a efectos del estudio que aquí se aborda es que a través de la fijación de los hechos facilitada se activa la *carga de la contraprueba*. Y, de este modo, indirectamente se fuerza a una parte que inicialmente no tenía la carga de hacerlo a que aporte la información o las fuentes de prueba que le permitan enervar la fijación. De este modo, de forma indirecta, *los mecanismos de facilitación de la prueba pueden funcionar para resolver situaciones estructurales o concretas de asimetría informativa, situando en aquella parte que tiene a su disposición las fuentes de prueba la carga de aportarlas*.

59. HAU, W., «Die Klagelast als Rechtsfigur und Regelungsproblem», ZJP, Band 129, Heft 2, 2016, p. 134.

60. HAU, W., «Die Klagelast», *op. cit.*, pp. 133-134, 141, 145-148, 151.

61. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. «Facilitaciones probatorias», *op. cit.*, pp. 1485-1490.

Por otro lado, el ordenamiento puede facilitar la fijación de los hechos instrumentalizando mecanismos materiales. Esta facilitación también la utiliza el legislador por razones tuitivas o en supuestos en los que existan situaciones estructurales o concretas de asimetría informativa. Los principales mecanismos materiales para facilitar la fijación de los hechos son las presunciones y las verdades interinas.

La primera herramienta para facilitar la fijación de los hechos son las presunciones legales. A través de la fijación de un hecho (A) se fija automáticamente otro (B) del que se deriva el efecto jurídico pretendido (X) $[A \rightarrow B \rightarrow X]$. De este modo, «se dispensa [...] la prueba del hecho presunto» (art. 385.1 LEC).

Conforme al artículo 116 CC, «[s]e presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges». En estos casos, la acreditación de la fecha del matrimonio, del nacimiento del hijo y de la disolución o la separación permite fijar la filiación paterna. Se está ante una presunción legal que facilita la prueba de un hecho que —cuanto menos en la sociedad del siglo XIX en la que nació el Código Civil— sería difícil de acreditar por otros medios.

No es inusual que en ocasiones el ordenamiento utilice estos mecanismos para paliar situaciones de asimetría informativa. Este es el caso, por ejemplo, de las presunciones materiales que operan en los litigios civiles por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia: la presunción de que la existencia de un cártel produce daños (art. 76.3 LCD). De este modo, se fuerza que sea el participante de la actividad anticompetitiva aquel que acredite que el cártel no produjo daños.

También es el caso, por ejemplo, de las presunciones materiales en materia de patentes. Conforme al artículo 69.2 LP, «[s]i una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado». En este caso también, se fuerza a través de la carga de la contraprueba que sea el presunto infractor aquel que acredite que los productos no fueron realizados y obtenidos a través del procedimiento patentado.⁶²

La otra herramienta para facilitar materialmente la fijación de los hechos es la (re)configuración del supuesto de hecho de las normas a través de las denomi-

62. MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos*, op. cit., pp. 317-320, 322-323. La misma presunción se encuentra en el § 139(3) de la PatG alemana (STADLER, A., *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1989, pp. 117-118).

nadas verdades interinas —*Interimswahrheiten*—.⁶³ A través de la técnica de las verdades interinas se incorporan en las normas jurídicas supuestos de hecho que parten de un estado ideal que se considera cierto.⁶⁴ Se «dan por supuestos» determinados elementos que integran el supuesto de hecho.⁶⁵

Si se examina con detalle, se verá que la mayoría de las «presunciones» que incorpora el Código Civil no son tales, pues técnicamente no son un mecanismo para fijar un hecho (presunto) a través de la fijación de otro hecho (base). Por el contrario, el supuesto de hecho parte de *un estado ideal o un elemento que se da por supuesto*. En este sentido se explican normas como *v.gr.*, la presunción de la buena fe (art. 434 CC) o la presunción de la existencia y la licitud de la causa de los contratos (art. 1277 CC).⁶⁶ En estos casos, las normas no incorporan mecanismos para fijar hechos a través de otros, sino que «dan por supuesto» que existe la buena fe o que existe y es lícita la causa. Las partes no deben fijar ningún hecho para que se active esta (falsa) presunción; se da por cierto el hecho en la norma.⁶⁷

Con las verdades interinas se alivia la carga de la alegación y de la fijación de los hechos, pues algunos de ellos ya son «tenidos interinamente como ciertos»

63. «In manchen Fällen schreibt das Gesetz dem Richter vor, eine Behauptung, worauf es im Rechtsfreit ankommt, ohne weiteres (bis zum Beweis des Gegenteils) für wahr zu halten. Solche Vorschriften stellen keine echten Vermutungen auf, da sie nicht den Auftrag an den Richter enthalten, eine Behauptung gewiss sei, sondern sie stellen viel mehr, wenngleich unter dem Ausdruck von Vermutungen, aus Wahrscheinlichkeitsgründen abgeleitete Interimswahrheiten auf» (UNGER, J., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1859, pp. 598-599); «Distinto es el caso de algunas formulaciones legales que equivocadamente son tenidas por presunciones [...] Unger las llamaba verdades interinas; ni son presunciones, ni son inversiones de la carga de la prueba» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 208, 225); SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Comentario del art. 1250» en PAZ-ARES, C. et al., *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 417; CARRERAS, J., en FENECH, M., CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 386-389; DAMIÁN MORENO, J., «Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil» en CORTÉS DOMÍNGUEZ et al., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 17, 26; ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2012, pp. 393, 394; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 282; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario del art. 217» en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Lurgium, Barcelona, 2000, p. 826.

64. «[L]as llamadas verdades interinas, en las que un presupuesto constitutivo de una consecuencia jurídica se presume sin más. No existe aquí el enlace entre dos afirmaciones, característico de toda presunción, sino pura y simplemente la exención de prueba de una afirmación determina, salvo prueba en contrario» (SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Comentario del art. 1250», *op. cit.*, p. 594). En el caso de las verdades interinas, «la ley ha decidido dar por buenas de forma provisional determinadas situaciones de hecho (verdades interinas)» (DAMIÁN MORENO, J., «Nociones generales», *op. cit.*, p. 26). Por ello, «en las presunciones aparentes, en vez de «presumir», se «presupone» [...] en este dar por sentado algo en que consistiría la suposición no se exige condición previa alguna» (ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil» en CORTÉS DOMÍNGUEZ et al., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 100).

65. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 302-305.

66. También existe la «presunción» de la culpa del deudor en la pérdida de la cosa (art. 1183 CC) o la presunción de la remisión de la obligación accesoria de la prenda cuando la cosa esté en poder del deudor (art. 1191 CC), entre muchas otras.

67. ROSENBERG, L., *La carga de la prueba* (trad. E. Krotoschin), Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2019, pp. 209-211.

a través de la *configuración gramatical del supuesto de hecho* del que se deriva el efecto jurídico pretendido.

Algunas de las normas especiales sobre la inversión de la carga de la prueba —v.gr., las incluidas en el artículo 217 LEC— no son realmente tales: son normas materiales que incorporan verdades interinas.⁶⁸ El artículo 217.4 LEC no cambia las reglas sobre la carga de la prueba en litigios sobre competencia desleal o publicidad ilícita, sino que es una norma material que interinamente «da por hecho» que son falsas las «indicaciones y manifestaciones realizadas y [...] los datos materiales que la publicidad exprese».

Es cada vez más usual que el legislador recurra a estos mecanismos para paliar situaciones estructurales o concretas de asimetría informativa. En ambos casos se ve de qué modo indirectamente a través de la instrumentalización de estas técnicas se activa la *carga de la contraprueba* y se fuerza a una de las partes a aportar la información o las fuentes de prueba en su poder.

En definitiva, a través de la instrumentalización de mecanismos procesales —v.gr., la prueba indiciaria o la valoración probatoria— y materiales —v.gr., las presunciones y las verdades interinas— se facilita la fijación de los hechos y, de este modo, se hace nacer en la otra parte la carga de la contraprueba.⁶⁹ Estas técnicas son útiles, pues a través de las consecuencias desfavorables asociadas a la idea de carga procesal se fuerza que una parte aporte una determinada información o la fuente de prueba.

2.4. La carga de la prueba dinámica: la disponibilidad y la facilidad probatoria (art. 217.7 LEC)

Pese a todo lo anterior, es posible que en ocasiones el justiciable que pretende una tutela judicial concreta no tenga las fuentes de prueba para acreditar los hechos fundamentales de su pretensión ni tenga a su disposición herramientas que se lo faciliten. En estos casos, y como último mecanismo de salvaguarda, la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que en la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba «el tribunal deberá tener presente *la disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada una de las partes del litigio» (art. 217.7 LEC).

68. «El aptdo. 4 acoge dos normas especiales, que no atribuyen al demandado la carga de probar lo que, de ordinario, le correspondería probar al actor (conforme el aptdo. 2), sino que exoneran al actor de su ordinaria carga de la prueba. Sólo en este sentido, de eliminar la carga de la prueba del actor, que suele ser decisiva, cabe hablar, como suele hacerse, de inversión de la carga de la prueba. Pero no hay, si bien se mira, tal “inversión”, porque no le corresponde al actor probar lo que le correspondería ordinariamente probar al demandado, ni al revés» (DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario del art. 218» en DE LA OLIVA SANTOS, A. et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 384).

69. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. «Facilitaciones probatorias», *op. cit.*, pp.1481-1495.

Como es sobradamente sabido, las reglas sobre la carga de la prueba formal determinan qué parte tiene la carga de acreditar determinados hechos en el proceso (art. 217.2 y 3 LEC). La carga de la prueba material es una regla de juicio que le indica al órgano judicial a quién perjudica la no fijación de un hecho como cierto a efectos del proceso (art. 217.1 LEC).

La regla sobre la carga de la prueba material está formulada en la LEC de forma negativa: cuando «el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido» (art. 217 LEC). También sería posible formular la regla sobre la carga de la prueba material de forma positiva afirmando que el tribunal solo aplicará el efecto jurídico de una norma cuando considere fijados como ciertos a efectos del proceso todos los hechos que integran su supuesto de hecho.

Las reglas sobre la carga de la prueba formal y material representan de este modo dos manifestaciones de una misma regla: cada parte deberá fijar *la certeza positiva* de los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyos efectos jurídicos pretenden (carga de la prueba formal) y el tribunal aplicará el efecto jurídico de la norma que supone el fundamento de la tutela judicial que se pretende cuando tenga la *certeza positiva* de que son ciertos los hechos fundamentales que constituyen su supuesto de hecho (carga de la prueba material).⁷⁰

La formulación positiva de la carga de la prueba material supone que el órgano judicial solo puede aplicar la norma jurídica cuando el hecho ha sido fijado como cierto, esto es, cuando se tiene una *certeza positiva* sobre su existencia. La *duda* o la *certeza negativa* supondrá conforme a las reglas de la carga de la prueba la inaplicación de la norma por no haberse fijado como cierto el supuesto de hecho que constituye su premisa menor.

En términos técnicos, una inversión o una modificación de las reglas sobre la carga de la prueba podría suponer 1) que al actor o el demandado le baste con fijar o hacer dudar al órgano judicial sobre la certeza positiva de los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma para que esta sea aplicada, y viceversa; o 2) que el actor tenga la carga de fijar la certeza negativa de los hechos

70. «[L]a doctrina de la carga de la prueba es una parte de la teoría de la aplicación del derecho [...] El juez sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se ha producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la *existencia* de las circunstancias que constituyen los presupuestos del precepto. De ello resulta que la norma deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la *no-existencia* de estos presupuestos, sino también cuando le han quedado *dudas* acerca de su existencia. De este modo obtenemos el *principio de la carga de la prueba*: aquella parte cuya petición no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico [...] soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable» (ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, op. cit., p. 12).

que integran el supuesto de hecho de la norma que beneficia al demandado para que la norma no sea aplicada, y viceversa.

Desde luego, va en contra de la lógica defender que una inversión de la carga de la prueba supone que el actor deba fijar la certeza de los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto pretende el demandado, y viceversa.

Es en este marco en el que la facilidad o la disponibilidad de las fuentes de prueba influyen en la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217.7 LEC). *Al tribunal le podrá bastar con la duda sobre un hecho para aplicar una norma si considera que una parte no puede fijar su certeza positiva por no tener acceso a la información o las fuentes de prueba que están en poder de la otra parte. Y, en casos límite, el tribunal podría también tener un hecho fijado interinamente como cierto sobre la base de indicios si una parte no puede fijar su certeza positiva por no tener acceso a la información o las fuentes de prueba que están en poder de la otra o de un tercero.*⁷¹ La asimetría reforzaría así la fuerza de un indicio que ordinariamente por sí mismo sería insuficiente para acreditar el hecho. De este modo, en estos casos *se arrojaría judicialmente la carga de la contraprueba a la parte que tiene a su disposición la información o de las fuentes de prueba o está en mejores condiciones de acceder a ellas.*

La flexibilidad de las reglas sobre la carga de la prueba del artículo 217.7 LEC se activa cuando *una parte procesal* está en mejores condiciones *que la otra* de acceder a información o a fuentes de prueba. Por ello, no puede activarse el artículo 217.7 LEC cuando ninguna de las partes tiene acceso a la información o a la fuente de la prueba por hallarse en poder de un tercero que no está sometido a una relación de dependencia respecto de alguna de ellas.

La disponibilidad y la facilidad probatoria como criterio de aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba permite «cerrar el círculo». Cuando no existen herramientas de acceso a fuentes de prueba o mecanismos procesales o materiales específicos que facilitan la fijación de los hechos, el tribunal podrá articular un resultado parecido a ellas a través del artículo 217.7 LEC.

Como apunta ORMAZABAL SÁNCHEZ, la atribución ordinaria de la carga de la prueba se realiza en función de ámbitos o esferas de riesgos: «incumbe a cada parte soportar la carga de probar las circunstancias que caen dentro de su esfera o

71. En este sentido, es de interés el razonamiento ATS 6 julio 2016 [ECLI:ES:TS:2016:6207A]: «Como se ha expuesto, la audiencia provincial fundamenta la estimación del recurso en que la falta de prueba directa sobre la autoría de la entrega de los papeles justifica la utilización de la prueba de presunción judicial, como medio supletorio, y a través de un proceso deductivo lógico alcanza la conclusión de la autoría», recalcando que «[...] a la parte demandante no se le puede exigir que pruebe la autoría material de la entrega con prueba directa, bastándole al demandado con negar y al testigo instrumental con acogerse al secreto profesional para que la prueba directa sea imposible, no ya en este caso, sino en cualquier caso».

ámbito de riesgo, organizativo o de dominio». ⁷² El artículo 217.7 LEC permitiría al juez (re)configurar estos riesgos en función de las esferas de control de las partes.

El artículo 217.7 LEC constituye así el fundamento que permite activar una suerte de *carga de la prueba dinámica* en función de la facilidad y la disponibilidad de información o fuentes de prueba. Esto supone que la carga de la prueba sea una institución flexible y abierta a una cierta discrecionalidad judicial que permite adaptar las cargas procesales a la posición que cada una de las partes tiene en relación con las fuentes de prueba. Con esta flexibilidad se impide que un justiciable vea su pretensión desestimada por no tener información o fuentes de prueba que sí tiene la otra parte.

Todo lo anterior permite contemplar en qué medida el ordenamiento crea *herramientas procesales y materiales* que influyen en la configuración de las cargas de la alegación y de la fijación de los hechos que incumben a cada parte. A través de estas se pueden paliar problemas estructurales o concretos de asimetría informativa, pues pueden forzar a una de ellas a que aporte información o fuentes de prueba al proceso.

Es importante señalar que la mayoría de todos estos mecanismos procesales están interrelacionados. Unos solo se activan cuando otros no existen o no han sido operativos. Por ejemplo, si una parte no tiene acceso a las fuentes de prueba necesarias para fijar un hecho, pero puede hacerlo a través de una presunción legal, no debería activarse el artículo 217.7 LEC.

Esta interrelación entre los distintos mecanismos de acceso a fuentes de prueba y de facilitación de la prueba puede llevar a situaciones no siempre claras, como es el caso de la litigación por daños anticompetitivos. En ese sector se incorporan mecanismos de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis a) *et seq.* LEC] y presunciones dirigidas a facilitar la acreditación del daño (arts. 75 y 76 LDC). En ese caso es discutido si las presunciones solo deben activarse cuando la parte ha hecho uso de los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba y aun así no ha podido acreditar su daño o deben aplicarse en todo caso (STJUE *Tráficos Manuel Ferrer* (C-312/21)). ⁷³

Como se ha dicho, antes que la carga de la prueba, la primera carga que deben levantar las partes es la carga de la alegación: sustanciar con hechos concretos las acciones o excepciones que ejercitan.

72. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. «Facilitaciones probatorias», *op. cit.*, 2020, p. 1482.

73. STJUE de 16 de febrero del 2023. C-312/21 [ECLI:EU:C:2023:99].

El párrafo 138 de la ZPO alemana incorpora la obligación de decir la verdad —*Wahrheitspflicht*— y la denominada obligación de aclaración —*Erklärungspflicht über Tatsachen*—. Conforme a esta última, las partes tienen el deber de admitir, negar y aclarar los hechos alegados de contrario. En este marco, existen supuestos de asimetría informativa en los que se considera que una parte está en mejores condiciones que la otra para conocer determinados hechos fundamentales para resolver el litigio. En esos casos, se considera que nace para aquella una carga secundaria de la alegación —*Sekundäre Darlegungslast*— que le impone aclarar o completar los hechos alegados de contrario.⁷⁴ La delimitación de este deber de aclaración depende, a su vez, de la concreción con la que el actor ha sustanciado su pretensión y la facilidad que tenía para hacerlo. De este modo, con este precepto se instaura una suerte de *carga de la alegación dinámica* de los hechos fundamentales en función de la cercanía que cada parte tenga con ellos.

En el ordenamiento español, el artículo 405.2 LEC impone a las partes la carga de admitir o negar los hechos aducidos en la demanda. En caso de «silencio o [...] respuestas evasivas», los hechos alegados de contrario puedan tenerse como ciertos —*ficta confessio* (art. 405.2 LEC)—. En consecuencia, en la LEC existe la carga de admitir o de negar expresamente los hechos alegados de contrario. Sin embargo, y aunque pueden hacerlo, las partes no tienen expresamente la carga de alegar aquellos hechos concretos en los que se funda su negación. Pueden limitarse simplemente a negar su certeza positiva o negativa y, de este modo, dar a los hechos la condición de controvertidos. En definitiva, no existe en el ordenamiento español con la amplitud del párrafo 138 de la ZPO una carga de *sustanciar (positivamente) la negación de los hechos alegados de contrario* —*Substanziertes Bestreiten*—. ⁷⁵

3. El acceso a las fuentes de prueba como un derecho integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (excurso)

El derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión (art. 24 CE) son cláusulas generales cuyo contenido ha sido integrado y destilado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante años. Desde luego, nuevas realidades sociales suponen nuevos tipos de conflictos jurídicos de los que nacen nuevos obstáculos para la efectividad de la tutela judicial que se pretende. En la idea de la Constitución como un árbol vivo, los derechos fundamentales —y entre ellos, aquellos de naturaleza procesal— deben desarrollarse y adaptarse a la realidad social en la que están llamados a operar.

74. MUSIELAK-VOIT/STADLER, „138 ZPO“, Rn. 10a.; MÜKOZPO/FRITSCHKE, „138“, Rn. 24; BAUMGÄRTEL, *et al.*, *Handbuch der Beweislast*, *op. cit.*, pp. 567-569, 578, 582-583; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 318-319; STÜRNER, R., «La obtención de información probatoria en el proceso civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX, 2008, pp. 248-249.

75. MÜKOZPO/FRITSCHKE, „138“, Rn. 22-23.

En esta línea, debe defenderse que forma parte del contenido esencial del derecho de defensa y del derecho a la prueba el tener acceso a las fuentes de prueba necesarias para acreditar los hechos fundamentales de la tutela que se pretende.⁷⁶ Debe insistirse en la idea de que la obtención de la tutela judicial depende de la posibilidad de alegar y de fijar hechos concretos, y difícilmente se podrán acreditar aquellos hechos que no se conocen o que no se tiene forma de probar.

Se ha visto ya en qué medida el ordenamiento contempla distintas herramientas procesales y materiales para asegurar que esto no sea un obstáculo para la tutela pretendida. Sin embargo, en no pocas ocasiones estas siguen siendo insuficientes para garantizar que el justiciable pueda acreditar los hechos fundamentales de su acción o excepción.

La flexibilidad de las reglas sobre la carga de la prueba del artículo 217.7 LEC se activa cuando *una parte procesal* está en mejores condiciones que *la otra* de acceder a información o a fuentes de prueba. Ahora bien, es posible que ninguna de las partes tenga acceso a la información o a la fuente de la prueba —v.gr., por hallarse en poder de un tercero—. En ese caso, no tiene sentido que se active el artículo 217.7 LEC y se arroje sobre una parte la carga de una contraprueba con la que no tiene por qué cargar y que no puede cumplir. Por ello, de no existir otros mecanismos procesales o materiales subsidiarios, el acceso a las fuentes de la prueba en poder del tercero será la única manera de alegar y de probar los hechos fundamentales de la acción o la excepción que se ejercita.

Es verdad que el ejercicio y la concreción del contenido de los derechos fundamentales de naturaleza procesal se configura legalmente (*vid.* cap. I, apartado 2). A pesar de ello, esta regulación debe asegurar que sea ejercitable y realizable el contenido esencial del derecho.

Las garantías de organización y de procedimiento que derivan de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de naturaleza procesal imponen al legislador crear normas procesales para su ejercicio.⁷⁷ Por ello, la existencia de herra-

76. Como sostiene el TC, «Desde esta perspectiva, además de destacar en términos genéricos las interrelaciones entre las cuestiones relativas a la prueba y el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 89/1986 y 50/1988, se ha subrayado la vigencia, incluso en la fase probatoria, del principio de igualdad de armas que garantiza la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas de las partes en la alegación y demostración de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio (STC 227/1991). Como concreción de tal principio se ha tenido ocasión de afirmar en la misma sentencia que *exigir a los justiciables un comportamiento probatorio imposible, una prueba imposible o diabólica, causaría indefensión al no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos* (STC 14/1992)» (STC núm. 116/1995 de 17 julio). En el mismo sentido la STC núm. 14/1992 de 10 febrero. Puede encontrarse un análisis de la relación entre los mecanismos de acceso a fuentes de prueba y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 290-294.

77. STC 99/1985 de 30 de septiembre. En el mismo sentido la STC núm. 17/2008 de 31 de enero: «[E]l derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y efectividad están supeditados a la

mientas que permitan a las partes alegar y probar los hechos fundamentales de los que depende la estimación de sus acciones y excepciones es una exigencia de la dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (*vid.* cap. I, apartado 2).⁷⁸ Y ello impone al legislador la obligación de crear mecanismos de acceso a fuentes de prueba y al juez la de interpretar y aplicar las herramientas ya existentes para maximizar esta faceta del derecho fundamental.

Si se tomara este argumento en serio, podría sostenerse que una interpretación de la LEC conforme a la Constitución española permite aplicar por analogía los mecanismos de acceso a fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia [arts. 283 *bis* a) *et seq.* LEC] a cualquier tipo de litigio.

De este modo, y aunque se está ante un contenido del artículo 24 CE que (todavía) no ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, puede defenderse que el justiciable tiene un derecho fundamental acceder a las fuentes de prueba en aquellos casos en los que no exista otro mecanismo alternativo para obtener la tutela judicial que pretende.

En el ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado que los mecanismos de acceso a información y a fuentes de prueba concretan y garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) y la efectividad de los derechos cuya tutela se pretende (STJUE *New Wave*, C-427/15).⁷⁹ Así, se encuentra también en el artículo 47 de la CDFUE el fundamento de estas herramientas en el marco del proceso de constitucionalización del proceso civil en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

conurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente». También la STC 185/1987 de 18 de noviembre: «el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, como derecho fundamental, obliga al legislador a establecer la organización y el procedimiento adecuados para su satisfacción no genera por sí mismo ningún derecho de acción concreto que permita sin más acceder a un Tribunal concreto o a una determinada vía procesal. El derecho a acudir ante un determinado Tribunal deduciendo una pretensión definida sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que ésta ha establecido».

78. El TC sostiene, desde la perspectiva de la colaboración del individuo con la administración de justicia, que «ante dicha situación, en la que las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución) determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba, ya que sería suficiente un informe omisivo o evasivo para que el Juez no pudiera fijar la totalidad de los hechos probados en la Sentencia» (STC núm. 227/1991 de 28 noviembre).

79. STJUE *New Wave* C-427/15[ECLI:EU:C:2017:18]: « 25. En tercer lugar, es preciso recordar que el derecho de información establecido en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2004/48 concreta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y garantiza de ese modo el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la propiedad, del que forma parte el derecho de propiedad intelectual protegido en el artículo 17, apartado 2, de ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, apartado 29)».

SEGUNDA PARTE

Capítulo III | Las inmunidades procesales

1. Introducción

El ordenamiento español reconoce legalmente distintas inmunidades procesales en materia probatoria. Sin embargo, su regulación es insuficiente y está dispersa tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en varias leyes especiales. No existe una ordenación sistemática de los privilegios que se reconocen, lo que hace que existan lagunas y deficiencias importantes que influyen en su falta de aplicación práctica.

Una de las causas de lo anterior es que, pese a su reconocimiento legal y su importancia creciente, no ha existido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas un intento claro de desarrollar los privilegios procesales como una categoría jurídica: esto es, como un conjunto de inmunidades que comparten una serie de elementos comunes.

Por todo lo anterior, es importante profundizar en el estudio abstracto de las inmunidades procesales como institución jurídica. Solo una vez examinados sus aspectos generales, será posible descender a la regulación concreta en el ordenamiento español y examinar cómo operan a lo largo del proceso.

2. Naturaleza jurídica

Técnicamente los privilegios probatorios son *inmunidades jurídicas* que permiten enervar el derecho de la otra parte o la potestad del tribunal de exigir la aportación de información o fuentes de prueba que conoce o que están en

poder de su titular.⁸⁰ Para profundizar en su naturaleza, es oportuno detenerse en el estudio de la inmunidad jurídica.

HOHFELD analiza en términos generales la estructura de las relaciones jurídicas fundamentales.⁸¹ En su marco teórico, dentro de estas relaciones están las siguientes posiciones jurídicas activas: el derecho subjetivo, la libertad, la potestad y la inmunidad. El correlato en la posición pasiva del derecho subjetivo es el deber; de la libertad, el no-derecho; de la potestad, la sujeción; y de la inmunidad, la incompetencia.

De este modo, la inmunidad es una *protección* de la que es titular una persona (posición activa) frente a la potestad jurídica de otra. La inmunidad enerva la potestad y los efectos jurídicos asociados a ella y, por eso, su correlativo es la incompetencia (posición pasiva).

Las inmunidades procesales en materia probatoria son aquellas posiciones jurídicas que permiten enervar derechos y potestades procesales asociadas con el acceso a información y fuentes de prueba. De este modo, como sostiene GASCÓN INCHAUSTI, serían «límites al ejercicio de las potestades ordinarias atribuidas al órgano jurisdiccional».⁸²

El ordenamiento reconoce a las partes en ocasiones derechos para acceder a información o a fuentes de prueba que no están en su poder. Hay casos en los que su titular puede ejercitar estos derechos por el mismo y requerir a la otra parte a que desvele la información o aporte la fuente de prueba —*v.gr.* art. 328.1 LEC (*vid.* cap. II, apartado 1.2)—. En otros, que son los más usuales, la ley le reconoce al justiciable el derecho —subjetivo público de naturaleza (meramente) legal— de solicitar al juez que sea él quien requiera a la parte a aportar la información o la fuente de la prueba —*v.gr.* arts. 259 o 329 LEC (*vid.* cap. II, apartado 1)—. En ese caso, será el juez el que en uso de su *potestad* jurisdiccional (art. 117.3 CE) requiera a la otra parte o al tercero a que exhiba o aporte lo requerido. Las inmunidades procesales enervan estos poderes y, con ello, permiten a su titular negarse a aportar la información o las fuentes de prueba requeridas.

80. Sobre la naturaleza de las inmunidades procesales, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales*, *op. cit.*, pp. 23-34.

81. HOHFELD parte de la observación —perfectamente trasladable a nuestros días— de que «uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducida a “derechos” (subjetivos) “deberes”» (HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (trad. CARRIÓ, G. R.), 3ª ed., Fontamara, México, 1995, p. 45).

82. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales*, *op. cit.*, p. 28; PASSMORE, C., *Privilege*, *op. cit.*, pp. 1, 4.

Es usual referirse a las inmunidades procesales como «derechos». Se trata de una expresión imprecisa, pues la inmunidad procesal no da el derecho de exigir una prestación determinada. Esta imprecisión se explica por la hipertrofia que tiene el uso del término «derecho» para referirse a cualquier posición jurídica activa de la que es titular un individuo. Por ello, aunque la referencia se utilice y sea habitual en el foro, debe entenderse que en adelante toda referencia a la inmunidad procesal como «derecho» lo es solo en sentido lato.

La *inmunidad procesal* es una posición jurídica atribuida a un individuo determinado: es una *posición jurídica subjetivizada*. No se protege la información o la fuente de la prueba en abstracto, sino que se otorga a individuos concretos el privilegio de negarse a aportarlas en la esfera procesal. Como tal, será necesario el ejercicio de la inmunidad por su titular para que despliegue sus efectos típicos. El reconocimiento de una inmunidad no supone que la aportación de la información o la fuente de prueba sea nula o anulable —por considerarse vulnerado el derecho o el interés que aquella protege—, sino que (solamente) autoriza a negarse a hacerlo.

La enervación de una potestad o un derecho otorga una ventaja al titular de la inmunidad: este es el planteamiento que subyace a la idea de «privilegio» procesal.⁸³

Las inmunidades procesales deben estar reconocidas legalmente por el ordenamiento procesal (art. 1 LEC).⁸⁴ Este reconocimiento puede ser expreso o implícito pero, en cualquier caso, debe tener un apoyo en el ordenamiento positivo. Solo indirectamente las partes podrán mantener en secreto información o fuentes de prueba que consideran confidenciales a través de acuerdos materiales de confidencialidad y contratos procesales sobre la fijación de los hechos (*vid. cap. III, apartado 8*).

3. Fundamento

A través de las inmunidades procesales se protegen derechos o intereses que son considerados por el ordenamiento merecedores de tutela. En la mayoría de los casos la información protegida forma parte del núcleo esencial de la intimidad de una persona (art. 18 CE) o a través de su protección se pretenden crear espacios protegidos de confianza que permitan el ejercicio de otros derechos fundamentales —*v.gr.*, el derecho de defensa (art. 24 CE)—. También es posi-

83. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales*, *op. cit.*, pp. 27-28.

84. ROSENBERG, *et al.*, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, 17ª ed., München, 2010, p. 684; AHRENS, H. J., *Der Beweis Im Zivilprozess*, Otto Schmidt KG, Verlag, 2014, p. 796; BAUMGÄRTEL, *et al.*, *Handbuch der Beweislast*, *op. cit.*, p. 61.

ble que por (mera) política legislativa se contemplen inmunidades procesales para la protección de otros derechos o intereses jurídicamente protegidos, como lo pueden ser los secretos empresariales o la información confidencial (*vid.* cap. VII, apartado 5).

En los casos en los que las inmunidades procesales protejan derechos fundamentales, estas operarían como auténticos derechos de exclusión frente a la actuación del poder (judicial) del Estado o de los particulares.

El estudio del fundamento concreto de cada inmunidad procesal es importante, por cuanto es un elemento imprescindible que ayuda a identificar su *ratio legis*. Es así un instrumento que facilita su interpretación y aplicación al caso concreto.

Las inmunidades procesales que autorizan a negarse a aportar información o fuentes de prueba suponen la enervación de un derecho procesal que le permite a la otra acceder a ellas para alegar o fijar los hechos fundamentales de su pretensión. Subyace así al privilegio procesal *una colisión de derechos fundamentales e intereses jurídicamente protegidos*.⁸⁵ Un análisis del fundamento de cada inmunidad permite también examinar esta colisión y, con ello, la constitucionalidad del privilegio en cuestión.⁸⁶

4. Técnicas legislativas de regulación de las inmunidades procesales

Como se ha dicho ya, el estudio de las inmunidades procesales en materia probatoria tiene una naturaleza compleja y multidimensional.

Desde una *perspectiva material o sustantiva*, es posible que el ordenamiento proteja una determinada información o fuente de prueba imponiendo a determinados sujetos la obligación *material* de mantenerla en secreto. El incumplimiento de esta obligación normalmente tendrá *consecuencias materiales o sustantivas* —*v.gr.*, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la revelación—.

De forma paralela, es también posible que el ordenamiento proteja la información o la fuente de prueba en el marco de un proceso judicial a través de de-

85. En relación con el fundamento y la justificación de las limitaciones probatorias, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales*, *op. cit.*, pp. 34-39, 408-414; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 198-206

86. Puede encontrarse un muy interesante análisis económico sobre el fundamento y el sentido de las inmunidades procesales en BAUM, I., *Professional Testimonial Privileges*, *op. cit.*

terminadas inmunidades procesales. Desde esta *perspectiva procesal*, los privilegios procesales crean una suerte de *escudo* que protege la información o la fuente de prueba frente al Estado, el resto de las partes y los terceros.

Un correcto entendimiento de las inmunidades procesales en materia probatoria pasa por deslindar y examinar por separado las distintas capas de protección que el ordenamiento puede dispensar a la información confidencial.⁸⁷ Para hacerlo, es útil examinar que en abstracto existen dos técnicas legislativas para regular una inmunidad procesal.

Es posible que para mantener la unidad y la coherencia en el ordenamiento, la norma procesal se remita al Derecho sustantivo para la determinación de la información que debe considerarse protegida.⁸⁸ *La norma sustantiva se integra así en el contenido de la norma procesal*. A través de cláusulas generales incorporadas en el ordenamiento procesal se vincula la protección procesal de la información al Derecho material.

Es también posible que la propia norma procesal concrete los titulares y el objeto de protección de la inmunidad procesal. Esa es la técnica adoptada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal —arts. 416-418 LECrim— o la ZPO alemana (*vid.* cap. IV, apartado 8.1). Con ello la norma gana suficiencia e independencia al desvincularse de la regulación sustantiva, aunque ello pueda generar desajustes e incoherencias en el ordenamiento.⁸⁹

La Ley de Enjuiciamiento Civil adopta normalmente el primer modelo.⁹⁰ La norma procesal no define cuál es la información confidencial o quién es el titular concreto de la inmunidad procesal, sino que por una razón de técnica legislativa *se remite al Derecho material para integrar su contenido* (*vid.* cap. V). Lo que sí define la norma procesal en todos los casos es el ámbito de protección de esa información que se dispensa a su titular dentro del proceso.

Esta *técnica de regulación por remisión* no hace más que acentuar la confusión entre la protección procesal y material de la información confidencial, lo que impone un mayor esfuerzo en su delimitación.

87. «Sharf zu trennen ist das prozessuale Zeugnisverweigerungsrecht von Frage nach einer eventuell bestehenden materiell-rechtlichen Schweigepflicht» (STEIN-JONAS/BERGER, «§ 383 ZPO», Rn. 17).

88. STEIN-JONAS/BERGER, «§ 383 ZPO», Rn. 17.

89. MORALES PRATS, F., «Comentario del art. 199 CP» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *et al.*, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor, 2016.

90. En algún caso aislado, en el ordenamiento alemán también se utiliza la técnica de remisión —*Blankettnorm und Verweisungstechnik*— para regular inmunidades procesales —*v.gr.*, el § 376 ZPO—. AHRENS, H. J., *Der Beweis*, *op. cit.*, pp. 835-836.

El ejemplo más claro es el artículo 371 LEC que regula el «derecho» de los testigos a negarse a declarar. Conforme a su tenor literal, cuando «el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá [...] lo que proceda en Derecho». En este caso, la ley no determina qué individuos concretos tienen el deber de guardar secreto —como sí lo hacen, por ejemplo, los artículos 416 y 417 LECrim o los §§ 383 y 384 ZPO (*vid.* cap. IV, apartado 8.1) —, sino que implícitamente *se remite al ordenamiento material para integrar su contenido*. Lo que sí determina el artículo 371 LEC es el contenido de la inmunidad procesal: el «derecho» de los testigos a negarse a responder a preguntas concretas sobre hechos que deba mantener en secreto.

5. Ámbito y contenido

En abstracto, los privilegios pueden tener como objeto la protección de *información confidencial* o las concretas fuentes de prueba materiales o personales a las que esta información se incorpora —*verkörpeten Informationen*—. ⁹¹ Es posible que unos mismos hechos —*v.gr.*, los datos médicos de un paciente— puedan acreditarse en el proceso a través de distintos medios de prueba —*v.gr.*, a través del interrogatorio del médico o de la aportación de la historia clínica—. El primer paso para determinar el contenido y el alcance de la inmunidad es la determinación de qué es aquello que se protege.

El médico tiene el derecho a negarse a desvelar cualquier información relativa a la salud de Ticio si declara como testigo (art. 371 LEC).

El médico tiene el derecho a negarse a entregar la historia clínica de Ticio si en ella se incorpora información confidencial (art. 330 LEC).

La determinación del ámbito y el contenido de cada inmunidad procesal requerirá de un análisis concreto de la norma que la reconoce y de la técnica legislativa que haya adoptado. En el caso de que la norma procesal se remita a una material para integrar su contenido, la determinación de su protección (X) dependerá (i) de la amplitud con la que se reconozca la confidencialidad de la información por el Derecho material (A); y (ii) de la protección procesal que se le proporciona dentro del proceso (B). La suma de ambas delimitará el ámbito de protección de la inmunidad procesal concreta: (A) + (B) = (X).

91. MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 346.

6. Clasificación

Las inmunidades procesales pueden clasificarse en dos tipos en función de su contenido.

En primer lugar están aquellas inmunidades que dan a una parte o a un tercero el «derecho a negarse» a desvelar información o aportar fuentes de prueba al proceso civil —*Weigerungsrechte*—: *inmunidades procesales de exclusión* (vid. caps. IV y V). Estos son los privilegios tradicionalmente reconocidos en los ordenamientos procesales europeos y del *common law*.

En segundo lugar, están aquellas inmunidades procesales que protegen la información confidencial o la fuente de prueba que la contiene dentro del proceso: *inmunidades procesales de protección* (vid. caps. VI y VII). Como se verá, este tipo de inmunidades adquieren cada vez más importancia en el marco europeo.

La diferencia principal entre una y otra inmunidad está en el nivel de protección que se otorga a la información o a la fuente de prueba. En un caso la inmunidad permite *excluir la incorporación de la información o la fuente de prueba al proceso*. En el otro *la información o la fuente de prueba acceden al proceso, aunque son protegidas y tratadas confidencialmente a través de medidas procesales*. En función del tipo de inmunidad de que se trate se maximizarán unos u otros intereses y, también, será distinta su forma de operar.

Como cualquier otra, esta es una clasificación artificial de todas las realidades que pueden incluirse en el concepto de inmunidades probatorias —y, por lo tanto, siempre insuficiente—. Sin embargo, es útil para empezar a profundizar en el estudio abstracto y concreto de las inmunidades procesales en materia probatoria en el ordenamiento procesal español.

7. En particular, sobre los deberes legales de secreto y la confidencialidad en el ordenamiento español

Como se acaba de decir, en el ordenamiento procesal civil español la mayoría de las normas procesales que regulan las inmunidades procesales en materia probatoria se remiten al Derecho sustantivo para la determinación de qué información es confidencial y quiénes están obligados a mantenerla en secreto.

Es por ello necesario detenerse a examinar algunos de los deberes *legales* de secreto que se contemplan en el ordenamiento español. Solo de esta forma

podrá articularse el discurso y el análisis general y particular de las inmunidades procesales de exclusión y de protección en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Algo similar pasa en el ámbito penal. El artículo 199 CP tipifica la revelación de los secretos conocidos en el ejercicio de la profesión. Su apartado primero tipifica la revelación de los secretos ajenos por cualquier empresario o trabajador que tenga conocimiento de ellos por razón de su cargo u oficio. Y el apartado segundo tipifica de forma agravada la revelación de secretos ajenos de aquellos profesionales sometidos a una «obligación de sigilo o reserva».

El artículo 199 CP no habla de «deber *legal* de secreto», sino de «obligación». La norma penal no identifica si el origen de esta obligación debe ser legal, reglamentario, deontológico o contractual. Ante esta imprecisión, se ha considerado que el precepto hace referencia a los «confidentes necesarios», que son aquellos sobre los que pesa un deber de secreto establecido por una «norma jurídica estatal de carácter general».⁹² En este subtipo agravado debería, por tanto, incluirse la revelación de cualquier secreto por parte de un profesional con la obligación legal o reglamentaria de confidencialidad.⁹³

En cualquier caso, para delimitar las conductas típicas del artículo 199.2 CP será necesario atender a la consideración de aquello que se considera secreto conforme a la normativa material —que es aquello que integra el bien jurídico protegido por la norma penal—. ⁹⁴

Por *deber legal* de secreto debe entenderse cualquier obligación de sigilo impuesta por una *norma de carácter general* —leyes o reglamentos publicados en un boletín oficial—. En la mayoría de los casos el ordenamiento español impone deberes legales de secreto a distintos sujetos por razón de su profesión. Aunque solo sea usual referirse a los deberes legales de sigilo de los abogados o de los médicos, la realidad es que existen muchos otros sujetos que están sometidos a deberes legales de confidencialidad. Sin ánimo de exhaustividad, corresponde ahora centrarse a examinar algunos de ellos.

92. MORALES PRATS, F., «Comentario del art. 199 CP», *op. cit.*

93. En este sentido, la STS (Sala de lo Penal) núm. 809/2017 de 11 diciembre [ECLI:ES:TS:2017:4727]: «Profesional es, por tanto, quien presta un servicio cuyo desempeño va unido al conocimiento de una información necesaria para el cumplimiento de su función y que queda legalmente obligado a no revelar. El guardar secreto forma parte necesaria del núcleo central de los servicios propios de la profesión que ejerce. Esto es lo que les convierte en «confidentes necesarios». Con la particularidad añadida de que —tal como destaca la doctrina más autorizada— sólo integra la tipicidad del artículo 199.2 CP (la violación de los compromisos de secreto que están legalmente sancionados, sin comprender la simple infracción de deberes éticos Profesionales o deontológicos sin respaldo jurídico obligatorio. Así lo resalta expresamente el precepto al exigir que el Profesional actúe «con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva», lo que reenvía obligadamente a obligaciones respaldadas legal o reglamentariamente».

94. En relación con la consideración de secreto a efectos penales, *vid.* STS (Sala de lo Penal) núm. 809/2017 de 11 diciembre F.J.4 [ECLI:ES:TS:2017:4727].

En general, existen dos tipos de deberes de secreto: absolutos y relativos. En el caso de los *deberes legales absolutos de secreto* la obligación de confidencialidad no cede ante ninguna circunstancia. Los *deberes legales relativos de secreto* son aquellos en los que esta obligación cede ante supuestos determinados como, por ejemplo, el deber de colaborar con la administración de justicia —en el marco de procesos judiciales penales o de cualquier otro—. En cualquier caso, es la *normativa material que regula cada deber legal de secreto* la que fijará sus límites concretos y, con ello, los casos en los que desde una *perspectiva material* es legítimo que el obligado desvele la información o la fuente de prueba que conoce dentro del proceso.

7.1. El deber legal de secreto de los abogados y los procuradores

Conforme al artículo 542 LOPJ, «[l]os abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos». Los abogados tienen así el deber legal de guardar secreto sobre la información que conozcan en el ejercicio de su profesión.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley orgánica 5/2024 del Derecho de Defensa señala que «[t]odas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial» (art. 16.1 LODD). Igualmente, esta ley reconoce el carácter confidencial de las comunicaciones *entre* los abogados de las partes: «[l]as comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, incluso en fase extrajudicial, son confidenciales» (art. 16.2 LODD). Para proteger esta confidencialidad *entre* abogados se regula un supuesto de prueba legalmente prohibida (art. 283.3 LEC), lo que se proyecta en que la revelación de esta información «no podrán hacerse valer en juicio ni tendrán valor probatorio [...] [n]o se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan la anterior prohibición» (art. 16.2 y 3 LODD) (*vid.* cap. IV, apartado 6).

Además de lo anterior, el Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 135/2021) concreta aún más el ámbito objetivo del deber legal de secreto, lo que permite dotar de contenido a los deberes legales de secreto que impone la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Derecho de Defensa.⁹⁵

95. Artículo 21.1 Estatuto de la Abogacía: «La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al Profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación Profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos».

El deber legal de secreto comprende «todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional» (art. 22.1 Estatuto de la Abogacía). Se protege así cualquier tipo de información o fuente de prueba que ha conocido el abogado en condición de tal.

El deber legal pretende en este caso asegurar la confianza y el intercambio de información libre entre el abogado y su cliente y, de este modo, permitir el ejercicio del derecho de defensa (art. 24 CE).

El deber de secreto no incluye aquellas «actuaciones del profesional de la Abogacía distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente» (art. 22.2 del Estatuto de la Abogacía).

Debe pues considerarse dentro del deber de secreto cualquier actuación relacionada con el asesoramiento y la defensa de la posición jurídica de individuos ante órganos jurisdiccionales nacionales o internacionales de cualquier naturaleza, administraciones públicas, así como en el seno de cualquier sistema hetero o autocompositivo de resolución de controversias.⁹⁶ Y quedan fuera de la obligación de secreto actuaciones como la negociación o la celebración de contratos u otros negocios jurídicos en nombre o por cuenta de su cliente.

La delimitación de qué es asesoramiento legal es algo que plantea problemas en la práctica —*v.gr.*, en relación con las investigaciones internas realizadas en el marco de un programa de *compliance* penal—. ⁹⁷

Encajan además dentro del deber legal de secreto las conversaciones mantenidas por cualquier medio entre el abogado y sus clientes, las demás partes procesales y sus abogados (arts. 22.3 y 23 del Estatuto de la Abogacía).

El deber de secreto se mantiene incluso después de que haya terminado por cualquier causa la prestación de los servicios (art. 22.5 del Estatuto de la Abogacía). El abogado, por ello, solo «quedará relevado de este deber sobre aque-

96. Conforme al artículo 4 Estatuto de la Abogacía «Son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma Profesional al *asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral*».

97. VILLAMARÍN LÓPEZ, M., «Confidencialidad en las comunicaciones con los abogados en España» en BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *Investigación penal, secreto Profesional del abogado, empresa y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 137-167.

llo que solo afecte o se refiera a su cliente, siempre que éste le haya autorizado expresamente» (art. 22.6 del Estatuto de la Abogacía).

Por último, y como garantía institucional del deber de secreto, se contempla que el decano o la persona designada por los colegios de abogados asistan a la práctica del registro del despacho profesional o a cualquier otra diligencia de obtención de fuentes de prueba (art. 24 Estatuto de la Abogacía). Esta intervención se realizará a petición del abogado y tendrá como objetivo velar por el respeto del secreto profesional.

La Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establece determinadas prohibiciones de contratación (art. 7.3 Ley 10/2010), obligaciones de no cooperación, de comunicación (art. 18 Ley 10/2010) y de colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo (art. 21 Ley 10/2010). Conforme al artículo 22 Ley 10/2010, los abogados no estarán sometidos a estas obligaciones «con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos». Esta es una medida de refuerzo del deber legal de secreto que reafirma la protección que el ordenamiento jurídico da a la información que se intercambia entre el abogado y su cliente y que ayuda a delimitar qué información debe considerarse protegida.

El incumplimiento del deber legal de secreto en los términos expuestos podrá tener consecuencias civiles (arts. 1101 y 1902 CC), penales (art. 199.2 CP) y disciplinarias [art. 124.f) Estatuto de la Abogacía].

Los procuradores tienen también un deber legal de secreto que les es impuesto por el artículo 39.e) del Estatuto de los Procuradores.⁹⁸ Esta norma de naturaleza reglamentaria, pero de *carácter general*, regula un deber de sigilo. Por su función institucional, este deber debe interpretarse de forma coherente con el del abogado. Cabe por tanto hacer una remisión en bloque a lo dicho anteriormente.

7.2. El deber legal de secreto del personal sanitario

Conforme el artículo 16.6 de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente, «[e]l personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejer-

98. Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

cicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto».⁹⁹ La historia clínica comprende el «conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente» (art. 14 Ley 41/2002) y en ella se incorpora el registro de todos aquellos datos relativos a la salud del paciente (art. 15 Ley 41/2002).

Todos aquellos profesionales sanitarios que accedan a la historia clínica —a título principal, los médicos y los enfermeros— están sometidos a la obligación legal de secreto profesional.

Es también usual que el deber legal de secreto esté impuesto por una norma autonómica de carácter general. Ese es el caso, por poner algún ejemplo, del deber de secreto de los farmacéuticos impuesto por el artículo 6.2.m) de la Ley 13/2022 de la Comunidad de Madrid de ordenación y atención farmacéutica.

El resto del personal sanitario también estará sometido a deberes concretos de confidencialidad cuando sean funcionarios o empleados públicos y presten sus servicios en los centros que integran el Sistema Nacional de Salud (art. 2.3 Ley 55/2003). Según el artículo 19.j) de la Ley 55/2003 del personal estatutario de los servicios de salud, este personal está obligado a «[m]antener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones».

Deben considerarse sometidos a este deber tanto el personal sanitario (art. 6 Ley 55/2003) —*i.e.*, aquellos con un título para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria— como el personal de gestión y de servicios (art. 7 Ley 55/2003).

El incumplimiento del deber legal de secreto en los términos expuestos podrá tener consecuencias civiles (arts. 1101 y 1902 CC), penales (art. 199.2 CP), administrativas —*v.gr.*, art. 51.2.m) Ley 13/2022 de la Comunidad de Madrid— o disciplinarias —*v.gr.*, art. 69.2.f) de los Estatutos del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid—.

7.3. El deber legal de secreto de los auditores de cuentas

Los auditores de cuentas «estarán obligados a mantener el secreto de cuanta información conozcan en el ejercicio de su actividad, no pudiendo hacer uso

99. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

de la misma para finalidades distintas de las de la propia auditoría de cuentas» (art. 31 de la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas.). Se impone este deber al «auditor de cuentas firmante del informe de auditoría, la sociedad de auditoría así como los socios de ésta, los auditores de cuentas designados para realizar auditorías en nombre de la sociedad de auditoría y todas las personas que hayan intervenido en la realización de la auditoría» (art. 31 de la Ley 22/2015). En relación con su ámbito objetivo, este deber legal de secreto incluye cualquier información obtenida en el ejercicio de las funciones propias de la auditoría.¹⁰⁰ Se establece como excepciones o límites a la obligación de confidencialidad el deber del auditor de denunciar infracciones penales y la colaboración en la aplicación del régimen de control establecido en la propia ley (art. 31 de la Ley 22/2015).

El incumplimiento del deber legal de secreto del auditor podrá tener consecuencias en el plano civil (art. 26 Ley 22/2015), penal (art. 199.2 CP) y administrativo [art. 72.d) Ley 22/2015].

7.4. El deber legal de secreto de los sujetos intervinientes en un medio adecuado de resolución de controversias y en el arbitraje

Los medios adecuados de solución de controversias son mecanismos a través de los que las partes consiguen llegar a un acuerdo y disolver un conflicto jurídico entre ellas —esto es, una disputa en torno a unos hechos ocurridos o a los efectos jurídicos que se derivan de ellos— (art. 2 LO 1/2025 de Eficiencia del Servicio Público de Justicia). Para crear un ambiente de confianza óptimo para la resolución del conflicto, la ley impone que el proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo sean confidenciales (art. 9.1 LOEP). La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervinientes en la negociación y, en su caso, a los abogados y los terceros que la faciliten o la promuevan (art. 9.2 LOEP).

La propia Ley orgánica 1/2025 señala que podrá alzarse el deber legal de secreto cuando (i) todas las partes lo hayan permitido de manera expresa y por escrito; (ii) cuando se esté tramitando una solicitud de exoneración o moderación de la condena en costas (art. 245.5 LEC); (iii) cuando sea solicitado por un juez

100. Se entenderá por auditoría de cuentas «la actividad [voluntaria u obligatoria] consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros» (art 1.2 Ley 22/2015). Los deberes de secreto se entienden en el marco del deber de suministro de información que se impone a las entidades auditoras para que se puedan realizar los trabajos de auditoría de cuentas (art. 6 Ley 22/2015).

penal por resolución judicial; o (iv) cuando sea exigible por razones de orden público (art. 9.2 LOEP).

Por su parte, el artículo 9.2 de la Ley orgánica 1/2025 señala que «las partes intervinientes y el tercero neutral *no podrán declarar o aportar documentación* derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje». Por último, debe señalarse que para proteger la confidencialidad del proceso de negociación se regula un supuesto de prueba legalmente prohibida (art. 283.3 LEC): «[e]n caso de que se revele información o se aporte documentación en infracción de lo dispuesto en este artículo, la autoridad judicial la inadmitirá y dispondrá que no se incorpore al expediente» (art. 9.3 LO 1/2025) (*vid.* cap. IV, apartado 6). Con idénticos términos se regula la confidencialidad de la mediación en el artículo 9 de la Ley 5/2012 de Mediación.

El incumplimiento de este deber de confidencialidad podrá tener consecuencias penales (art. 199.2 CP) y civiles (art. 9.3 Ley 5/2012 en relación con los arts. 1101 y 1902 CC).

La Ley orgánica 1/2025 y la Ley de mediación configuran el ámbito objetivo del deber de confidencialidad de manera amplia y general. Sin embargo, es necesario hacer algunas consideraciones para concretar su verdadero alcance.¹⁰¹ Como han señalado VEGAS TORRES y HERRERO PEREZAGUA, debe diferenciarse entre 1) los hechos relativos al conflicto entre las partes y 2) los hechos relativos al propio proceso de mediación.¹⁰²

En relación con los hechos relativos al conflicto, debe considerarse que solo están dentro del ámbito del deber de secreto las fuentes de prueba obtenidas

101. Mucho más precisa es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). Conforme a su artículo 11.1 el deber de reserva se proyecta sobre: «a) la invitación de una de las partes a iniciar un procedimiento de mediación o el hecho de que una de las partes hubiese estado dispuesta a participar en un procedimiento de mediación; b) las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la mediación respecto de un posible arreglo de la controversia; c) las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes durante el procedimiento de mediación; d) las propuestas formuladas por el mediador; e) el hecho de que una de las partes se hubiera declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el mediador; f) cualquier documento preparado únicamente a los efectos del procedimiento de mediación». En todos los casos se trata de hechos sucedidos en la mediación.

102. VEGAS TORRES, J. «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012: mediación y proceso civil» en LÓPEZ SIMÓ, F., *et al.* (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 390-391. En el mismo sentido, 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*, núm. 6, pp. 54-55; TUCHO MORILLO, M., «El difícil equilibrio entre la confidencialidad de los MASC y el derecho a la prueba: una necesaria delimitación a propósito del proyecto de ley de eficiencia procesal» en SÁNCHEZ RUBIO, A. (dir.), *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 287-288; HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Capítulo 2. Los principios vertebradores del nuevo régimen legal» en HERRERO PEREZAGUA, J. F. (dir.), *Soluciones negociadas y eficiencia procesal*, Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 81-86.

en el proceso de mediación o negociación.¹⁰³ Sin embargo, nada impide que las partes aleguen en un posterior proceso judicial —e intenten acreditar a través de otras fuentes o mecanismos (intra)procesales— los hechos relativos al conflicto jurídico en sí mismo considerado. Y ello, incluso, aunque estos hechos los hubiesen conocido en el proceso de mediación. El deber legal de reserva se impone a las fuentes de prueba obtenidas en la mediación. *A sensu contrario*, no deben considerarse en ningún caso dentro de él aquellas fuentes que ya se tenían con carácter previo a la mediación —pese a que hayan sido aportadas a esta por la otra parte—. En otro caso, las partes podrían privilegiar fraudulentamente la fuente de prueba para impedir su aportación en un proceso posterior (*vid.* cap. IV, apartado 7).¹⁰⁴ Como podrá imaginarse, los mayores problemas que plantea esta delimitación en la práctica son los relativos a la prueba de que la información que se desvela era conocida anteriormente.

Ticio vende a Cayo una máquina industrial para la fabricación de cerveza. Después de seis meses de la compra, la máquina empieza a mostrar unos desperfectos —aparentemente ya existentes en el momento de la venta—. Ante esta situación, Cayo inicia un proceso de mediación con Ticio. En él, Ticio se entera de que el día de la compraventa Cayo acudió con un trabajador de su empresa experto en este tipo de máquinas y presenta la valoración por escrito que él realizó sobre el estado del producto.

En el caso de que no se llegue a una solución consensuada en la mediación y deba iniciarse un proceso judicial, Ticio no podrá aportar la valoración por escrito del trabajador de Cayo. Sin embargo, sí podría alegar la presencia de un experto el día de la entrega que podría haber identificado los vicios ocultos alegados.

En relación con los hechos relativos al proceso de mediación o negociación en sí, debe considerarse que están dentro del deber legal de secreto tanto la información como las fuentes de prueba conocidos en él, así como las propuestas de solución del conflicto (art. 9.1 LO 1/2025 y 9.2 Ley 5/2012 de mediación).

En el proceso de mediación, Ticio ofrece a Cayo una sustitución de la máquina industrial por otra contenida en un catálogo. En el caso de que no se llegue a una solución y deba iniciarse un proceso judicial, Cayo no podrá desvelar la propuesta de Ticio ni el catálogo entregado.

Por último, debe señalarse que conforme al artículo 24 LA, «[l]os árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuacio-

103. VEGAS TORRES, J. «Otras modificaciones», *op. cit.*, p. 391.

104. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad», *op. cit.*, pp. 54-55; HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Capítulo 2. Los principios vertebradores del nuevo régimen legal», *op. cit.*, pp. 81-86.

nes arbitrales». Existe, por tanto, un *deber legal de guardar secreto* impuesto a todos los actores que participan en el arbitraje. Como sucede con carácter general en el arbitraje, el ámbito y el contenido de esta obligación podrá ser determinada libremente por las partes (art. 25.1 LA y art. 1255 CC). En cualquier caso, el incumplimiento del deber de confidencialidad podrá también tener consecuencias penales (art. 199.2 CP) y civiles (arts. 1101 o 1902 CC, según los casos).

7.5. El deber legal de secreto de los funcionarios y los empleados públicos

Los funcionarios y empleados públicos tienen el deber legal de guardar secreto sobre la información que conocen en el ejercicio de su cargo. El Estatuto Básico del Empleado Público les impone en su artículo 53.12 como «principio ético» el (genérico) deber de confidencialidad.¹⁰⁵ Su incumplimiento podrá tener consecuencias disciplinarias y penales (art. 417 CP). Además de esto, existen distintas leyes que imponen deberes legales de secreto a empleados públicos en determinadas administraciones públicas o servicios.

Los empleados públicos que conozcan de cualquier dato fiscal a través de la Administración Tributaria «estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos» (art. 95.3 LGT). Este deber legal de secreto solo cede, entre otros casos, para colaborar con la investigación y la persecución de delitos [art. 95.1. a) LGT] o en la ejecución de resoluciones judiciales firmes [art. 95.1.b) LGT]. La existencia de un proceso declarativo civil no es, *a sensu contrario*, una causa legal que excepcione el deber de confidencialidad.

Los funcionarios de la Agencia Española de Protección de Datos que lleven a cabo actividades de investigación «estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan con ocasión de dicho ejercicio, incluso después de haber cesado en él» (art. 51.4 LO 3/2018).¹⁰⁶

Un deber legal de secreto similar existe respecto de las personas que prestan o han prestado sus servicios en el Banco de España. Conforme al artículo 82.2 de la Ley 10/2014, «[t]odas las personas que desempeñen o hayan desempeñado

105. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: «Artículo 53. Principios éticos. [...] [los empleados públicos] [g]uardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público».

106. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

una actividad para el Banco de España y hayan tenido conocimiento de datos, documentos e informaciones de carácter reservado están obligadas a guardar secreto sobre los mismos. Estas personas no podrán prestar declaración ni testimonio ni publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo autorización expresa del órgano competente del Banco de España».¹⁰⁷ En determinados casos se exceptúa este deber legal de secreto: cuando la divulgación es autorizada por el interesado [art. 82.3.a) Ley 10/2014]; cuando la información es requerida por un tribunal en un proceso *penal* [art. 82.3.c) Ley 10/2014]; en procesos mercantiles derivados de un concurso o una liquidación forzosa de una entidad de crédito [art. 82.3.d) Ley 10/2014]; y en procesos administrativos o jurisdiccionales interpuestos contra resoluciones administrativas en materia de ordenación bancaria [art. 82.3.e) Ley 10/2014]. Es de interés señalar que aquellas autoridades, personas o entidades que excepcionalmente reciban información del Banco de España en los casos permitidos estarán también sometidas al mismo deber legal de secreto [art. 82.4 Ley 10/2014]. No se contempla así de manera general la colaboración con la justicia civil como una excepción al deber de secreto.

Igualmente, conforme al artículo 248.3 de la Ley del Mercado de Valores, «las personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para la Comisión Nacional del Mercado de Valores y hayan tenido conocimiento de datos de carácter reservado están obligadas a guardar secreto». Por ello, los obligados a mantener la confidencialidad «no podrán prestar declaración ni testimonio, ni publicar, comunicar, exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio» (art. 248.3 LMV). Este deber cede cuando la revelación es permitida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 248.3 LMV) o por el interesado [art. 248.4.a) LMV]. Se exceptúa asimismo este deber legal de secreto cuando la información es requerida «en un juicio civil, si bien en este último caso la obligación de secreto se mantendrá en todo lo relativo a las exigencias prudenciales de una empresa de servicios de inversión» [art. 248.4.c) LMV].

También tienen un deber legal de secreto todas las personas «que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o para cualquiera de sus órganos y hayan tenido conocimiento de sus actuaciones o de datos de carácter reservado» (art. 49.1 Ley 10/2010).¹⁰⁸ En este caso sí se establece como excepción a este deber legal de secreto «[l]a aportación de información a requerimiento del

107. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

108. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Ministerio Fiscal y de las autoridades judiciales o administrativas que, en virtud de lo establecido en normas con rango de ley, estén facultadas a tales efectos». Ante la falta de distinción en la norma, debe entenderse dentro de estos supuestos excepcionales la colaboración con los tribunales civiles.

En el mismo sentido, el artículo 28.2 de la Ley 3/2013 sobre la CNMC señala el carácter confidencial de la información por ella obtenida. A pesar de ello, se establece como excepción a este deber de secreto la colaboración con los tribunales en los procesos judiciales.¹⁰⁹

De especial interés es el deber de secreto de los funcionarios que prestan sus servicios en la administración de justicia. Conforme al artículo 497 LOPJ, estos deben «[m]antener sigilo de los asuntos que conozcan por razón de sus cargos o funciones y no hacer *uso indebido de la información* obtenida así como guardar secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente». Por el tenor literal de la norma, puede entenderse que la colaboración con la administración de justicia es un supuesto que excepciona este deber de sigilo —i.e., es un uso debido de la información—.

En el ámbito de la Unión Europea el artículo 339 del TFUE señala que los miembros de las instituciones y comités, así como los funcionarios y agentes de la Unión «estarán obligados, incluso después de haber cesado en sus cargos, a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes». Aunque se está ante una norma abierta, debe considerarse que el ámbito objetivo del deber de secreto está constituido por la información que puede ser calificada como secreto empresarial y por aquella otra que (simplemente) tiene la consideración de información confidencial (*vid.* cap. III, apartado 7.13).

7.6. El deber legal de secreto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen el deber de secreto profesional en el ejercicio de sus funciones. Además de su sujeción a la legislación general sobre secretos de Estado y materias clasificadas, los guardias civiles tienen «el deber de guardar secreto profesional y el debido sigilo respecto de aquellos hechos o informaciones no clasificadas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones» (art. 19 de la LO

109. Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

11/2007).¹¹⁰ Los miembros de la Policía Nacional tienen del mismo modo el deber legal de «mantener el secreto profesional en relación con los asuntos que conozcan por razón de sus cargos o funciones y no hacer uso indebido de la información obtenida» (art. 9 de la LO 9/2015).¹¹¹ El deber legal de secreto de estos dos cuerpos incluye, por tanto, cualquier tipo de información que se haya conocido en el ejercicio del cargo —y ello con independencia de su naturaleza secreta o confidencial—.

Los militares tienen también el deber legal de guardar la «debida discreción sobre hechos o datos no clasificados relativos al servicio de los que haya[n] tenido conocimiento por su cargo o función, sin que pueda[n] difundirlos por ningún medio» (art. 21 LO 9/2011).¹¹²

7.7. Los secretos de Estado y la información clasificada

Existe un deber legal de no revelar secretos de Estado o información reservada (arts. 8 y 13 de la Ley 9/1968 sobre Secretos Oficiales).¹¹³ Este deber es predicable respecto de cualquier individuo, entidad pública o privada que tenga un conocimiento lícito o accidental de cualquier información o fuente de prueba que pueda incluirse dentro de la definición legal de secreto, información reservada o que administrativamente haya sido clasificada como tal.

El deber legal de secreto se impone a cualquier persona que preste sus servicios en una administración o entidad de Derecho público, en especial aquellos individuos que realizan alguna actividad en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o la Defensa Nacional. No será inusual que individuos o entidades privadas también tengan acceso lícito o accidental a estos secretos. Piénsese, por ejemplo, en aquellas empresas privadas relacionadas con la industria militar, espacial o de la energía nuclear. En definitiva, cualquier persona que tenga conocimiento de información clasificada o secreta «está obligada a mantener el secreto» (art. 9 Ley 9/1968).

El (fallido) Anteproyecto de Ley de Información Clasificada elaborado por el Gobierno en la XIV legislatura pretendía regular una habilitación de seguridad de

110. Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

111. Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

112. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

113. Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. La ley se desarrolla reglamentariamente a través del Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre Secretos Oficiales.

empresa y de establecimiento. A través de ella seificaría y permitiría el acceso a información secreta a cualquier persona física o jurídica que participe en una licitación, programa o proyecto del sector público. En ese caso, el deber de confidencialidad se ampliaba a ellas.

El incumplimiento de este deber de secreto podrá tener consecuencias penales (art. 413 *et seq.* y 598 *et seq.* CP) y disciplinarias para el empleado público.

7.8. El deber legal de secreto de los detectives privados

La Ley 5/2014 de Seguridad Privada permite que los detectives privados lleven a cabo servicios de investigación privada. Entre la información y las fuentes de prueba que estos pueden obtener están las relativas «al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados» [art. 48.1.a) de la Ley 5/2014].¹¹⁴

En ningún caso podrá investigarse la vida íntima de las personas «que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos» (art. 48.3 de la Ley 5/2014).

El servicio prestado por los detectives privados puede considerarse así un mecanismo legítimo (extraprocesal) para obtener fuentes de prueba con el fin de preparar el ejercicio de una acción civil. Por ello, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la aportación de los informes de los detectives legalmente habilitados como un documento relativo al fondo del asunto que debe incorporarse al proceso con la demanda (art. 265.1.5 LEC).

Ticio tiene derecho a que Cayo le pague una pensión mensual de 500€ en concepto de alimentos (art. 143 CC). Para poder calcular y pretender la condena al pago de una cantidad de dinero para su manutención, Ticio deberá poder conocer el caudal y los medios económicos de Cayo (art. 146 CC). Para ello puede contratar los servicios de un detective privado.

114. Además, se permite la realización de averiguaciones relacionadas con «b) La obtención de información tendente a garantizar el normal desarrollo de las actividades que tengan lugar en ferias, hoteles, exposiciones, espectáculos, certámenes, convenciones, grandes superficies comerciales, locales públicos de gran concurrencia o ámbitos análogos. c) La realización de averiguaciones y la obtención de información y pruebas relativas a delitos sólo perseguibles a instancia de parte por encargo de los sujetos legitimados en el proceso penal» [48.1.a) Ley 5/2014].

En el desempeño de sus funciones «[l]os detectives privados están obligados a guardar reserva sobre las investigaciones que realicen, y no podrán facilitar datos o informaciones sobre éstas más que a las personas que se las encomendaron y a los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones». En relación con este último supuesto, «[s]ólo mediante requerimiento judicial o solicitud policial relacionada con el ejercicio de sus funciones en el curso de una *investigación criminal o de un procedimiento sancionador* se podrá acceder al contenido de las investigaciones realizadas por los detectives privados» (art. 50 Ley 5/2014).

Se exceptúa así el deber legal de secreto del detective (solo) en el caso de que exista un requerimiento judicial o policial relacionado con un procedimiento penal o administrativo sancionador.¹¹⁵

7.9. El deber legal de secreto de las entidades de crédito: el llamado secreto bancario

Las entidades bancarias y aquellos que prestan sus servicios en ellas tienen también un deber de reserva. En concreto se les impone la obligación de «guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes» (art. 83 Ley 10/2014 de entidades de crédito).

Este deber de secreto se exceptúa en los casos en que la información sea requerida por las autoridades de supervisión del sistema financiero o en el marco del cumplimiento de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (art. 83.2 Ley 10/2014). No existe ninguna excepción relativa al requerimiento de información por parte de un tribunal civil.

Es evidente que los bancos tienen un deber de colaboración con la administración de justicia que es especialmente útil y necesario en el proceso de ejecución (arts. 17.1 LOPJ y 591 LEC). Además, es claro que los titulares de la cuenta y determinadas personas con un interés legítimo —*v.gr.*, los herederos— pueden tener un derecho (material) a exigir la aportación de información bancaria. Sin embargo, y desde la perspectiva que ahora interesa, el deber legal de secreto de las entidades bancarias tal como está regulado permite integrarse en las normas que reconocen inmunidades procesales de exclusión cuando se tiene un deber legal de sigilo.

115. Para profundizar en el estatuto jurídico de los detectives privados en la Ley 5/2014 *vid.* VÁZQUEZ GARRANZO, F. y TEROL GÓMEZ, R., en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) *et al.*, *Comentario a la Ley de seguridad privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 269-274, 313-319.

Pese a lo anterior, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado que la existencia de una norma nacional que impida de forma ilimitada e incondicional la entrega de información o de fuentes de prueba a un proceso civil con base en el secreto bancario es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) y a la efectividad del Derecho europeo —en el caso concreto, de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual— [STJUE *Coty Germany* (Asunto C-580/13)]. En este caso, por tanto, el principio de efectividad de la Directiva 2004/48/CE y de supremacía del Derecho de la UE provocaría la inaplicación de la norma nacional que permite en cada caso negarse a presentar la información que el banco tiene el deber de mantener en secreto [STJUE (Gran Sala) *Minister for Justice and Equality* (C-378/17)].

El incumplimiento de este deber legal de reserva tendrá consecuencias civiles (arts. 1101 y 1902 CC), penales (art. 197 *et seq.* CP) y administrativas (art. 83.4 Ley 10/2014).

7.10. El deber legal de secreto de los responsables del tratamiento de datos personales

Conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales «los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad».¹¹⁶ Este deber legal de confidencialidad se mantendrá «aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento» (art. 5.3 LO 3/2018).

El tratamiento de datos personales es «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción» [art. 3.2 Reglamento general de protección de datos (RGPD)].¹¹⁷ Debe así llamarse la atención de que la mera consulta de datos personales se considera un tratamiento y, por tanto, está sometida al deber de confidencialidad.

El incumplimiento de este deber legal de confidencialidad podrá tener consecuencias civiles (arts. 9.2 LO 1/1982, 1101 y 1902 CC), penales (arts. 197.2 *et seq.* CP) y administrativas [art. 72.1.i) LO 3/2018].

116. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

117. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

La normativa reguladora de la protección de los datos personales especifica los casos en los que es lícito el tratamiento —y, con ello, actividades como su consulta, utilización o transmisión—. Además de por contar con el consentimiento de su titular, el tratamiento puede ser lícito cuando se lleve a cabo en «cumplimiento de una obligación legal» [art. 6.1.c) RGPD]; en «el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos» [art. 6.1.e) RGPD]; y, en general, «para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero» [art. 6.1.f) RGPD].

Estas excepciones se concretan en la LO 3/2018. Conforme a esta, «[e]l tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable [...] cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley» (art. 8.1 LO 3/2018). Además, «[e]l tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable [...] cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley» (art. 8.3 LO 3/2018).

En este marco, puede considerarse que la revelación de datos personales por las partes procesales o los testigos es lícita. En el primer caso se realizará sobre la base de un interés legítimo —el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)—.¹¹⁸ En el segundo, sobre la base del cumplimiento de una obligación legal —la obligación legal de declarar, de decir la verdad y colaborar con la administración de justicia (art. 118 CE) (*vid. cap. V, apartado 1*)—.

Debe recordarse que el tratamiento de protección de datos en el orden penal está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento europeo de protección de datos. Su regulación específica se encuentra en la Directiva (UE) 2016/680¹¹⁹ y, su norma de transposición, la LO 7/2021.¹²⁰

El Tribunal de Justicia de la UE también ha señalado en el marco de procesos civiles que la protección de datos personales no puede suponer un límite abso-

118. Conforme al artículo 6.1.f) del Reglamento de protección de datos, es lícito el tratamiento cuando «es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, *siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales*». En este marco, y dando por hecho que se han obtenido lícitamente, la licitud del uso de datos personales por las partes dependerá de un juicio de ponderación. Por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho o el interés material cuya tutela se pretende. Y, por el otro, el derecho a la protección de los datos personales de la otra parte o los terceros.

119. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

120. Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

luto para el acceso a información y a fuentes de prueba [SSTJUE C- *Promusicae* (C-275/06)¹²¹, M.I.C.M. (C-597/19)¹²², *Bastei Lübbe* (Asunto C-149/17)¹²³ y *Coty Germany* (C-580/13), *Dun & Bradstreet Austria* (C-203/22)¹²⁴].¹²⁵ Con todo, la

121. STJUE (Gran Sala) *Promusicae* (Asunto C-275/06): «65. De esta forma, la presente petición de decisión prejudicial plantea la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho al respeto de la intimidad y, por otra parte, los derechos a la protección de la propiedad y a la tutela judicial efectiva [...] 68. Siendo esto así, corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las Directivas citadas, procurar basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias Lindqvist, antes citada, apartado 87, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros, C-305/05, Rec. p. I-0000, apartado 28)».

122. STJUE M.I.C.M. (Asunto C-597/19) [ECLI:EU:C:2021:492]: «108. [...] procede considerar que el interés del responsable del tratamiento o de un tercero en obtener un dato personal relativo a una persona que supuestamente ha causado un daño a un bien de su propiedad para demandarla por daños y perjuicios constituye un interés legítimo [...] 111. Por último, en cuanto al requisito de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, este dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate (sentencia de 4 de mayo de 2017, *Rīgas satiksme*, C-13/16, EU:C:2017:336, apartado 31 y jurisprudencia citada). Corresponde al tribunal remitente apreciar estas circunstancias particulares».

123. STJUE *Bastei Lübbe* (Asunto C-149/17) [ECLI:EU:C:2018:841]: «44. Así pues, la presente petición de decisión prejudicial suscita la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad intelectual y, por otra parte, el derecho al respeto de la vida privada y familiar (véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, apartado 33) [...] 51. Pues bien, ha lugar a considerar que si, en situaciones como la que es objeto del litigio principal, la normativa nacional, tal como la interpretan los tribunales nacionales competentes, tiene por efecto impedir que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una acción de responsabilidad exija, a instancia del demandante, la producción y la obtención de elementos de prueba relativos a los miembros de la familia de la parte contraria, ello imposibilita demostrar que se ha producido la infracción de los derechos de autor denunciada, así como identificar a su autor, y, por consiguiente se produce una vulneración caracterizada de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de propiedad intelectual, de que disfruta el titular de los derechos de autor, y, por tanto, no se cumple el requisito consistente en garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales de que se trata (véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, apartado 41)».

124. STJUE *Dun & Bradstreet Austria* (C-203/22): «68. A este respecto, es menester recordar que, en virtud del considerando 4 del RGPD, el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. Por ello, el RGPD respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos por la Carta, consagrados en los Tratados [sentencia de 26 de octubre de 2023, *FT* (Copias de la historia clínica), C-307/22, EU:C:2023:811, apartado 59 y jurisprudencia citada]».

125. STJUE *Coty Germany* (Asunto C-580/13) [ECLI:EU:C:2015:485]: «29. El derecho de información que supuestamente asiste al demandante en el contexto de un procedimiento relativo a una violación de su derecho de propiedad tiene pues por objeto, en el ámbito de que se trata, hacer aplicable y concretar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta y garantizar de ese modo el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la propiedad, del que forma parte el derecho de propiedad intelectual protegido en el artículo 17, apartado 2, de aquélla [...] 41. Se desprende de lo anterior que una disposición nacional como la que es objeto del procedimiento principal, aisladamente considerada, entraña una vulneración sustancial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, del derecho fundamental a la propiedad intelectual, de los que gozan los titulares de tales derechos, y que, por lo tanto, no respeta el requisito consistente en garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales ponderados en el artículo 8 de la Directiva 2004/48». En relación con ello, *vid.* MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*; MASSAGUER, K., *Acciones y procesos*, *op. cit.*, pp. 229-230.

protección de datos personales será uno (más) de los elementos que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta para valorar la pertinencia y la proporcionalidad de todas las medidas de acceso a fuentes de prueba —*v.gr.*, art. 283 bis a).3.c) LEC— (*vid.* cap. VII, apartados 3, 4 y 5).

En definitiva, el deber legal de secreto que nace del tratamiento de los datos personales no opera como regla general cuando este está referido a un proceso judicial civil.

7.11. El deber de secreto profesional de los agentes de la propiedad industrial

Los agentes de la propiedad industrial son aquellas «personas legalmente habilitadas que como profesionales liberales ofrecen y prestan habitualmente sus servicios para asesorar, asistir y representar a terceros en la obtención de las diversas modalidades de Propiedad Industrial y en la defensa ante la Oficina Española de Patentes y Marcas» (art. 176.1 LP).

Conforme a la Ley de Patentes, los agentes «estarán obligados a mantener la confidencialidad de los asuntos en los que intervengan y tendrán derecho a negarse a divulgar las comunicaciones intercambiadas con sus clientes o con terceras personas relativas a los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas» (art. 176.5 LP). En especial, estarán obligados a mantener el deber de secreto respecto de la patentabilidad de la invención o la posibilidad de inscribir el título [art. 176.5 a) LP]; la información y las fuentes de prueba relacionadas con la preparación de una solicitud de concesión [art. 176.5 b) LP]; y cualquier opinión relativa a la validez, el alcance de protección o la infracción del título [art. 176.5 c) LP].

El deber legal de secreto de los agentes se extiende también a los representantes de las partes que no tengan la condición de agentes de la propiedad industrial (art. 176.6 LP).

7.12. Los deberes legales de secreto sobre información incorporada a un proceso civil

Existen algunas normas —incorporadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en otras especiales— que imponen deberes legales de secreto respecto de información o fuentes de prueba que se han conocido u obtenido en un proceso determinado.

El artículo 15.1 LSE impone un deber legal de secreto sobre la información que el juez ha declarado confidencial en un proceso civil por poder ser considerada un secreto empresarial. Este deber legal se impone a las partes, a sus abogados y procuradores, al personal de la administración de justicia, los peritos, los testigos y cualquier otra persona que tenga acceso a él. La obligación legal seguirá «incluso tras la conclusión del procedimiento, salvo que por sentencia firme se concluya que la información en cuestión no constituye secreto empresarial o, con el tiempo, pase a ser de conocimiento general o fácilmente accesible en los círculos en que normalmente se utilice» (art. 15.1 LSE).¹²⁶

El incumplimiento de este deber legal tendrá consecuencias (intra)procesales (art. 16 LSE o 247 LEC), materiales (art. 9 LSE) y penales (art. 279 CP) —estas últimas, que tendrán que hacerse valer en un posterior proceso civil o penal—.

Es posible que las fuentes a las que se pretende tener acceso en los procedimientos de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia contengan información confidencial. En esos casos, el tribunal puede proteger la información confidencial limitando el número de personas que tienen acceso a ella, imponiéndoles el deber de mantenerla en secreto [art. 283 *bis* b).6ª LEC]. En este caso también debe considerarse que nace una obligación legal de secreto que tiene su fundamento en la ley y en la decisión judicial. Su incumplimiento también tendrá consecuencias (intra)procesales (art. 247 LEC), civiles (art. 9 LSE o art. 1902 CC) y penales (art. 279 CP) —estas últimas, que también tendrán que hacerse valer en un posterior proceso civil o penal—.

7.13. Sobre la confidencialidad de la información en el ordenamiento español

La consideración de que la información o la fuente de prueba es confidencial o reservada es otra de las cláusulas generales que se utilizan en el ordenamiento para integrar el contenido de inmunidades procesales de protección y de exclusión (*vid.* cap. III, apartado 4): así lo hacen, por ejemplo, los artículos 259.3 y.4, 283 *bis* a).3.c), 283 *bis* b), 283 *bis* k) o 328.3 LEC.

En primer lugar, puede considerarse confidencial o reservada aquella información que es declarada como tal por una norma de *carácter general*: información clasificada o un secreto de Estado (Ley 9/1968), los datos médicos que obran en la historia clínica (art. 7 Ley 41/2002) o los secretos empresariales (art. 1 LSE).

126. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las medidas para la protección de los secretos empresariales en el proceso civil: El problema de su efectividad», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 10, 2024, pp. 9-58.

El secreto empresarial es cualquier información o conocimiento tecnológico, científico, industrial, comercial organizativo o financiero que sea secreto —por no ser generalmente conocido—, tenga valor comercial y sea protegido a través de la adopción de distintas medidas por su titular para mantenerlo en secreto (art. 1 LSE). Cabe por ello hacer una remisión en bloque a la Ley de Secretos Empresariales para la determinación de aquello que se considera secreto empresarial.

Es importante subrayar que *todo secreto empresarial es o incorpora información confidencial, pero no toda la información confidencial es un secreto empresarial*. Por ello, es oportuno plantearse si el ordenamiento protege a través de las inmunidades procesales otro tipo de información que tenga carácter reservado, aunque no haya sido declarada expresamente como tal por una norma general ni constituya un secreto empresarial.

Desde una perspectiva técnica, y como sostiene MASSAGUER, debe considerarse *confidencial* toda información que no es generalmente conocida, que su titular considera reservada por tener algún valor y respecto de la que, por ello, adopta medidas materiales o jurídicas de protección que impiden su apropiación o su toma de conocimiento por parte de terceros.¹²⁷ La calificación de la información depende así de criterios subjetivos y objetivos: que la información (i) sea conocida por un número limitado de personas, (ii) que tenga un valor para el titular, (iii) y que se adopten medidas de protección.¹²⁸

En relación con ello es de especial interés la Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la información confidencial (2020/C 242/01) que también ofrece algunos elementos para identificar qué tipo de información puede calificarse de confidencial. En especial, la información que «i) es conocida solamente por un número limitado de personas, y ii) su exhibición puede causar un perjuicio grave a la persona que la facilitó o a terceros, y iii) los intereses que la exhibición de información confidencial puede lesionar son objetivamente dignos de protección».¹²⁹ Y se considera que puede causarse un perjuicio en el tercero

127. MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

128. Puede considerarse que la información es conocida por un número limitado de personas cuando, como se sostiene en materia de secretos empresariales: «los interesados en disponer de ella, que la nueva ley califica de “personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión”, no tienen conocimiento en general de dicha información, ya sea de su totalidad o de una parte esencial, ya sea del resultado de la interacción de sus partes» [STS 1442/2023 de 20 de octubre del 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4411)]. En el mismo sentido la STS 447/2024 de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1794).

129. Comunicación de la Comisión Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE [2020/C 242/01], párr., 20; PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías», *op. cit.*, p. 320.

cuando se procede «la exhibición de información que tiene valor comercial, financiero o estratégica».¹³⁰

En relación con esto, y teniendo presente el conflicto de derechos e intereses que subyace a cada inmunidad procesal, el juez deberá valorar si la información que su titular considera reservada y respecto de la que ha adoptado medidas objetivas de protección es merecedora de tutela. Y lo será cuando tenga para el individuo un valor económico (art. 33.1 CE), afectivo o moral (art. 18.1 CE) o, simplemente, cuando la voluntad exclusión del conocimiento general suponga un acto de autodeterminación personal (art. 10.1 CE).

El propio Protocolo de protección del secreto empresarial de los juzgados mercantiles del Tribunal Mercantil de Barcelona señala que las medidas procesales propuestas son aplicables para la protección de los secretos empresariales, pero que también «podrían ser aplicables en un sentido más amplio cuando la información pueda ser considerada confidencial, en aplicación de una normativa distinta».¹³¹ Es pues constante la equiparación en la protección, aunque también la diferenciación conceptual entre el secreto empresarial y la información confidencial. Una correcta aplicación de las inmunidades procesales pasa, a su vez, por una adecuada delimitación de qué debe y no debe considerarse información (meramente) confidencial.

En cualquier caso, será necesario un examen de la norma que reconoce la inmunidad procesal y de su técnica regulatoria para determinar su ámbito objetivo de protección y su contenido (*vid.* cap. III, apartado 4). Solo así podrá aclararse caso por caso si la información confidencial protegida contractualmente justifica la activación de un privilegio probatorio.

8. Las inmunidades procesales y la autonomía de la voluntad en el proceso civil

Por último, es de interés examinar en esta parte general la relación que existe entre las inmunidades procesales y la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Con ello se pretende determinar en qué medida las partes pueden crear o activar contractualmente privilegios probatorios.

130. Comunicación de la Comisión Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE [2020/C 242/01], párrs. 21-24.

131. Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles de la Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es].

8.1. La (in)disponibilidad de las inmunidades procesales

Las inmunidades procesales deben estar reconocidas legalmente por el ordenamiento procesal (art. 1 LEC).¹³² Este reconocimiento puede ser expreso o implícito pero, en cualquier caso, debe tener un apoyo en el ordenamiento positivo. Las inmunidades procesales no pueden ser objeto de disposición por las partes en sentido técnico, pues no existe ningún poder de disposición sobre ellas. El poder de la autonomía de la voluntad se limita a que su titular decida si ejercita o no las inmunidades reconocidas en abstracto por la norma.

Como es conocido, en el ordenamiento procesal existen normas imperativas y dispositivas.¹³³ Las normas procesales dispositivas autorizan a los sujetos a influir en la situación procesal que se deriva de la norma, dotando de este modo de eficacia jurídico-procesal a la autonomía de la voluntad.¹³⁴ En los ordenamientos procesales rige el principio de legalidad (art. 1 LEC). Y por ello, solamente cuando la propia norma procesal otorgue eficacia jurídica a la autonomía de la voluntad para influir en la ordenación del proceso o en la actuación del tribunal serán válidos y eficaces estos negocios procesales. Así pues, solo cuando la norma procesal que reconoce las inmunidades procesales incorpore expresa o implícitamente tal carácter dispositivo, las partes podrán renunciar a ellas excluyendo la aplicación de la ley (art. 6.2 CC) o crear nuevos privilegios probatorios (art. 1255 CC en relación con la norma procesal que contemple tal posibilidad).

En el ordenamiento español las partes no pueden disponer de la inmunidad procesal como poder jurídico reconocido legalmente, pero sí pueden decidir si la ejercitan o no dentro del proceso. El ejercicio de la inmunidad procesal se articula a través de un *acto procesal* por el que su titular se niega a aportar la información o la fuente de prueba que la otra parte o el tribunal le requieren. Su ejercicio supone, por ello, un *acto voluntario y externo*. Desde esta perspectiva, las partes podrían obligarse a no ejercitar la inmunidad procesal —y, con ello, estarían renunciando a ellas en sentido impropio—.

132. ROSENBERG, et al., *Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 684; AHRENS, H. J., *Der Beweis*, op. cit., p. 796; BAUMGÄRTEL, et al., *Handbuch der Beweislast*, op. cit., p. 61.

133. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*, op. cit., pp. 148-150; BULÖW, O., «Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung», AcP, núm. 64, 1881, pp. 1-109; HELLWIG, H. J., *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968, p. 82; NIESE, W., *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Universitätsverlag von Rober Noske, Borna-Leipzig, 1930, pp. 63-70; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen in Zivilprozess*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1935, pp. 50-53; FABBÍ, A., «New «Sources» of Civil Procedure Law: First Notes of a Study» en CADIET, L., HESS, B., REQUEJO ISIDRO, M. (eds.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 79-80. Notas al pie 33 y 34; DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, 2ª ed., JusPodivm, Salvador da Bahia, 2018, pp. 109-112, 122-126.

134. STEIN-JONAS/KERN «vor §128», Rn. 330-335.

En definitiva, la inmunidad procesal es un poder jurídico reconocido legalmente por el ordenamiento procesal que está fuera de todo poder de disposición de los justiciables (art. 1 LEC). Por ello, en principio es imposible crear contractualmente inmunidades procesales.

8.2. Las obligaciones contractuales de secreto: la confidencialidad y los secretos empresariales

La obligación de mantener en secreto determinada información puede tener su origen en la ley o en la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC). En relación con esta última fuente, el pacto de confidencialidad es aquel contrato atípico a través del que las partes se obligan materialmente a mantener en secreto o a no desvelar a determinadas personas cierta información. De este contrato material nacen obligaciones de no hacer frente a cuyo incumplimiento se podrán ejercitar los remedios contractuales típicos (art. 1124 CC).

Como se verá, la mayoría de las inmunidades procesales de exclusión reconocidas en la LEC protegen la información declarada confidencial por una *norma legal con eficacia general* (vid. cap. V). Por ello, y tal como actualmente están reguladas en la LEC, no es posible proteger con las inmunidades procesales de exclusión información que se tiene la obligación *contractual* de mantener en secreto.

Sin embargo, y como también se verá, varias inmunidades procesales de protección tienen como objeto tutelar secretos empresariales e información (meramente) confidencial (vid. cap. VII). Y por información confidencial debe entenderse toda información que no es generalmente conocida, que su titular considera reservada por tener algún valor y respecto de la que, por ello, adopta medidas materiales o jurídicas de protección que impiden su apropiación o su toma de conocimiento por parte de terceros (vid. cap. III, apartado 7.13).¹³⁵

Desde esta perspectiva, las partes podrían a través de estos pactos dar a determinada información valiosa la consideración de confidencial si con ello impiden que sea conocida.¹³⁶ De ese modo, aunque no puedan crear contractual-

135. MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

136. Y como se ha dicho, puede considerarse que la información es conocida por un número limitado de personas cuando, como se sostiene en materia de secretos empresariales: «los interesados en disponer de ella, que la nueva ley califica de «personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión», no tienen conocimiento en general de dicha información, ya sea de su totalidad o de una parte esencial, ya sea del resultado de la interacción de sus partes» [STS 1442/2023 de 20 de octubre del 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4411)]. En el mismo sentido la STS 447/2024 de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1794).

mente inmunidades procesales de protección —que son reconocidas (solo) por la norma procesal—, *sí que pueden dar contractualmente a la información la cualidad de confidencial que en algunos casos es protegida por el ordenamiento*. El contenido de la protección y sus efectos dependerá de la concreta norma procesal que proteja esta información confidencial. De este modo, indirecta y mediatamente, las partes pueden por vía contractual activar privilegios probatorios.

Las partes podrán también crear secretos empresariales si adoptan medidas razonables para mantener en secreto información tecnológica, científica, industrial, comercial u organizativa que tiene valor empresarial (art. 1 LSE). En este marco, la incorporación de obligaciones contractuales de confidencialidad es una de las medidas jurídicas más importantes para justificar que la información se considera y mantiene en secreto.¹³⁷

Información como el *know-how* de una empresa, fórmulas químicas, investigaciones en desarrollo, estrategias y planes de negocio, información sobre clientes o proveedores, fuentes de financiación, entre muchas otras, pueden considerarse secretos empresariales.¹³⁸ Es por ello amplia la protección que en abstracto otorga el secreto empresarial como título de propiedad industrial.

Con base en lo anterior, aunque no puedan crear contractualmente inmunidades procesales —que son reconocidas (solo) por la norma procesal—, las partes sí que pueden dar a la información la consideración sustantiva de secreto empresarial. La imposición de obligaciones contractuales de sigilo supone una medida razonable por parte de su titular para mantener en secreto la información [art. 1.1.c) LSE]. Las partes podrán así influir en la protección (intra)procesal de la información activando privilegios probatorios (*vid.* cap. VII, apartado 5).

8.3. Los contratos procesales sobre la fijación de los hechos

Los *contratos procesales sobre la fijación de los hechos* son contratos obligatorios a través de los que las partes se obligan a llevar a cabo o no cualquier actuación procesal relacionada con la alegación y la fijación de los hechos.¹³⁹ Entre ellos se incluyen los *contratos procesales sobre los medios de prueba*, a

137. En relación con ello, *vid.* la STS 447/2024 de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1794).

138. STS 447/2024 de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1794) o STS 254/2020 de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1568); Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles, *op. cit.*, p. 2.

139. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, p. 273.

través de los que las partes se obligan a aportar o proponer —o a no hacerlo— determinada información o prueba en el proceso.¹⁴⁰

El contrato procesal por su objeto supondrá una disposición contractual del derecho de defensa (art. 24.1 CE) cuando a través de él se regulen las posibilidades de alegación y de prueba de los *hechos fundamentales* de la acción o la excepción que se ejercitan. Por ello, será exigible una autonomía de la voluntad reforzada que legitime la disposición contractual del ejercicio del derecho fundamental.¹⁴¹

A través de los contratos procesales sobre la fijación de los hechos las partes pueden diseñar estructuras contractuales para excluir que determinada información o fuente de prueba ingrese al proceso.¹⁴² De este modo, suponen un instrumento mediante el que puede encauzarse la autonomía de la voluntad para lograr indirectamente —y por vía contractual— el mismo efecto que una inmunidad procesal de exclusión.

140. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*, op. cit., pp. 290-294.

141. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*, op. cit., pp. 144-153.

142. MÜLLER, C., H., *Beweisverbot un Sachvortragsverbot*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 251-257.

Capítulo IV | Las inmunidades procesales de exclusión: aspectos generales

Las inmunidades procesales de exclusión son aquellas que autorizan a su titular a negarse justificadamente a aportar información o fuentes de prueba que le son requeridas por la otra parte o por el tribunal. Corresponde ahora centrarse en su estudio.

En primer lugar, se abordarán aspectos generales que permitan construir una suerte de teoría general de las inmunidades procesales de exclusión —una de las especies del género ya introducido—. En segundo lugar, se examinarán las inmunidades de exclusión reconocidas en el ordenamiento procesal español.

1. Reconocimiento legal y fundamento

El principio de legalidad procesal impone que el derecho a negarse a aportar información o fuentes de prueba esté reconocido implícita o explícitamente en una norma procesal —i.e., una norma de la que se deriven efectos procesales, esté contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en otra ley especial— (art. 1 LEC).¹⁴³

El fundamento de las inmunidades de exclusión está en la ya señalada protección de la intimidad de las personas, la creación de espacios protegidos para el ejercicio de derechos fundamentales o la protección de otros bienes jurídicos considerados dignos de tutela (*vid.* Cap. III, apartado 3).

Las inmunidades procesales permiten enervar aquellos derechos procesales que otorgan a una parte la posibilidad de conocer información o acceder a

143. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 20-21.

fuentes de prueba que son necesarias para alegar y probar los *hechos fundamentales* de su pretensión. De este modo, no puede perderse de vista que a través de ellas se está limitando y obstaculizando de algún modo el derecho de defensa y a usar los medios de prueba pertinentes del resto de las partes (art. 24.1 CE).

Las inmunidades de exclusión suponen una limitación del *derecho de defensa y a la prueba de la otra parte* (art. 24 CE). Las partes tienen el derecho fundamental y la carga de alegar y de fijar los hechos fundamentales de su acción o excepción. En ocasiones no tienen acceso a la información o las fuentes de prueba para hacerlo, por lo que el ordenamiento crea herramientas que se lo facilitan. En último término, la enervación de esta posibilidad a través de los privilegios procesales supone un obstáculo para el levantamiento de estas cargas —y, con ello, para la efectividad de la tutela que se pretende— (*vid.* cap. I, apartado 1).

La constitucionalidad de la norma procesal que reconozca la inmunidad dependerá del resultado del juicio de ponderación entre el derecho de defensa de una parte (art. 24.1 CE) y el derecho o el interés que el privilegio protege.¹⁴⁴ El resultado del balance incorporado en la norma —o la vulneración de un derecho fundamental que la inexistencia de ella provoca— podrá controlarse a través del correspondiente recurso y/o cuestión de inconstitucional (art. 34 LOTC) y/o un recurso de amparo (art. 55.2 LOTC). Como sostiene el Tribunal Constitucional, «[c]uando existe una intermediación legal, la regla del art. 24.2 de la Constitución puede servir para determinar la legitimidad constitucional de los requisitos de tiempo y de forma de la proposición de las pruebas o el ámbito objetivo de éstas» (ATC núm. 146/2016).¹⁴⁵

En cualquier caso, lo que no podrá hacer el tribunal es dejar de aplicar la norma (positiva y vigente) que reconoce la inmunidad por considerar que, en el caso concreto, el juicio de proporcionalidad que subyace al reconocimiento del derecho no es adecuado.¹⁴⁶ Tener claro los papeles que le corresponde al legislador y al juez es importante, pues de ello dependerá si la vulneración del derecho fundamental deriva de una irrazonable aplicación o inaplicación de la ley o de la aplicación de una ley inconstitucional.

Tradicionalmente se ha considerado que las inmunidades procesales en materia probatoria también entran en colisión con la (pretendida) búsqueda de la verdad

144. HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht*, op. cit., pp. 50-51, 58, 86.

145. ATC núm. 146/2016 de 19 julio.

146. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 1993, pp. 72-75, 99

en el proceso civil. Y ello en la medida en que excluyen del proceso determinada información o fuentes de prueba necesarias para fijar en el proceso la realidad de lo sucedido. Como se sabe, dentro de los límites marcados por la Constitución, el legislador es libre de configurar con base en decisiones de política legislativa los principios jurídico-técnicos sobre los que se construye el proceso civil. En el marco del ordenamiento procesal civil español, el proceso civil no busca alcanzar una (pretendida) verdad material. Si así fuera, se incorporarían potentes poderes de investigación y práctica de la prueba de oficio, que como es de sobra conocido no existen ordinariamente. Debe por ello excluirse del análisis de las inmunidades procesales toda referencia a la pretendida limitación de la búsqueda de la verdad material en el proceso civil —un tema que en cierta medida ya debería considerarse superado—. ¹⁴⁷ Las inmunidades procesales se desenvuelven necesariamente dentro de los principios dispositivo y de aportación de parte sobre los que se construyen los procesos ordinarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, debe también admitirse que el acierto de la decisión del tribunal en la sentencia dependerá, entre otros elementos, de la cantidad y la calidad del material probatorio que exista en el proceso. En la medida en que la inmunidad procesal excluye del proceso información o fuentes de prueba, es posible que repercuta en la realización de los derechos materiales cuya tutela concreta se pretende. Esta posible afectación a la realización de los derechos e intereses materiales debe proyectarse sobre el legislador y sobre el juzgador en sus respectivas tareas de creación, aplicación e interpretación del ordenamiento procesal. Imagínese que el proceso en el que se ejercita el derecho a negarse a aportar información se pretenda la tutela de un derecho fundamental. En ese caso, la inmunidad procesal podría estar obstaculizando la realización de un derecho constitucional, algo que también deberá ser tenido en cuenta por los poderes públicos en su tarea de legislar y juzgar.

Ticio demanda a Cayo pretendiendo la condena al pago de una cantidad de dinero. Durante la práctica de la prueba, en el juicio, Cayo se niega a contestar a una pregunta que le formula el abogado de Ticio por considerar que la información por la que se le pregunta es confidencial. En este caso, el derecho fundamental o el interés que se protege a través de la inmunidad procesal de Cayo (art. 18 CE) entra en colisión con el derecho a la prueba de Ticio (art. 24.2 CE).

Ticio demanda a Cayo pretendiendo que se declare que este ha vulnerado su derecho al honor (LO 1/1982). Durante la práctica de la prueba Cayo se niega a contestar a una pregunta que le formula el abogado de Ticio por considerar que la información por la que se le pregunta es confidencial. En este caso, el derecho fundamental o el interés que se protege a través de la inmunidad procesal de Cayo entra en colisión con el derecho al honor (art. 18 CE) y el derecho a la prueba (art. 24.2 CE) de Ticio.

147. MAGNUS, R., *Das Anwaltsprivileg*, op. cit., p. 32.

2. **Ámbito y contenido**

Como se ha explicado, la determinación del ámbito y el contenido de cada inmunidad procesal requerirá de un análisis concreto de la norma que la reconoce y de la técnica legislativa que haya adoptado. En el caso de que la norma procesal se remita a una norma material para integrar su contenido, la determinación de su protección (X) dependerá (i) de la amplitud con la que se reconozca la confidencialidad de la información por el Derecho material (A); y (ii) la protección procesal que se le proporciona dentro del proceso (B). La suma de ambas constituirá el ámbito de protección de la inmunidad procesal concreta: $(A) + (B) = (X)$ (*vid.* cap. III, apartado 4).

Conforme al ordenamiento «X», se considera confidencial cualquier información compartida por el defendido a su abogado —dimensión material—.

Conforme al ordenamiento «Y», se considera confidencial solo la información compartida por el defendido a su abogado que tenga relación con un proceso penal —dimensión material—.

Conforme al ordenamiento «X», el abogado tiene el derecho a negarse a aportar cualquier información que tenga el deber de mantener en secreto —dimensión procesal—.

Conforme al ordenamiento «X», el abogado tiene el derecho a negarse a aportar cualquier información que tenga el deber de mantener en secreto y que pueda tener repercusiones penales para su defendido —dimensión procesal—.

La inmunidad procesal de exclusión permite negarse a aportar información o fuentes de prueba al proceso. De este modo, el contenido típico de una inmunidad de exclusión es la enervación de un poder de acceso a información o a fuentes de prueba.

3. **Titularidad**

La inmunidad procesal se puede atribuir a las partes procesales o a terceros —con independencia de que tengan un interés legítimo o no en el resultado del proceso—. Será la norma procesal concreta que reconoce el privilegio aquella que fijará quién es su titular.

3.1. **El titular de la inmunidad jurídica**

El titular de la inmunidad procesal es aquel que tiene atribuido el derecho *procesal* a negarse a aportar la información o la fuente de prueba protegida por la

norma y, con ello, el único que puede ejercitarla y beneficiarse del privilegio que incorpora.

Como consecuencia de su naturaleza compleja (*vid.* Introducción, apartado 1.2), para examinar con detalle su titularidad es importante *separar con nitidez la titularidad de la inmunidad procesal y el individuo al que puede referirse la información que es protegida*: esto es, el portador del secreto —*Träger von Berufsgeheimnissen*— y el dueño o señor del secreto —*Geheimnisherr*—. No diferenciar con claridad estos dos sujetos empaña por completo la esencia y la operatividad de las inmunidades procesales. Y esta es una confusión muy habitual con las inmunidades procesales reconocidas a profesionales que están sometidos a un deber legal de secreto.

El ordenamiento impone a distintos individuos el *deber legal* de mantener en secreto determinada información (*vid.* cap. III, apartado 7). El incumplimiento de estos *deberes legales*, se ha dicho ya, puede tener consecuencias civiles, penales o disciplinarias para el profesional. Para reforzar y permitir el cumplimiento de este *deber legal* de secreto, el ordenamiento puede *reconocer a los profesionales* una inmunidad procesal que les permita negarse a aportar la información que deben mantener en secreto. En estos casos, es el profesional —*v.gr.*, el abogado, el médico, el farmacéutico o el policía— el titular del poder que la inmunidad protege, y no el individuo al que se refiere la información confidencial —*v.gr.*, el defendido, el paciente o el cliente—.

Como se sabe, es diferente el régimen legal que tienen las partes y los terceros en el proceso. El estatus procesal de las partes está definido por las cargas procesales que les atribuye la LEC y por las consecuencias negativas que asociadas a ellas refuerzan que se lleven a cabo los comportamientos esperados. Los terceros en el proceso no tienen propiamente cargas procesales, sino deberes jurídicos que derivan de su genérica obligación de colaborar con la administración de justicia (art. 118 CE). Este diferente estatus influye en la operatividad y los efectos derivados de las inmunidades procesales (*vid.* cap. V, apartados 1 y 3). Por ello, la clara determinación del titular de la inmunidad es imprescindible para entender cómo operan en la práctica.

Las inmunidades procesales tienen naturaleza *procesal* y se atribuyen a una parte o a un tercero en función de su condición —*v.gr.*, ser un médico—. Los cambios subjetivos del actor o del demandado por sucesión procesal (arts. 16 a 18 LEC) no afectan ordinariamente a la titularidad de las inmunidades procesales. El titular de una inmunidad podrá ejercitarla y hacerla efectiva frente a cualquiera que ostente la condición de parte. Y si el sucesor procesal no es titular de ninguna inmunidad, tampoco la adquirirá por suceder a una parte que

lo era. Esto mismo es aplicable para los procesos en los que se ejerciten acciones subrogatorias o directas.

3.2. Las (falsas) renunciaciones a las inmunidades procesales

La señalada confusión entre *el titular de la inmunidad procesal* y el individuo respecto al cual se refiere la información confidencial que es protegida se proyecta en las *(falsas) renunciaciones a las inmunidades procesales*.

Es usual que se considere que el individuo al que se refiere la información confidencial puede renunciar al privilegio del profesional que está bajo el deber legal de secreto. Sin embargo, dicha renuncia no es posible, pues el individuo no es su titular. Como se ha dicho, el ordenamiento procesal puede reconocer a determinados profesionales el privilegio de no aportar información o fuentes de prueba que tienen el deber legal de mantener en secreto. Son ellos los titulares de la inmunidad y los que —en su condición de partes o de terceros, según los casos— decidirán si ejercitan o no el poder procesal legalmente reconocido. Los individuos a los que se refiere la información no tienen ningún poder en este ejercicio de la inmunidad *procesal*.

Lo que los individuos a los que se refiere la información confidencial sí pueden en algunos casos hacer es relevar al profesional de su *deber* de secreto profesional. Esta posibilidad dependerá en cada caso de la regulación que legalmente haga el Derecho sustantivo del deber de confidencialidad. Esta liberación del deber material no es más que una muestra del poder de autodeterminación del individuo al que se refiere la información (art. 18 CE) —*Geheimnisherrschaft*—.

Es interesante señalar que en Alemania se ha considerado que si el testigo sometido a un deber de secreto es propuesto por la parte a la que se refiere la información confidencial, la proposición de la prueba debe considerarse un consentimiento tácito a la revelación de la información —*eine schlüssige Befreiungserklärung*—. ¹⁴⁸

La liberación del deber material del secreto puede realizarse dentro o fuera del proceso. En cualquier caso, la carga de alegarlo y de probarlo corresponderá a la parte interesada en que se practique la prueba —y, por tanto, que niega la existencia de la inmunidad—. ¹⁴⁹

148. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «385 ZPO», Rn. 8.

149. AHRENS, H. J., *Der Beweis*, op. cit., pp. 829-830.

El que el individuo al que la información se refiere releve al profesional de su deber de secreto no significa que el primero haya renunciado a la inmunidad procesal. Existe un acto de autodeterminación que excluye la condición material de la información que protege procesalmente la inmunidad: y, con ello, el privilegio probatorio se desactiva. Por sus efectos, puede creerse que es el individuo el que dispone del privilegio, cuando únicamente está disponiendo del ámbito reservado de su intimidad personal y, con ello, de la condición secreta o no de la información que el profesional conoce.

4. Enjuiciamiento incidental de las inmunidades procesales de exclusión

La inmunidad procesal está regulada legalmente y tiene un fundamento, unos titulares y unos presupuestos concretos de los que depende su eficacia. Uno de los principales problemas asociados al funcionamiento práctico de las inmunidades procesales es el relativo a la determinación de su propia existencia dentro del proceso.

Es posible que una parte se niegue a aportar la información o las fuentes de prueba requeridas por considerar que tiene una inmunidad procesal que le permite justificadamente negarse a ello y que la otra parte contradiga su existencia. El tribunal que está conociendo del asunto en ese caso deberá *enjuiciar a efectos incidentales si existe el privilegio que se invoca*.

En Alemania, el derecho a negarse a declarar —*Zeugnisverweigerung*— debe ser alegado por el titular de la inmunidad, que en aquel ordenamiento siempre es un tercero (§ 386 ZPO). De esta solicitud se dará traslado a las partes que, en su caso, podrán impugnarla por considerar que no existe el privilegio alegado [§ 387 (1) ZPO].¹⁵⁰ La resolución sobre la existencia de la inmunidad es directamente recurrible a través del procedimiento especial de queja —*Sofortige Beschwerde* (§§ 567 et seq. ZPO)— [§ 387 (3) ZPO].¹⁵¹

El enjuiciamiento incidental de la existencia de la inmunidad en el propio proceso en el que pretende ser operativa tiene un problema evidente: para saber si la información o la fuente de prueba está protegida material (A) y procesalmente (B) normalmente es necesario conocerlas. Y ello requeriría, como es evidente, que su titular desvele la información en cuestión. Solo así podrá calificarse la información o, en su caso, comprobar que la calificación que le ha dado la parte que quiere beneficiarse del privilegio es la correcta.

150. MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «§ 386», Rn. 1, 5.

151. AHRENS, H. J., *Der Beweis*, op. cit., pp. 851-859.

Se está así ante una paradoja: el enjuiciamiento del privilegio y su efectividad en un proceso requiere la exhibición de la información o la fuente de prueba que precisamente se quiere mantener en secreto. A ello se suma la posibilidad de que las partes se amparen de mala fe en una inmunidad procesal con el único objetivo de obstaculizar la defensa de la otra parte (*vid.* cap. IV, apartado 7).

En relación con ello, debe considerarse que basta con que el tribunal considere *creible* —*Glaubhaftmachung*— la existencia del privilegio con base en las alegaciones efectuadas por su titular para que lo aplique. En ese caso, la parte o el tercero tendría la carga de alegar y de acreditar indiciariamente y de forma creíble que es titular de una inmunidad procesal por su condición y por la naturaleza de la información y la fuente de prueba que se le requiere.¹⁵² Para decidir sobre la cuestión, el juez debería considerar creíble que la persona tiene la condición a la que se asocia la inmunidad y que, en abstracto, de la respuesta o la fuente de prueba que se requiere existe el riesgo de que se revele información privilegiada.¹⁵³

En Alemania se considera que los derechos a negarse a declarar deben ser acreditados de manera *creible* —*Glaubhaftmachung*— (§ 386.1 ZPO).¹⁵⁴ La credibilidad del hecho supone reducir el estándar de la prueba para aplicar la norma en cuestión a través de meros indicios o alegaciones fundadas.¹⁵⁵ Este estándar de la prueba, regulado en el § 294 ZPO, debe diferenciarse de la prueba plena —*Vollbeweis* (§ 284 ZPO)— que rige de manera ordinaria en la fijación de los hechos a efectos de un proceso: *die volle Überzeugung (Gewissheit) des Richters*.¹⁵⁶

En EE. UU. también se considera que el titular debe acreditar *prima facie* que la información está protegida por el privilegio.¹⁵⁷

En el ordenamiento español, este estándar de la prueba reducido puede encontrarse en el enjuiciamiento provisional e indiciario de la apariencia de buen derecho en materia de medidas cautelares (art. 728.2 LEC); en la justificación razonable de la viabilidad del ejercicio de acciones por daños anticompetitivos para el uso del mecanismo especial de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis a) LEC]; o que sea presumible la infracción en materia de patentes para el uso de las diligencias de comprobación de hechos (art. 123.3 LP), entre otros.

152. MÜKOZPO/DAMRAU-WEINLAND, «§ 387», Rn. 11; AHRENS, H. J., *Der Beweis*, op. cit., pp. 858-853; TRACY BATEMAN, J. D., et al., «§ 33:268. Burden of proof to establish attorney-client privilege» en *Federal Procedure Lawyers Edition*, Volumen 33-A.

153. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, op. cit., pp. 596.

154. MUSIELAK-VOIT/ HUBER, «§ 386», Rn. 1; MÜKOZPO/DAMRAU-WEINLAND, «§ 386», Rn. 4.

155. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «§ 294», Rn. 1-5; MÜKOZPO/PRÜTTING, «§ 294», Rn. 1-27.

156. MUSIELAK-VOIT/FOERSTE, «§ 286», Rn. 18; «Das Gericht muss sich aber auf Grund der Sachverhaltsangaben, ohne dass das Geheimnis aufzudecken ist, ein Bild davon machen können, worum es geht. Deshalb müssen die Angaben so weit ins Einzelne gehen, dass dem Richter ein Urteil über den Weigerungsgrund möglich ist» (MÜKOZPO/DAMRAU-WEINLAND, «§ 386», Rn. 2).

157. TRACY BATEMAN, J. D., et al., «§ 33:268. Burden of proof», op. cit.

Otro modelo posible es articular un sistema de enjuiciamiento en el que solo se desvele la información al juez y que sea este el que decida si está protegida por una inmunidad procesal. Este modelo es también conocido en los ordenamientos español y europeo.

En las diligencias de comprobación de hechos en materia de propiedad industrial (art. 124.2 y.3 LP), por ejemplo, el juez solo da a conocer al solicitante el resultado de las diligencias cuando considera que de los hechos comprobados es presumible que se está llevando a cabo la infracción (*vid.* cap. II, apartado 1.6).

Un sistema similar se incorpora para el enjuiciamiento de las prohibiciones legales de la prueba que operan en el mecanismo de acceso a fuentes de prueba contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia [283 bis i).7 LEC] (*vid.* cap. VII, apartado 4). En efecto, la posibilidad de que el tribunal acceda a las fuentes de prueba para enjuiciar incidentalmente sobre la condición de la información —y, con ello, sobre su protección procesal— está expresamente reconocida en el artículo 6.7 de la Directiva 2014/104/UE, transpuesto en el art. 283 bis i) LEC.¹⁵⁸ La utilidad de este mecanismo para asegurar la eficacia de la tutela pretendida y evitar un uso excesivo de las inmunidades procesales ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia de la UE en la STJUE *RegioJet* (C-57/21).¹⁵⁹

En estos casos, se permite que el juzgador tome contacto directo con la fuente de prueba para valorar su contenido. Se asegura de este modo un control jurisdiccional sobre la calificación de la información y, con ello, sobre la activación de la inmunidad procesal. Con un sistema similar se conseguiría enjuiciar la condición secreta de la información sin tener que desvelarla en el proceso, evitando así que el privilegio pierda así su sentido.

158. Artículo 6 Directiva 2014/104/UE: «7. Un demandante podrá presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional nacional acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18. En dicha evaluación, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas».

159. STJUE de 12 de enero de 2023, *RegioJet* (C-51/21) [ECLI:EU:C:2023:6]: «122. En cambio, ese objetivo no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, aplicando un instrumento procesal nacional, ordene la exhibición de pruebas, que podrían estar incluidas en la lista gris, con el único fin de depositar judicialmente los documentos en cuestión y de no exhibirlos al solicitante, previa solicitud, hasta que el órgano jurisdiccional haya comprobado si tales documentos contienen efectivamente pruebas incluidas en esa lista. 123. En efecto, habida cuenta de la necesidad de subsanar la asimetría de la información y de garantizar la eficacia de la aplicación privada del Derecho de la competencia, necesidad que subyace a la adopción de la Directiva 2014/104, esta Directiva permite, en principio, a un órgano jurisdiccional nacional hacer uso, con arreglo al Derecho procesal nacional aplicable, de tal instrumento nacional para evitar, en particular, el recurso excesivo a la exención prevista en el artículo 6, apartado 5, de la citada Directiva. 124. Este instrumento procesal puede contribuir a la efectividad de las pretensiones indemnizatorias en el ámbito privado, preservando al mismo tiempo la protección de que deben gozar las pruebas incluidas en la lista gris mientras la autoridad de la competencia no haya, de un modo u otro, concluido su procedimiento».

Aunque no es muy habitual, en EE. UU. se ha considerado posible en algunos casos solicitar la inspección de la información o la fuente de prueba por el juez para que determine si esta está protegida por un privilegio procesal [Zolin, U.S. Supreme Court, No. 88-40].¹⁶⁰ La decisión del juez de acceder a la inspección *in camera* es discrecional (Zolin, U.S. Supreme Court, No. 88-40) y, para ello, el solicitante tendrá la carga de acreditar *prima facie* (*reasonable belief*) que la fuente de prueba está o no privilegiada.¹⁶¹ Con esta inspección reservada por parte del juez se considera que se mantiene un equilibrio entre una exclusión total de la información y un correcto enjuiciamiento incidental sobre el privilegio.

Este último modelo presenta dos claras desventajas. Por un lado, el tribunal conocerá la información o la fuente de prueba en cuestión —con independencia de que luego considere que existe una inmunidad o no—. Esto supone una cierta «contaminación» del tribunal que puede influir en su enjuiciamiento sobre el fondo del asunto. Para evitar este riesgo sería posible atribuir a un juez distinto la competencia para resolver incidentalmente sobre la existencia de la inmunidad procesal.¹⁶²

Aunque no es muy usual, en alguna ocasión se ha utilizado en jurisdicciones del *common law* la figura de los *masters*. Esta es una especie *sui generis* de jueces de apoyo que pueden ser designados por el tribunal que está conociendo del asunto y que, en ocasiones, puede tener atribuida la labor de identificar si la fuente de prueba está protegida por algún privilegio [Título 28 U.S.C. §636(b)(2) y regla 53 de las FRCP].¹⁶³

160. Para profundizar sobre ello *vid.* TRACY BATEMAN, J. D., *et al.*, «§ 33:252. Procedure for establishing privilege», «§ 33:280. Crime-fraud exception to attorney-client privilege; prima facie showing» y «§ 33:300. In camera proceedings upon assertion of state secrets privilege» en *Federal Procedure Lawyers Edition*, Volumen 33-A; JENNINGS, C., «Attorney-Client Privilege - Crime-Fraud Exception - Use of in Camera Review», *Tennessee Law Review*, vol. 82, 2015.

161. «Once it is clear that in camera review does not destroy the privileged nature of the contested communications, the question of the propriety of that review turns on whether the policies underlying the privilege and its exceptions are better fostered by permitting such review or by prohibiting it. In our view, the costs of imposing an absolute bar to consideration of the communications in camera for purpose of establishing the crime-fraud exception are intolerably high» (Zolin, 491 U.S. at 572). En el mismo sentido, *In re Grand Jury Investigation*, US 4th Cir., No. 91-55500.

162. HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, *op. cit.*, p. 157.

163. Regla 53 de las FRCP: «(a) Appointment.(1) Scope. Unless a statute provides otherwise, a court may appoint a master only to: (A) perform duties consented to by the parties; (B) hold trial proceedings and make or recommend findings of fact on issues to be decided without a jury if appointment is warranted by:

(i) some exceptional condition; or (ii) the need to perform an accounting or resolve a difficult computation of damages; or (C) address pretrial and posttrial matters that cannot be effectively and timely addressed by an available district judge or magistrate judge of the district [...] (c) Master's Authority. (1) In General. Unless the appointing order directs otherwise, a master may: (A) regulate all proceedings; (B) take all appropriate measures to perform the assigned duties fairly and efficiently; and (C) if conducting an evidentiary hearing, exercise the appointing court's power to compel, take, and record evidence»; Título 28 U.S.C. §636(b)(2): «(B) a judge may also designate a magistrate judge to conduct hearings, including evidentiary hearings, and to submit to a judge of the court proposed findings of fact and recommendations for the disposition, by a judge of the court, of any motion excepted in subparagraph (A), of applications for posttrial relief made by individuals convicted of criminal offenses and of prisoner petitions challenging conditions of confinement»; «Pretrial and Post-Trial Masters. Subparagraph (a)(1)(C) authorizes appointment of a master to address pretrial or post-trial matters. Appointment is limited to matters that cannot be addressed effecti-

En alguna ocasión se ha planteado también la posibilidad de que sea un perito designado judicialmente aquel que debe conocer la información y decidir sobre la existencia de la inmunidad. Esta opción debería descartarse, pues supone una delegación de dudosa constitucionalidad de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE). Lo que sí será posible, y en ocasiones necesario, es la intervención de un perito que aporte al juez conocimientos necesarios para la calificación de la información que debe llevar a cabo para activar el privilegio.

Por el otro lado, y además de los problemas identificados, el modelo ahora examinado supone una limitación del derecho de defensa y del principio de audiencia de las otras partes o de todas las partes —en el caso de que el titular de la inmunidad sea un tercero—. Estas no podrán alegar nada en relación con la existencia de la inmunidad, pues no conocerán la información o la fuente de prueba. Y, también por ello, tampoco tendrán los elementos para recurrir la resolución del tribunal.

Pese a ello, podría considerarse que se está ante una limitación legítima del derecho de defensa de una parte amparada en la protección del bien jurídico que se pretende proteger con la inmunidad. Se estaría, de nuevo, ante una opción de política legislativa cuya constitucionalidad dependerá del juicio de proporcionalidad propio de la limitación de derechos fundamentales.

Sería posible evitar esta merma del derecho de defensa incorporando un mecanismo a través del cual bajo estrictos deberes de confidencialidad sean solo el abogado de la parte o determinados sujetos externos los que conozcan la información —i.e., un círculo de confidencialidad reducido (*vid.* cap. VII, apartado 5)—. El incumplimiento de este deber debería llevar aparejadas consecuencias realmente disuasorias, como la responsabilidad penal, multas por el incumplimiento de la obligación o la desestimación de la demanda en el proceso en el que se consiguió la información —v.gr., art. 283 bis k) LEC—.

En cualquiera de los modelos en abstracto posibles, el titular de la inmunidad podrá legítimamente negarse a desvelar la información o la fuente de prueba cuando considere que la inmunidad existe. Será en el estudio de las inmunidades procesales en particular en donde se examinará cómo deberá enjuiciarse cada una de ellas (*vid.* cap. V).

vely and in a timely fashion by an available district judge or magistrate judge of the district. A master's pretrial or post-trial duties may include matters that could be addressed by a judge, such as reviewing discovery documents for privilege, or duties that might not be suitable for a judge. Some forms of settlement negotiations, investigations, or administration of an organization are familiar examples of duties that a judge might not feel free to undertake» (Rule 53 FDRC. Committee notes on rules—2003 Amendment).

4.1. La (incorrecta) admisión de una inmunidad procesal: los recursos ordinarios

La inmunidad procesal es un poder jurídico subjetivizado. Y como tal, debe ser ejercitado por el tercero o la parte a través de un acto procesal por el que formalmente se niega la aportación de la información o la fuente de prueba protegidas por el privilegio. Es posible que una vez enjuiciada la existencia de la inmunidad por parte del tribunal, este considere indebidamente que existe. Y, de este modo, que se considere justificada la negativa a aportar la información o la fuente de la prueba—*v.gr.* que rechace la pregunta hecha al testigo o deniegue la petición de aportación documental realizada a la otra parte—.

La parte que requirió la información o la fuente de prueba tendrá la carga de impugnar a través de los recursos ordinarios disponibles la resolución judicial oral o escrita por la que se deniega el acceso. Tendrá que recurrir primero la negativa a través del recurso de reposición por considerar que el tribunal está infringiendo la norma que contempla el privilegio (art. 451 LEC). De ser desestimado el recurso, la parte tendría que volver a intentar la aportación de la información en la segunda instancia por considerar que es una prueba que le ha sido indebidamente denegada (art. 460.2.1º LEC).

La parte podrá también atacar el (incorrecto) enjuiciamiento del juez sobre la existencia de la inmunidad a través del correspondiente recurso de apelación (art. 455 *et seq.* LEC) o de casación por motivos procesales (art. 477 *et seq.* LEC). El motivo del recurso será que la prueba ha sido indebidamente denegada (art. 460.2.1ª LEC) o que la negativa a acceder a la información o a la fuente de prueba ha generado al recurrente indefensión (art. 24.1 CE), pues le ha impedido alegar o fijar los hechos fundamentales de su acción o de su excepción (arts. 459 y 477.6 LEC). De estimarse el motivo en la apelación, debería practicarse la prueba en la segunda instancia (art. 465.4 LEC). De estimarse el motivo en sede casacional, debería declararse la nulidad de las actuaciones y retrotraerse hasta el momento en el que la parte ejercitó su derecho de acceso a información o fuentes de prueba (art. 487 LEC).

Es necesario hacer una remisión en bloque a los (estrictos) requisitos para considerar que existe una indefensión constitucionalmente relevante, entre ellos, la existencia de un perjuicio material en la parte. Esto, en el marco que ahora interesa, supone que el juez haya desestimado la acción o la excepción por no haber considerado acreditado un hecho que se pretendía probar con la fuente de prueba no aportada o revelada.¹⁶⁴

164. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 74-75.

4.2. El (incorrecto) rechazo de una inmunidad procesal: ¿un supuesto de prueba ilícita?

Es también posible que, pese a que exista y sea ejercitada por su titular, el tribunal considere (incorrectamente) que no existe la inmunidad procesal. En ese caso, la parte o el tercero deberán cumplir con el requerimiento, so pena de sufrir las consecuencias negativas asociadas a la carga o al deber de hacerlo.

Las consecuencias derivadas del indebido rechazo por parte del tribunal de una inmunidad procesal dependerán de su objeto y fundamento. Si esta protege directamente el núcleo esencial del derecho a la intimidad de un individuo (art. 18 CE) o asegura el ejercicio de otro derecho fundamental (*v.gr.*, art. 24 CE), puede considerarse que la prueba es nula por haberse vulnerado un derecho fundamental en la obtención (judicial) de la fuente de prueba (arts. 11 LOPJ y 287 LEC). La vulneración del derecho fundamental que en ambos casos protege la inmunidad supone la nulidad del acto y, por ello, la exclusión de la información o fuente de prueba del acervo probatorio.

Además, no será posible utilizar en otro proceso información o fuentes de prueba que se han obtenido (procesalmente) vulnerando una inmunidad procesal que protege algún derecho fundamental (arts. 11 LOPJ).

Si la inmunidad no protege un derecho fundamental, la inobservancia de la inmunidad procesal en ese caso supondrá una (mera) infracción de una norma procesal, que podrá ser también alegada a través de los recursos ordinarios (*vid. supra*).

De cualquier modo, la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba o el indebido rechazo del privilegio podrán impugnarse a través de los recursos ordinarios frente a la resolución judicial oral o escrita del tribunal: el recurso de reposición (art. 451.2 LEC), de apelación (art. 455 LEC) y de casación por motivos procesales (art. 477 LEC) que en su caso correspondan.

5. Efectos

5.1. Los efectos asociados al ejercicio de una inmunidad procesal

Los efectos asociados al ejercicio de una inmunidad procesal hacen referencia a la forma en que debe valorar el juez la negativa (justificada) de una parte o de un tercero a negarse a aportar información o fuentes de prueba. Es decir, y dicho con otras palabras, de qué manera el ejercicio de una inmunidad proce-

sal afecta a las cargas y contracargas de la prueba relacionadas con la posible insuficiencia probatoria (art. 217 LEC).

Con una adecuada determinación de los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal podrá aclararse cómo debe valorar el juez la negativa a aportar la información o la fuente de prueba. En abstracto existen dos posibilidades: que el ejercicio de la inmunidad por su titular —la parte procesal o un tercero vinculado a él de algún modo— pueda acarrearle algún tipo de consecuencias negativas o que no pueda afectarle en ningún caso.

Según los efectos que se asocian al ejercicio de la inmunidad podrá determinarse si el juez puede tomarla en consideración como una circunstancia para la valoración conjunta de la prueba o, incluso, si puede considerar el hecho que se pretendía acreditar con la fuente de prueba como cierto a través de una *ficta confessio* reconocida legalmente o construida sobre la base de una presunción judicial (art. 386 LEC).

Subyacen dos ideas a la posibilidad de extraer algún tipo de consecuencia negativa del ejercicio de una inmunidad procesal. Por un lado, podría considerarse que el uso de la inmunidad es un obstáculo (legítimo) de la prueba de la otra parte —*Beweisvereitelung*—; y ello puede justificar que se activen otros mecanismos secundarios que eviten la indefensión de la parte necesitada de prueba: la reducción del estándar de prueba o facilitaciones probatorias como las verdades interinas o las ficciones (*vid.* cap. II, apartado 2).¹⁶⁵ Por el otro lado, se considera que conforme a las máximas de la experiencia si un individuo se niega a responder o a aportar algo que se le pide en el proceso, es porque le perjudica. Este es justo el fundamento que subyace a las *fictae confessiones* incorporadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En Alemania se considera que del ejercicio de una inmunidad procesal por un tercero no puede extraerse directamente ninguna consecuencia negativa. Sin embargo —y aunque existe debate al respecto— el tribunal sí puede extraer consecuencias desfavorables para la parte que sea la titular de la información que protege la inmunidad, y se niegue a liberar al testigo de su deber (material) de confidencialidad (*vid.* cap. IV, apartado 3). Además, esta es una circunstancia que puede tomarse en consideración para la activación de otros mecanismos para facilitar la acreditación de los hechos —*v.gr.*, inversiones de la carga de la prueba a través de presunciones o verdades interinas—. De este modo lo que tiene incidencia en la valoración de la prueba no sería propiamente el ejercicio de la inmunidad procesal, sino la falta de permiso del titular a revelar la información que obstaculiza la prueba de la otra parte —*Beweisvereitelung*—. ¹⁶⁶

165. MÜKoZPO/PRÜTTING, «286 ZPO», Rn. 83-95.

166. «Da es sich um ein eigenes Recht des Zeugen handelt, dürfen alleine aus seiner Aussageverweigerung keine Schlüsse zum Nachteil einer Partei gezogen werden [...] Die Weigerung einer Partei, den Zeugen von dessen Schwei-

En EE. UU. la posibilidad de extraer consecuencias o inferencias desfavorables del ejercicio del privilegio es también una cuestión debatida.¹⁶⁷ Con todo, y como en Alemania, parece que la mayoría de la doctrina se muestra a favor de esa posibilidad.¹⁶⁸

Una interpretación literal, coherente y sistemática de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe llevar a la conclusión de que *el tribunal no puede extraer ninguna consecuencia negativa derivada del ejercicio de una inmunidad procesal*. Es contrario al sentido de cualquier inmunidad procesal irrogar a su titular cualquier consecuencia desfavorable derivada del ejercicio de un poder que se le reconoce para proteger un derecho o interés que se considera digno de tutela. Si pudiera valorarse negativamente el uso del privilegio, se arrojaría sobre su titular una suerte de carga eventual de la contraprueba sobre el hecho que la otra parte quería alegar o probar. Y esto, *de facto*, podría suponer una presión a que aporte la información o la fuente de prueba protegidas.

Conforme al artículo 307 LEC, «[s]i la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, *salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto*, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos». La existencia de un deber legal de guardar secreto desactiva la carga procesal de la parte de responder y, con ello, la *ficta confessio* que se asocia a su silencio. Con la misma lógica, y en el marco del deber de exhibición documental entre las partes, según el artículo 329 LEC «[e]n caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado». *A sensu contrario*, una negativa justificada a la aportación del documento requerido desactiva las consecuencias desfavorables asociadas a la falta de aportación.

Con la inmunidad procesal se quiere proteger un derecho o un interés que el ordenamiento considera digno de tutela. Con base en ese fundamento, es contrario a su sentido asociar consecuencias negativas a su ejercicio.

gepflicht zu entbinden (§ 385 Abs. 2), ist demgegenüber nach den Regeln der Beweisvereitelung frei zu würdigen. Im Allgemeinen kann der Richter daraus auf Grund der Lebenserfahrung schließen, dass die Aussage für diese Partei Ungünstiges enthalten hätte; im Einzelfall kann dieser Erfahrungssatz aber dann entkräftet sein, wenn die Partei ein besonderes, über die Erledigung des konkreten Rechtsstreites hinausgehendes Interesse an der Geheimhaltung dartun kann» (MUSIELAK-VOIT/HUBER, «383 ZPO», Rn. 10); MÜKOZPO/DAMRAU-WEINLAND, «384 ZPO», Rn. 4, MÜKOZPO/DAMRAU-WEINLAND, «385 ZPO», Rn. 15; BECKOKZPO/SCHUECH, «385 ZPO», Rn. 14; MÜKOZPO/PRÜTTING, «286 ZPO», Rn. 83-84; ROSENBERG, *et al.*, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 686; MUSIELAK-VOIT/HUBER, «384 ZPO», Rn. 2; MÜKOZPO/PRÜTTING, «286 ZPO», Rn. 83-95; MAGNUS, R., *Das Anwaltsprivileg*, *op. cit.*, pp. 45-47, 55-56; AHRENS, H. J., *Der Beweis*, *op. cit.*, pp. 803-804, 830; WAGNER, G., «Urkundenedition», *op. cit.*, p. 719.

167. MOSTELLER, R. P., *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, pp. 199-201.

168. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, Civitas, Madrid, 2015, p. 63, nota al pie 86, p. 250.

La posibilidad de valorar negativamente el ejercicio de una inmunidad procesal genera además problemas evidentes cuando su titular sea un tercero. En ese caso, sería contrario a la lógica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la propia inmunidad cargar sobre una parte las consecuencias negativas de la actuación de un tercero —que, además, está ejercitando legítimamente un poder que el ordenamiento le reconoce—.

Esto es lo que sucede *v.gr.*, en relación con el requerimiento de exhibición de documentos a terceros (art. 330 LEC) y con las consecuencias procesales asociadas a su negativa a aportarlos. En la medida en que el tercero no tiene cargas procesales —y, por ello, no puede considerarse (ficticiamente) la copia o la versión del documento solicitada al tercero como verdadera—, solo quedan las medidas de compulsión directa sobre él (*vid.* cap. II, apartado 1.2).

En definitiva, el ejercicio de una inmunidad procesal no puede suponer ninguna consecuencia negativa para su titular. Seguirá siendo la parte que tenga la correspondiente carga de la prueba la que tenga que aportar, proponer o hacer uso de cualquier otro mecanismo procesal o material que le reconozca el ordenamiento para fijar como cierto el hecho en cuestión (art. 217.2 LEC): entre ellos, intentar acceder a otro tipo de información o de fuentes de prueba no privilegiadas en poder de la otra parte o del tercero que le permitan acreditar el hecho en cuestión.

5.2. La disponibilidad probatoria (art. 217.7 LEC) y la teoría de las fuentes de la prueba escasas

Es posible que, una vez ejercitada la inmunidad procesal, la parte con la necesidad de la información o de la prueba no tenga la posibilidad de acceder a más información o fuentes de prueba que le permitan acreditar los hechos.¹⁶⁹ El ordenamiento contempla en esos casos que esa (in)disponibilidad o dificultad probatoria influya en la distribución de la carga sobre la prueba (art. 217.7 LEC). El problema, como se acaba de decir, es que ello puede suponer arrojar sobre el titular de la inmunidad procesal la carga de la contraprueba del hecho que se pretendía acreditar a través de la fuente de prueba protegida.¹⁷⁰

En definitiva, lo que debe decidirse es hasta qué punto es razonable seguir manteniendo la carga de la alegación o de la prueba en la parte necesitada de la información o las fuentes de prueba o, por el contrario, si las cargas pueden

169. En estos casos la parte está en un estado que Ormazabal Sánchez ha calificado de «indigencia probatoria» (ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, p. 281).

170. MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, *op. cit.*, pp. 340-342.

arrojarse sobre el titular de la inmunidad procesal —que está (legítimamente) obstruyendo la defensa de la otra parte—. Una solución razonable y ponderada que evite situaciones injustas pasa por aplicar la *teoría de las fuentes de la prueba escasas* a la inmunidad procesal.

Por un lado, en el caso de que aquella parte con la carga de la alegación o de la prueba tenga a su disposición otras formas para acceder a la información o a la fuente de prueba, tendrá la carga de hacer uso de ellas. Si no tiene a su disposición ningún medio, seguidamente deberá determinarse si el titular de la inmunidad procesal tiene la disponibilidad o la facilidad de acceder a fuentes de prueba *distintas de aquellas que están protegidas por la inmunidad*. Solo en el caso de que tenga acceso a estas fuentes no privilegiadas, podrá activarse la flexibilización de la carga de la prueba (art. 217.7 LEC).

La escasez de las fuentes de la prueba es así un elemento que debe influir en la atribución dinámica de las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217.7 LEC) en aquellos casos en los que alguna de las partes haga valer una inmunidad procesal. De este modo se impide una obstrucción de la alegación y la fijación de los hechos (art. 217.7 LEC) y se requilibran las posiciones entre las partes.

Será carga de aquel que quiera activar el artículo 217.7 LEC alegar y probar a través de indicios que la otra parte está en disposición de conocer o acceder a fuentes de prueba no privilegiadas. Por los propios hechos que se alegan y que se tienen que acreditar, basta con que sean *creíbles* las alegaciones de la parte: el estándar de la prueba debe ser bajo y será posible que se llegue a esa convicción a través de indicios o presunciones judiciales (art. 386 LEC).

Si la información o la fuente de prueba está en poder de un tercero, la parte con la carga de la prueba seguirá teniendo que utilizar todos los mecanismos procesales y materiales que el ordenamiento le reconoce para acceder a ellas. Si haciendo uso de estos no puede hacerlo, se activará la flexibilización de las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217.7 LEC) con base en la teoría de las fuentes de la prueba escasas ya expuesta.

6. Las inmunidades procesales, la prueba ilícita y la actividad probatoria legalmente prohibida

Conforme al artículo 11.1 LOPJ, «[n]o surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Este precepto, que tiene su reflejo en el artículo 287 LEC, se proyecta sobre la vulneración de *derechos fundamentales* en la *obtención de la fuente de prueba*.

La obtención de la fuente de prueba puede ser extraprocesal —*v.gr.*, la sustracción de una carta de un buzón o la solicitud de algún documento a la entidad bancaria— o procesal —*v.gr.*, a través de una diligencia preliminar (art. 256 LEC), el requerimiento de exhibición documental entre las partes (art. 328 LEC) o la pregunta a un testigo (art. 360 LEC)—.

En ocasiones se ha propuesto utilizar la institución de la prueba ilícita como un fundamento para dar eficacia a inmunidades procesales atípicas (art. 287 LEC). Conforme a esta construcción, cualquier persona podría negarse a desvelar información o fuentes de prueba si con ello vulnera un derecho fundamental de otro sujeto. De este modo, sería el propio mecanismo (intra)procesal de acceso a fuentes de prueba el que ocasionaría la vulneración del derecho fundamental. Esto es posible solo para aquellos casos en los que con la revelación de la información o la fuente de prueba se esté vulnerando de forma ilícita un derecho fundamental. Se estaría, de este modo, ante una inmunidad procesal *ex constitutione* (vid. cap. V, apartado 5).

Desde luego, el contenido de los derechos fundamentales deberá interpretarse conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 10.2 CE). Por ello, es posible que las inmunidades procesales de exclusión que protejan directamente un derecho fundamental reconocido en el Convenio o en la Carta se integren en el contenido de los derechos fundamentales de la Constitución.¹⁷¹

Con todo, debe recordarse que los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que el derecho a la prueba de la otra parte (art. 24.1 CE) y el derecho o el interés cuya tutela se pretende en el proceso pueden ser un motivo que, conforme al correspondiente juicio de ponderación, justifique la limitación del derecho fundamental que se vulnera obteniendo procesalmente la fuente de prueba.

El artículo 283.3 LEC, por su lado, señala que «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». Este precepto regula la *actividad probatoria legalmente prohibida*. En ocasiones, se ha propuesto utilizar la institución de la prueba legalmente prohibida para impedir directamente el uso de cualquier mecanismo de acceso a fuentes de prueba a través del que se pueda vulnerar un deber legal de secreto. Y, en el caso de que se reconozca una inmunidad procesal, excluir del proceso aquel material probatorio que ha sido ob-

171. Es extensa la jurisprudencia del TJUE y del TEDH sobre la proyección administrativa y procesal —en todos los órdenes jurisdiccionales— de los deberes legales de secretos. Por todas, *vid.* la STJUE (Gran Sala), *Orde van Vlaamse Balies*, C-694/20, párrs. 25-29 o COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression*, 2023.

tenido del titular de un privilegio que no lo ha ejercitado. Debe rechazarse de plano ambas construcciones.

Ticio es auditor de cuentas en una empresa en la que Cayo es administrador único. Sempronio es socio de la empresa y demanda a Cayo por pérdidas que ha sufrido la compañía en el último ejercicio, aparentemente derivadas de una mala gestión. En el proceso Sempronio pide que Ticio declare como testigo, pues considera que su declaración ayudaría a determinar la situación económica de la empresa al inicio del año. Ticio declara voluntariamente en el proceso sobre todas las preguntas que se le formulan, pero Cayo pretende que las respuestas no sean tenidas en cuenta por que su deber legal de secreto supone que la declaración sea una actividad prohibida por la ley.

Las inmunidades procesales son un *poder jurídico subjetivizado* que dan a su titular la facultad de negarse a revelar la información o la fuente de prueba. Si se reconduce toda inmunidad procesal al artículo 283.3 LEC, *se mutaría la naturaleza de la inmunidad procesal*: de un poder jurídico subjetivizado pasaría a ser un criterio objetivo de prueba legalmente prohibida —que no es el caso— o de incapacidad relativa del testigo.¹⁷² El titular de la inmunidad procesal normalmente tiene el deber legal de mantener en secreto una determinada información y, para cumplir con aquel, tiene la facultad procesal de negarse a hacerlo. En el caso de que decida declarar, la declaración será válida, y ello sin perjuicio de las consecuencias civiles, administrativas o penales derivadas del incumplimiento de la obligación legal de secreto (*vid.* Introducción, apartado 1.2).¹⁷³

Como afirma GASCÓN INCHAUSTI, «[e]n cuanto a las llamadas inmunidades probatorias, debe reconocerse que lo que realmente las define no es que afecten a la prueba, *sino a la imposibilidad de forzar conductas [...] mediante la im-*

172. Como sucedía con el (derogado) art. 1247 CC que incorporaba como criterio de incapacidad de los testigos el que estuvieran sometidos a un deber legal de secreto *vid.*, DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil II*, op. cit., p. 355; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., et al., *Derecho procesal práctico. Tomo III*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 742-746; CHOZAS ALONSO, J. M., *El interrogatorio de los testigos en el proceso civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 134-136.

173. Con claridad sostiene CHOZAS ALONSO QUE «[a]l no tratarse ya de una incapacidad legal, constituye una facultad del obligado a declarar el oponer la excusa frente al derecho del Estado de recabar su colaboración para una correcta administración de justicia. De tal forma que si quebrantase su deber estatutaria o legal de guardar secreto, aunque incurriese en responsabilidad civil, administrativa, disciplinaria o incluso penal, la declaración sería válida» (CHOZAS ALONSO, J. M., *El interrogatorio de los testigos*, op. cit., p. 136); «Die Unabhängigkeit der materiellrechtlichen von der prozessualen Sphäre wird auch dadurch deutlich, daß Aussagen, die der Zeuge unter Verletzung seiner materiellrechtlichen Geheimhaltungspflicht macht, obwohl ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, im Prozeß verwertet werden dürfen. Sagt z. B. ein Arzt, dem sowohl die Zivil- als auch die Strafprozeßordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkennen, im Prozeß gegen seine materiellrechtliche Schweigepflicht aus, so kann diese Aussage im Verfahren verwertet werden [...] Die Prozeßordnung stellt es aber dem Zeugnisverweigerungsberechtigten frei, ob er aussagen will oder nicht. Diese Beispiele zeigen deutlich, daß zwischen prozessualer und außerprozessualer Sphäre unterschieden werden muß» (HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht*, op. cit., p. 78).

sición de sanciones» (énfasis añadido).¹⁷⁴ La inmunidad desactiva el deber y la carga procesal, haciendo no coactiva la aportación de la información o la fuente de prueba—. ¹⁷⁵ En definitiva, *no se está ante un caso de prueba prohibida, sino ante la prohibición de obtenerla coactivamente*.

Con todo, será necesario examinar en detalle la regulación de cada uno de los deberes legales de secreto para comprobar si en ellos lo que realmente se está regulando es un supuesto de prueba prohibida legalmente (art. 283.3 LEC). Conforme al artículo 16.2 de la LO 5/2024 del derecho de defensa, «[l]as comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, incluso en fase extrajudicial, son confidenciales». Y, en consecuencia, «[n]o se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan la anterior prohibición, salvo que expresamente sea aceptada su aportación por los profesionales de la abogacía concernidos o las referidas comunicaciones se hayan realizado con la advertencia expresa y explícita de poder ser utilizadas en juicio». ¹⁷⁶ En este caso, más que una (auténtica) inmunidad procesal, lo que se regula es un supuesto de prueba legalmente prohibida ex art. 283.3 LEC. Con todo, debe aclararse que la prueba legalmente prohibida es la aportación de comunicaciones «entre los defensores de las partes». En el resto de los casos (solo) existe la «dispensa» de prestar declaración.

Del mismo modo, conforme al artículo 9 de la Ley orgánica 1/2025 «[e]l proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales» (art. 9.1 LO 1/2025). Y, por ello, «las partes, los abogados o abogadas y la tercera persona neutral no podrán declarar o aportar documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje [...] [e]n caso de que se revele información o se aporte documentación en infracción de lo dispuesto en este artículo, la autoridad judicial la inadmitirá y dispondrá que no se incorpore al expediente» (art. 9.2 y.3 LO 1/2025)¹⁷⁷. En este caso, de igual modo, nos encontramos ante un claro supuesto de prueba legalmente prohibida ex artículo

174. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales*, op. cit., p. 30.

175. «Die Privilegierung liegt darin, dass jeder Zwang verbotener Zwang ist» (MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, op. cit., p. 301); «wie alle Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen Gründen, um des Berufsgeheimnisses willen, eine Ausnahme von der allgemeinen Zeugnisspflicht darstellt (HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht*, op. cit., p. 88); «Evidential privileges in English law confer upon the privilege holder immunity against legal compulsion to supply information, whether at trial or at some other stage of the legal process» (ANDREWS, N., *On Civil Processes I*, op. cit., p. 290).

176. Con ello, el legislador ha incorporado en la ley el recurso al artículo 283.3 LEC sugerida por ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto*, op. cit., pp. 141-180.

177. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Capítulo 2. Los principios vertebradores del nuevo régimen legal», op. cit., pp. 90-92.

283.3 LEC —y, con alguna probabilidad, un supuesto de inidoneidad del testigo (art. 361 LEC)—.

En la misma línea —y desde la reforma operada por la Ley orgánica 1/2025— el artículo 9.2 de la Ley de mediación señala que «si se pretendiese por alguna de las partes la aportación de la información confidencial como prueba en un proceso judicial o un arbitraje *no será admitida* por aplicación de lo dispuesto en el artículo 183.3 [sic] de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

Por último, y por poner otro ejemplo, el artículo 283 bis j) LEC contempla determinados casos de pruebas legalmente prohibidas cuando se pretende incorporar información contenida en un expediente de una autoridad de la competencia (*vid.* cap. VII, apartado 4). Conforme a este precepto, «[l]as pruebas que se encuadren en las categorías definidas [...] *no serán admisibles* en las acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia» [283 bis j).1 LEC] o lo serán solo «[h]asta que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo» [283 bis j).2 LEC] —lista negra y gris, respectivamente—. ¹⁷⁸

En estos casos la actividad probatoria debería ser inadmitida —incluso de oficio—. Y, en el caso de producirse, no debería surtir ningún efecto probatorio, lo que permitirá fundar un recurso de apelación o de casación por infracción del artículo 283.3 LEC puesto en relación con la normativa concreta. En la medida en que la prueba legalmente prohibida supone una limitación del derecho a la prueba (art. 24.1 CE), será necesario una norma legal que expresamente la imponga —que, en todo caso, deberá interpretarse de forma restrictiva—. En definitiva, es posible que el ordenamiento proteja información confidencial a través de la institución de la prueba legalmente prohibida (art. 283.3 LEC). En estos casos la protección se «objetiviza», yendo más allá del poder subjetivizado en el que consiste el (mero) privilegio probatorio.

En todos los demás casos en los que no exista tal *prohibición legal* de utilizar la información o la fuente de prueba, la obligación material de secreto podrá justificar la activación de una inmunidad procesal. Estas, como *poderes jurídicos subjetivizados*, deberán ser ejercitadas por su titular. Y si este revela la información o aporta la fuente de prueba que tiene el deber de mantener en secreto, el material probatorio será lícito —con independencia de las consecuencias civiles, penales o administrativas que se deriven del incumplimiento del deber legal—. En esto consiste justamente la naturaleza compleja de las inmunidades procesales en materias probatorias (*vid.* Introducción, apartado 1.2).

178. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños», *op. cit.*, p. 145.

7. La inmunidad procesal, el fraude de ley y el abuso del proceso (art. 247 LEC)

La inmunidad procesal es un instrumento para la protección de la información o la fuente de prueba, que otorga un privilegio a su titular. En abstracto, es posible que las partes privilegien de forma fraudulenta la información a partir de las inmunidades procesales reconocidas en la ley. Las partes buscarían incorporar de este modo la información o las fuentes de prueba en la esfera de la inmunidad, aunque no concurriera la justificación legal para su protección.

Como se ha señalado, el deber legal del secreto en la mediación o en un medio adecuado de resolución de controversias se impone respecto de las fuentes de prueba que, relacionadas con el conflicto jurídico, hayan sido obtenidas en el proceso de mediación. Sin embargo, no deben considerarse dentro de él aquellas fuentes que ya se tenían con carácter previo a la negociación —pese a que hayan sido aportadas a esta por la otra parte—. En otro caso, las partes podrían privilegiar fraudulentamente la fuente de prueba para impedir su aportación en un proceso posterior (*vid.* cap. III, apartado 7.4).¹⁷⁹

En estos casos debe considerarse que se está ante un *fraude de ley procesal* (art. 247.2 LEC), pues se pretende la aplicación de una norma procesal —aquella que reconoce la inmunidad— para eludir la aplicación de otra —aquella que permite acceder a la información o a la fuente de prueba—. El tribunal ante esta situación deberá rechazar la inmunidad y aplicar la norma que se pretendía eludir, ordenando la aportación de la información de la fuente de prueba requerida (art. 247.2 LEC en relación con el art. 6.4 CC).

En EE. UU. se contemplan específicamente algunas excepciones a los privilegios procesales para evitar su abuso. Es el caso, por ejemplo, de la *crime-fraud exception to attorney-client privilege*, a través de la que quedaría fuera del ámbito de protección aquella información o fuente de prueba relacionada con actividades delictivas futuras o que todavía se están llevando a cabo. El ámbito temporal y objetivo de la excepción, como es lógico, dependerá de si se pretende hacer valer en un proceso civil o penal y de cuál es su objeto.¹⁸⁰

Es posible que un individuo abuse del proceso y lo utilice como una herramienta para acceder a información confidencial en poder del demandado o de un tercero: secretos empresariales, datos financieros, información comercial, en-

179. VEGAS TORRES, J. «Otras modificaciones», *op. cit.*, pp. 390-391; HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad», *op. cit.*, pp. 54-55; HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Capítulo 2. Los principios vertebradores del nuevo régimen legal», *op. cit.*, pp. 81-86.

180. TRACY BATEMAN, J. D., *et al.*, «§ 33:280. Crime-fraud exception to attorney-client privilege; prima facie showing; discretion of court» en *Federal Procedure Lawyers Edition*, Volumen 33-A.

tre otros. Este acceso puede intentarse a través de los derechos y las herramientas de acceso a información o a fuentes de prueba en poder de la otra parte (*vid.* cap. II, apartado 1). Pero también a través de la carga de la prueba y la carga eventual de la contraprueba que nace para las partes en el proceso (*vid.* cap. II, apartado 2).

Un uso abusivo e instrumentalizado de los mecanismos que contempla el ordenamiento procesal para acceder a información y a fuentes de prueba debe considerarse contrario a las reglas de la buena fe (art. 247.1 LEC). Y, por ello, el tribunal deberá rechazar cualquier petición de acceso que tenga como objetivo este conocimiento o apoderamiento ilegítimo de la información (art. 247.2 LEC).¹⁸¹

Este riesgo es bastante habitual en los litigios en materia de propiedad industrial e intelectual. Son conocidos en el foro los *patent trolls (non-practicing entities)* que adquieren derechos de propiedad industrial e intelectual para acceder a datos de terceros o información empresarial mediante el ejercicio de acciones judiciales y el uso herramientas procesales de acceso a fuentes de prueba. En relación con ello, el Tribunal de Justicia de la UE ha señalado que la constatación de que se pretenden utilizar las medidas de acceso a fuentes de prueba de forma abusiva justifica su rechazo por parte del tribunal con base en el artículo 3.2 de la Directiva 2004/48/CE [STJUE *Mircom* (C-597/19)].¹⁸²

Será la parte en poder de la información o la fuente de la prueba la que tendrá la carga de alegar y de probar que existe esa mala fe en el solicitante, *v.gr.*, porque es un competidor, porque no existe ningún conflicto jurídico subyacente real o porque este ha sido creado artificialmente como una forma de instrumentalizar el sistema procesal.

Como regla, no existe en nuestro ordenamiento la posibilidad de inadmitir una demanda por considerarse manifiestamente abusiva. Con todo, esta es una medida que se va consolidando progresivamente en el Derecho europeo, *v.gr.*, el artículo 11 de la Directiva (UE) 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública —y cuya constitucionalidad debe ser cuidadosamente examinada—.¹⁸³

181. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba*, *op. cit.*, p. 190, nota al pie 96.

182. Artículo 3.2 de la Directiva 2004/48/CE: «Artículo 3. Obligación general. 1. Los Estados miembros establecerán las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la presente Directiva. [...] 2. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso».

183. En relación con ello *vid.* MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva, delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 105-107; SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, p. 178.

Tampoco existe ninguna forma de impedir el desarrollo de un proceso por considerarse que no existe un interés *legítimo* en la tutela que se pretende. Este se considera un presupuesto jurídico-material de la pretensión de tutela jurisdiccional que debe examinarse en la sentencia sobre el fondo. La Ley de Enjuiciamiento Civil paradójicamente solo atribuye a la desaparición sobrevenida del interés legítimo un efecto directo sobre el proceso (art. 22 LEC). Sin embargo, no contempla herramientas para paralizar su continuación cuando sea evidente que el interés legítimo del actor es inexistente desde el momento mismo en el que se interpone la demanda.¹⁸⁴

Mayores problemas plantean la instrumentalización del proceso y el acceso a información de forma indirecta a través de la carga de la prueba y la carga eventual de la contraprueba (*vid.* cap. II, apartado 2.2). Se ha visto ya como es cada vez más usual que el legislador europeo y nacional incorporen mecanismos procesales y materiales de facilitación de la prueba para indirectamente solucionar situaciones de asimetría: entre otros, prueba por indicios, presunciones o verdades interinas (*vid.* cap. II, apartado 2.3). En estos casos, el actor puede instrumentalizar el proceso y utilizar estas herramientas para hacer nacer la *carga de la contraprueba* en la otra parte y forzar así que aporte información o fuentes de prueba que le interesan.

Ticio quiere acceder a determinada información comercial en poder de Cayo, recientemente multado por la Comisión Europea por formar parte de un cártel. Ticio adquiere alguno de los bienes que produce Cayo y, posteriormente, le demanda en ejercicio de una acción de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia. En ese caso, Ticio hace valer en su demanda la presunción legal de que la existencia del cártel le ha generado unos daños (art. 76.3 LDC). Además, alega que le es imposible probar la cuantía de estos daños por no tener la información y las fuentes de prueba necesarias, por lo que pide una estimación judicial del daño (art. 76.2 LCD). En este caso, se impone sobre Cayo la carga de (contraprobar) la inexistencia o la reducida cuantía de los daños que se pueden estimar. De este modo, Cayo se ve constreñido a aportar aquella información o fuentes de prueba necesarias para la enervación de la fijación que el ordenamiento le ha facilitado al actor —*v.gr.*, la formación del precio de sus productos—.

En estos casos, debe considerarse que la instrumentalización de las presunciones, las verdades interinas o los mecanismos materiales que facilitan la fijación de los hechos es un fraude de ley (art. 6.4 CC). A través de su aplicación se persigue un resultado ilegítimo: acceder a información o fuentes de prueba a través de una instrumentalización de la carga eventual de la contraprueba.

Eso sí, será carga de la parte en poder de la información o de la fuente de prueba alegar y acreditar este fraude de ley para, de esta manera, desactivar desde

184. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*, op. cit., pp. 251-253.

el momento procesal más temprano posible cualquier intento de la otra parte de forzar su aportación (art. 217 LEC). Y ello pasa, también en este caso, por acreditar, *v.gr.*, que la otra parte es un competidor, que no existe ningún conflicto jurídico subyacente real o que este ha sido creado artificialmente como una forma de instrumentalizar la administración de justicia para acceder a información con valor económico para el actor.

8. Las inmunidades procesales de exclusión: una visión desde el Derecho comparado

Es de interés hacer un apunte de Derecho comparado sobre la regulación de las inmunidades procesales de exclusión en el ordenamiento alemán, en las *European Rules of Civil Procedure* y en el Tribunal Unificado de Patentes. El distinto origen y naturaleza de estos instrumentos —*hard o soft law*—, más que suponer un obstáculo metodológico, es un elemento que potencia el valor de esos «estándares europeos».

8.1. Alemania

En Alemania, la ZPO incluye determinados «derechos» —*Zeugnisverweigerungsrecht*— que permiten a los testigos a negarse a declarar sobre determinados hechos.

El § 383 ZPO incluye el derecho de determinados testigos a negarse a declarar por tener una relación personal con alguna de las partes —*persönlichen Gründen*—. Entre aquellos se encuentran los prometidos, el cónyuge o el excónyuge, la pareja en unión civil, aquellos unidos por parentesco de hasta tercer grado, los clérigos, los periodistas y determinados profesionales sometidos a un deber de secreto.¹⁸⁵ En relación con los parientes, los sujetos tienen el derecho a negarse a declarar como testigos con independencia de las preguntas concretas que se les formulen.¹⁸⁶ Con esto se pretende dar la mayor protección posible a la relación personal en la que se fundamenta el reconocimiento de la inmunidad. En el resto de los casos, el derecho se circunscribe a preguntas relacionadas con su cargo o deber de sigilo.¹⁸⁷

185. Para profundizar sobre el fundamentos y límites de cada uno de los derechos a negarse a declarar *vid.*, MUSIELAK-VOIT/HUBER, «383 ZPO», Rn 2-7.

186. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «383 ZPO», Rn 1.

187. MüKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 1, 32.

Es de interés destacar que los profesionales que tienen derecho a negarse a declarar son aquellos que están sometidos a un deber legal de secreto o, aunque no lo estén, cuando la obligación de sigilo derive de la propia naturaleza de su profesión —*deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist* [§ 383(1).6 ZPO]—. ¹⁸⁸ Desde luego, es posible que la información que se tiene el deber de mantener en secreto sea relativa a alguna de las partes o a cualquier otro tercero (*vid.* cap. IV, apartado 3). ¹⁸⁹

En el caso de aquellos terceros relacionados por una relación de parentesco con la parte, el tribunal deberá informarles sobre su derecho a negarse a declarar [§ 383 (2) ZPO]. La falta de aviso al testigo sobre la existencia del derecho supone la imposibilidad de utilizar la declaración como prueba. ¹⁹⁰ En el resto de los casos, el tribunal no está obligado a informarles de su derecho, pero debe cuidar de que durante la práctica del interrogatorio no incumplan sus deberes de confidencialidad. ¹⁹¹

El § 384 ZPO, por otro lado, reconoce determinados derechos a negarse a declarar por cuestiones fácticas o circunstanciales —*sachlichen Gründen*—. Entre ellos se reconoce el derecho a negarse a declarar cuando el testimonio puede causar un perjuicio patrimonial, deshonor o riesgo de persecución penal o sanción administrativa al propio testigo o a personas vinculadas a él. También se reconoce el derecho cuando el testimonio pueda suponer la revelación de un secreto empresarial —propio o de otro tercero—. ¹⁹² En estos casos, el testigo (solo) tiene el derecho a negarse a contestar determinadas preguntas. ¹⁹³

Es de interés señalar que el testigo solo tendrá derecho a negarse a declarar si él u otro tercero es el titular del secreto empresarial, pero no si lo es alguna de las partes. ¹⁹⁴

Desde luego, cada uno de estos «derechos» tiene un fundamento —qué se pretende proteger con el privilegio— y una configuración particular que se concreta en sus titulares, su contenido y sus límites. En cualquier caso, la respuesta voluntaria del testigo a las preguntas formuladas es válida: y ello porque las inmunidades se consideran derechos (subjetivos) que deben ser ejerci-

188. MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 31, 39.

189. SAENGER/SIEBERTM, «383 ZPO», Rn. 7; STEIN-JONAS/BERGER „§ 383 ZPO«, Rn. 48-60.

190. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «383 ZPO», Rn 8; MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 41.

191. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «383 ZPO», Rn 9; MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 42.

192. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «384 ZPO», Rn 3-5; STEIN-JONAS/BERGER „§ 384 ZPO«, Rn. 14.

193. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «384 ZPO», Rn 1; MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 2.

194. MUSIELAK-VOIT/HUBER, «384 ZPO», Rn 5; MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 13; STADLER, A., *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses*, *op. cit.*, p. 114-116; WAGNER, G., «Urkundenedition», *op. cit.*, p. 715.

tados por su titular —y no condiciones objetivas que afecten a la licitud de la prueba o la capacidad del testigo—. ¹⁹⁵

Como se verá, el derecho a negarse a declarar del § 384(2) ZPO fundado en la amenaza de persecución penal o sanción administrativa supone una manifestación del derecho a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo en el proceso civil (*vid.* cap. V, apartado 7). ¹⁹⁶

La propia ZPO contempla algunas excepciones a los derechos a negarse a declarar (§ 385 ZPO): entre ellas, cuando el tercero participó como testigo en la propia celebración del negocio jurídico, en determinados procesos relacionados con el Derecho de la persona o familia o cuando la persona sometida a un deber legal de secreto ha sido liberada de él [§ 385 (2) ZPO] (*vid.* cap. IV, apartado 3.2). Por último, debe señalarse que los §§ 387 a 389 ZPO regulan el incidente contradictorio para enjuiciar incidentalmente sobre la existencia de las inmunidades en el proceso (*vid.* cap. IV, apartado 4).

Los §§ 383 y 384 ZPO suponen una suerte de regulación general de las inmunidades procesales en el ordenamiento alemán. Es usual que varias normas de la ZPO y el resto del ordenamiento alemán se refieran a los §§ 383 y 384 ZPO para integrar su contenido y, así, configurar privilegios procesales en otras facetas del procedimiento.

El § 142 ZPO regula el poder del tribunal de exigir a las partes o a terceros la exhibición de documentos para aclarar la controversia (§ 139 ZPO) y reconoce el derecho de los terceros a negarse a ello [§ 142 (2) ZPO]. ¹⁹⁷ El § 143 ZPO regula la posibilidad de que el juez acuerde de oficio el reconocimiento judicial o un informe pericial y contempla también el derecho de terceros a negarse a aportar fuentes de prueba o tolerar la adopción de estas medidas [§ 144 (2) ZPO]. ¹⁹⁸ El § 408 ZPO contiene las causas por las que un perito puede negarse a elaborar su dictamen. En todos estos casos, existe una remisión directa a los §§ 383 y 384 ZPO como aquel régimen general de inmunidades procesales.

El § 429 ZPO regula el deber de exhibición documental de los terceros en el proceso. Sin embargo —y a diferencia del ordenamiento procesal español—, en este caso es necesario que la parte tenga una pretensión material que le permita exigir la aportación del documento al tercero —*materiell-rechtlicher Herausgabe*— oder

195. MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «384 ZPO», Rn 3.

196. MÜKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «383 ZPO», Rn 8.

197. MUSIELAK-VOIT/STADLER, «142 ZPO», Rn 8-9; STÜRNER, R., «La obtención de información probatoria», *op. cit.*, pp. 253-254.

198. MÜKoZPO/FRITSCHKE, «§§ 142-144 ZPO», Rn 24-25.

Vorlegungsanspruch—. ¹⁹⁹ En ese caso, el tercero solo podrá negarse a la aportación cuando exista un derecho (material) a negarse a hacerlo —*Auskunftsverweigerungsrecht*—. El mecanismo de exhibición, por tanto, se desenvuelve en un plano material. ²⁰⁰ En el caso de que el tercero incumpla su obligación (material) de aportar la información, la única posibilidad de la parte será intentar su aportación a través del mecanismo del § 142 ZPO —en el que sí son aplicables los derechos de las §§ 383 y 384 ZPO—. ²⁰¹

En todo los casos, los derechos a negarse a declarar se otorgan a terceros ajenos al proceso —y *no a las partes*, sometidas a las cargas procesales asociadas con el cumplimiento del requerimiento de aportación de información o de fuentes de prueba—. ²⁰²

En materia de acceso a fuentes de prueba, el § 33 g) de la Ley de defensa de la competencia (GWB) se remite también a los §§ 383 y 384 ZPO para identificar aquellos casos en los que un tercero puede negarse a exhibir determinadas fuentes de prueba. ²⁰³

8.2. El Tribunal Unificado de Patentes

El sistema creado por el Tribunal Unificado de Patentes reconoce distintas inmunidades procesales de exclusión. Su regulación está dispersa en los distintos textos que ordenan su régimen procesal: el Acuerdo para un Tribunal Unificado de Patentes (ATUP) [2013/C 175/01], el Estatuto del Tribunal Unificado de Patentes (ETUP) [2013/C 175/01, Anexo I] y las Reglas de Procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes (Reglas de P-TUP).

El artículo 48 del ATUP reconoce el derecho de los abogados «a no revelar en los procedimientos ante el Tribunal el contenido de las comunicaciones entre un representante y la parte o cualquier otra persona [...] a menos que la parte afectada renuncie expresamente a este derecho». El precepto diferencia así entre el titular de la inmunidad procesal y el sujeto respecto del que se refiere la información protegida y que tiene el poder de relevar el deber de secreto. La

199. MüKoZPO/SCHREIBER, „§ 429 ZPO«, Rn. 1; STEIN-JONAS/LEIPOLD, „§ 429 ZPO«, Rn. 1; STÜRNER, R., «La obtención de información probatoria en el proceso civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX, 2008, pp. 244-246.

200. CHASE, O., et al., *Civil litigation*, op. cit., p. 226.

201. MüKoZPO/SCHREIBER, „§ 428 ZPO“, Rn. 3; MUSIELAK-VOIT/HUBER, «§ 428 ZPO», Rn 5; STEIN-JONAS/LEIPOLD, „§ 429 ZPO“, Rn. 6; WAGNER, G., «Urkundenedition», op. cit., pp. 706-719.

202. MüKoZPO/FRITSCHKE, «§§ 142-144 ZPO», Rn 11; MüKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, «§ 383 ZPO», Rn 4; MüKoZPO/SCHREIBER, „422 ZPO“, Rn. 5; STEIN-JONAS/LEIPOLD, „§ 422 ZPO“, Rn. 1.

203. HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, op. cit., pp. 230-236, 241.

inmunidad contempla un derecho a negarse a aportar información y fuentes de prueba que opera en cualquiera de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba.²⁰⁴

La inmunidad procesal del abogado —*attorney-client privilege*— se desarrolla en la regla 287 de las Reglas de P-TUP. En relación con su ámbito objetivo, se considera protegida cualquier comunicación confidencial oral o escrita que se mantenga en secreto entre las partes y sus abogados (regla 287.1 de las Reglas de P-TUP).²⁰⁵ El privilegio se extiende también a cualquier trabajo oral o escrito del abogado —*attorney work product privilege*— (regla 287.3 de las Reglas de P-TUP).²⁰⁶ En ambos casos, deben considerarse también protegidas las comunicaciones y los trabajos intercambiados entre abogados del mismo despacho o entre estos y abogados *in-house* de la parte (regla 287.3 de las Reglas de P-TUP).²⁰⁷

La regla 288 de las Reglas de P-TUP privilegia las comunicaciones confidenciales de las partes y sus abogados que se tienen con terceros con la finalidad de obtener información o fuentes de prueba de cualquier naturaleza que se pretenda usar en un procedimiento ante el TUP o ante la Oficina Europea de Patentes —*litigation privilege*—. ²⁰⁸

Por otro lado, y conforme al artículo 58 del ATUP, «[p]ara proteger los secretos comerciales, los datos personales y demás información confidencial de una parte en el procedimiento o de un tercero, o bien para evitar todo abuso de las pruebas, el Tribunal podrá ordenar la restricción o la prohibición de la recopi-

204. TILMANN-PLASSMANN/ KEUSSEN-TILMANN, «Artikel 48 EPGÜ», Rn. 22-30; Regla 287 Reglas de P-TUP: «1. Where a client seeks advice from a lawyer or a patent attorney he has instructed in a professional capacity, whether in connection with proceedings before the Court or otherwise, then any confidential communication (whether written or oral) between them relating to the seeking or the provision of that advice is privileged from disclosure, whilst it remains confidential, in any proceedings before the Court or in arbitration or mediation proceedings before the Centre. 2. This privilege applies also to communications between a client and a lawyer or patent attorney employed by the client and instructed to act in a professional capacity, whether in connection with proceedings before the Court or otherwise. 3. This privilege extends to the work product of the lawyer or patent attorney (including communications between lawyers and/or patent attorneys employed in the same firm or entity or between lawyers and/or patent attorneys employed by the same client) and to any record of a privileged communication. 4. This privilege prevents the lawyer or patent attorney and his client from being questioned or examined about the contents or nature of their communications. 5. This privilege may be expressly waived by the client».

205. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Regel 287 EPGVerfO», Rn. 1-5.

206. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Regel 287 EPGVerfO», Rn. 7.

207. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Regel 287 EPGVerfO», Rn. 6.

208. Regla 288 de las Reglas de P-TUP: «Where a client, or a lawyer or patent attorney as specified in Rule 287.1, 2, 6 and 7 instructed by a client in a professional capacity, communicates confidentially with a third party for the purposes of obtaining information or evidence of any nature for the purpose of or for use in any proceedings, including proceedings before the European Patent Office, such communications shall be privileged from disclosure in the same way and to the same extent as provided for in Rule 287»; TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Regel 285 EPGVerfO», Rn. 1.

lación y del uso de las pruebas en el procedimiento sustanciado ante él, o que el acceso a dichas pruebas quede restringido a determinadas personas».

El artículo 58 del ATUP es una suerte de cláusula general que permite al tribunal adoptar medidas de exclusión o de protección de la información confidencial.²⁰⁹ El riesgo de revelar secretos empresariales, datos personales e información confidencial —entendida en sentido amplio (*vid.* cap. III, apartado 7.13)— se configura así como uno de los elementos que debe tomar en consideración el tribunal a la hora de activar cualquier mecanismo propio o impropio que permita el acceso a fuentes de prueba —*v.gr.*, las órdenes de exhibición de fuentes de prueba (art. 59 ATUP) o las diligencias de comprobación de hechos (art. 60.3 ATUP)—. Los titulares de estas inmunidades podrán ser las partes o cualquier otro tercero.

En función de la ponderación de las circunstancias en el caso concreto, el riesgo de revelar información protegida puede llevar a rechazar el acceso a fuentes de prueba, a no utilizar la fuente de prueba obtenida o a la adopción de medidas de protección: de este modo, esta información puede justificar la existencia de una inmunidad procesal de exclusión o de protección (*vid.* cap. VII).²¹⁰ La decisión sobre adoptar una u otra medida es discrecional y debe considerarse que forma parte de los poderes de gestión procesal del tribunal. Entre los criterios que se han propuesto para ponderar las circunstancias del caso concreto y decidir entre la exclusión o la protección de la información están los siguientes: (i) la apariencia de buen derecho del actor o la posibilidad de que vea estimada su demanda; (ii) un criterio de pertinencia, que se concreta en la proximidad de la fuente de prueba protegida con la cuestión controvertida; o (iii) la efectividad real que las medidas de protección de la información confidencial podrían tener.²¹¹

La cláusula general del artículo 58 del ATUP debe operar frente a mecanismos propios o impropios de acceso a fuentes de prueba. El artículo 55 del ATUP, por ejemplo, contempla una presunción similar a la del artículo 69.2 de la LP: «[s]i una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado». De este modo, a través de una presunción se arroja la carga de la contraprueba en el demandado, que deberá acreditar que el producto similar no se ha fabricado infringiendo la patente. En relación con ello, el artículo 55.3 del

209. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Artikel 58 EPGÜ», Rn. 1-2, 32-37.

210. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Artikel 58 EPGÜ», Rn. 13.

211. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Artikel 58 EPGÜ», Rn. 14-20. Similares criterios en el ordenamiento alemán propone HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, *op. cit.*, p. 130.

ATUP señala que «[s]i se aducen pruebas en contrario, se tomarán en consideración los intereses legítimos del demandado en la protección de sus secretos de fabricación o comerciales». Este precepto, puesto en relación con el artículo 58 del ATUP, permitiría al tribunal adoptar medidas de protección o —cuando el abuso del proceso sea evidente— desactivar la carga de la contraprueba del demandado. Con ello podrá evitarse una instrumentalización del proceso —*rectius*, de la presunción— para acceder a información o fuentes de prueba protegidas del demandado. Se está así ante una circunstancia que el tribunal deberá tomar en cuenta a la hora de aplicar el precepto.²¹²

La regla 179.2 de las Reglas de P-TUP otorga a determinados testigos el derecho a negarse a declarar: el cónyuge o la pareja de hecho equivalente conforme al Derecho nacional, descendientes o ascendientes; aquellos testigos que estén sometidos a un deber de secreto impuesto legalmente; o cuando el testigo los familiares arriba señalados se expongan con su declaración al riesgo de persecución penal.²¹³ En el caso de los testigos sometidos a un deber legal de secreto, se considera también que la persona a la que se refiere la información confidencial —*Geheimnisherr*— tiene el poder de relevar al sujeto de su obligación (*vid.* cap. IV, apartado 3).²¹⁴

Todos los derechos a negarse a declarar reconocidos a los testigos y a los abogados son también operativos en el marco del mecanismo ordinario de acceso a fuentes de prueba (regla 190.6 Reglas de P-TUP).²¹⁵ Puede por ello afirmarse que en el sistema del Tribunal Unificado de Patentes es plenamente aplicable la expresión de que «aquello que la boca no tiene que revelar tampoco se le puede arrancar a la mano».

8.3. Las *European Rules of Civil Procedure*

La regla 91 de las *European Rules* reconoce expresamente la eficacia procesal de los privilegios e inmunidades en materia probatoria. En especial, y a título ejemplificativo, se reconoce el «derecho» a negarse a declarar del cónyuge o persona vinculada por vínculo análogo [regla 91(2) (a) ERCP], el derecho de las

212. TILMANN-PLASSMANN/FALCK-DOM, «Artikel 55 EPGÜ», Rn. 22-30.

213. Regla 19.3 Reglas de P-TUP: «Nobody shall be obliged to sign a written witness statement or to give evidence at an oral hearing if he is a spouse, partner equal to a spouse under applicable national law, descendant, sibling or parent of a party. A witness may also refuse to answer questions if answering them would violate a professional privilege or other duty of confidentiality imposed by the national law applicable to the witness or expose him or his spouse, partner equal to a spouse under applicable national law, descendant, sibling or parent to criminal prosecution under applicable national law»; TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 179 EPGVerfO», Rn. 17-26.

214. TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 179 EPGVerfO», Rn. 27-29.

215. TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 190 EPGVerfO», Rn. 47-48.

partes a no inculparse a sí mismas [regla 91(2) (b) ERCP] —lo que es otra manifestación del derecho a la presunción de inocencia en el proceso civil (*vid.* cap. V, apartado 7)—, el «derecho» a negarse a declarar de los profesionales que están obligados a guardar secreto profesional [regla 91(2) (c) ERCP], el «derecho» a no revelar las comunicaciones y propuestas de transacciones entre las partes [regla 91(2) (d) ERCP], los secretos de Estado y otra información de interés para la seguridad nacional [regla 91(2) (e) ERCP]. Se trata de una lista abierta —*numerus apertus*— y, por tanto, no se excluye que otros privilegios específicos puedan reconocerse en otras leyes procesales o sustantivas.

Las *European Rules of Civil Procedure* son un proyecto conjunto del ELI y UNIDROIT que suponen un desarrollo regional de los *Principles of Transnational Civil Procedure*.²¹⁶ El objetivo de las *European Rules* es proporcionar una serie sistematizada y coherente de reglas más o menos detalladas que, diseñadas sobre la base de la cultura procesal europea, sirvan de modelo para el futuro desarrollo del Derecho procesal civil europeo y nacional.²¹⁷ Se trata de un instrumento privilegiado que incorpora parte de la cultura procesal europea y el *acquis communautaire*.

En las *European Rules* las inmunidades procesales se atribuyen a cualquier sujeto que intervenga en el proceso —*all persons who are heard in order to provide information* [regla 91(1) ERCP]— con independencia de su estatus (*in personam privileges*). Por lo tanto, serán titulares de los privilegios las partes y los terceros —testigos, peritos, etc.—.

Por el tenor literal del precepto —*effect should be given to privileges* [regla 91(1) ERCP]—, se considera que el tribunal tiene un deber de proteger las inmunidades procesales *ex officio*.²¹⁸ Esto debe concretarse en su obligación de avisar de su existencia a su titular y de asegurarse de que no se desvelen información o fuentes de prueba protegidas.

216. El texto de las *European Rules* puede consultarse en: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules> En relación con las *European Rules* *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules of Civil Procedure ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 98-101. También son de especial interés STADLER A., GASCÓN INCHAUSTI, F., *et al.*, *European Rules of Civil Procedure. A commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton (USA), 2023; SILVESTRI, E., STÜRNER, M., y KERN, C. A. sobre las *European Rules* en GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 199-237.

217. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules», *op. cit.*, pp. 286-288, 289-290. Las *European Rules* aspiran a tener influencia en ordenamiento de países que no forman parte de la UE. Esta cuestión, que se explica por el distinto ámbito de la UE y UNIDROIT, amplía el ámbito geográfico de los estándares europeos que en ellas pueden identificarse. Para ver la relación entre las *European Rules* y el *acquis communautaire* *vid.* el Preámbulo de las *European Rules of Civil Procedure*, pp. 24-31.

218. Committee notes on Rule 91 de las ERCP, pp. 207-210.

Como regla general, el tribunal no puede extraer consecuencias desfavorables de la negativa justificada a exhibir una fuente de prueba o revelar una información [regla 91(3) y (4) ERCP].²¹⁹ De este modo, las *European Rules* expanden la protección de las inmunidades procesales, de manera que las posibles consecuencias desfavorables asociadas a la idea de carga o de deber procesal no lleven a una renuncia a su ejercicio.

La regla 91(5) ERCP señala que el titular que pretende negarse justificadamente a aportar la información o la fuente de prueba requerida debe describir con suficiente detalle la existencia de la inmunidad procesal —i.e., la alegación debe, en definitiva, sustanciarse—. Se trata de una norma que, proyectándose sobre el enjuiciamiento incidental del privilegio, impone a su titular la carga de alegar y hacer creíble su existencia.²²⁰

La regla 100 ERCP reafirma la eficacia procesal de los privilegios e inmunidades procesales en los mecanismos de acceso a fuentes de prueba. En concreto, sostiene que cada parte podrá tener acceso a las fuentes de prueba «relevantes y no *privilegiadas*».²²¹ Las inmunidades procesales, por ello, también en este marco procesal otorgan un derecho a negarse a aportar información o fuentes de pruebas protegidas.

219. Regla 91 ERCP: «(3) The court should consider whether these protections justify a party's failure to disclose evidence or other information when deciding whether to draw adverse inferences or to impose sanctions. (4) The court should recognise these protections when imposing sanctions on a party or non-party in order to compel disclosure of evidence or other information».

220. Regla 91 ERCP: «(5) A claim of privilege, immunity or other similar protection made with respect to a document shall describe it in sufficient detail to enable another party to challenge the claim».

221. Regla 100 ERCP: «(a) as a general rule, each party should have access to all forms of relevant and nonprivileged evidence».

Capítulo V | Las inmunidades procesales de exclusión en particular

La Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce distintas inmunidades procesales de exclusión que permiten a sus titulares negarse a desvelar información o aportar una fuente de prueba. Cada una de ellas tiene un contenido concreto y es operativa en un momento procesal distinto. Una vez expuestos los aspectos generales de las inmunidades procesales de exclusión, es posible ahora descender al plano de la legalidad ordinaria y examinar en detalle cómo opera cada una de ellas en el proceso civil español.

1. El «derecho» de los testigos a negarse a declarar

El testigo es un tercero ajeno al proceso que tiene conocimientos sobre hechos fundamentales o secundarios en los que se apoyan las pretensiones y las excepciones de las partes. Los testigos tienen el deber de comparecer (art. 292 LEC) y de decir la verdad (art. 365 LEC). Estas obligaciones nacen del genérico deber de colaboración de todos los ciudadanos con la administración de justicia (art. 118 CE). Los testigos tienen derecho a una indemnización como contrapartida al cumplimiento de estos deberes (art. 375 LEC).²²²

El incumplimiento de estos deberes legales puede acarrear sanciones administrativas y penales. La incomparecencia injustificada del testigo «se sancionará por el Tribunal, previa audiencia por cinco días, con multa de ciento ochenta a seiscientos euros» (art. 292.2 LEC). La incomparecencia persistente del testigo puede suponer un delito de desobediencia a la autoridad (art. 292.2 LEC en relación con el art. 556 CP). Y, como se sabe, el incumplimiento del deber del

222. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 326-333.

testigo de decir la verdad (art. 365 LEC) también se sanciona penalmente (arts. 458 *et seq.* CP).

Si se examina con detenimiento, puede concluirse que el testigo tiene también un *deber de contestar a las preguntas* —útiles y pertinentes— formuladas por los abogados de las partes y admitidas por el tribunal (art. 368.2 LEC). El incumplimiento de este deber podría también acarrear un delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP). El estatuto del testigo en el proceso civil se define así por sus deberes de comparecer, contestar a lo que se le pregunta y decir la verdad.

La mayoría de los deberes legales de secreto actualmente se imponen por razón del cargo o del oficio (*vid.* cap. III, apartado 7). En abstracto, y en lo que ahora interesa, es posible que estos terceros intervengan en el proceso como testigos o como testigos-peritos (art. 370 LEC) por haber tenido un conocimiento de los hechos controvertidos de forma directa o indirecta.

Ejemplo. Ticio es auditor de cuentas en una empresa en la que Cayo es administrador único. Sempronio es socio de la empresa y demanda a Cayo por pérdidas que ha sufrido la compañía en el último ejercicio, aparentemente derivadas de una mala gestión. En el proceso Sempronio pide que Ticio declare como testigo, pues considera que su declaración ayudaría a determinar la situación económica de la empresa al inicio del año. En la medida en que Ticio presencié directamente el hecho y tiene conocimientos técnicos en la materia, este debería comparecer como testigo-perito (art. 370 LEC).

1.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho de los testigos a no declarar (art. 371 LEC)

La Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce el derecho de los testigos a negarse a declarar. Conforme al artículo 371 LEC, «[c]uando, por su estado o profesión, el testigo tenga el *deber de guardar secreto* respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el *fundamento de la negativa a declarar*, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho».²²³ El artículo 371 LEC incorpora así una inmunidad pro-

223. Artículo 371 LEC: «Testigos con deber de guardar secreto. 1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, 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. 2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite

cesal en materia probatoria que da a su titular el poder de negarse a contestar las preguntas que se le formulan.

El fundamento de este derecho —*lato sensu*— es la protección de la información confidencial y evitar el conflicto de intereses —legal y personal— que de otro modo tendría que soportar el testigo.

A través de esta inmunidad se protege procesalmente la información o las fuentes de prueba relacionadas con la intimidad de una persona, el ejercicio de otros derechos fundamentales u otros intereses que se consideran por el ordenamiento dignos de tutela. Con el deber legal de secreto impuesto al tercero y la inmunidad procesal se crea desde un ámbito material y procesal una suerte de escudo o circuito cerrado que permite mantener en secreto aquello que se quiere proteger. Puede considerarse desde esta perspectiva que el fundamento de la inmunidad está en la protección de esa esfera de intimidad de la persona a la cual la información se refiere.

Asimismo, la inmunidad procesal protege al propio testigo. Como se ha dicho, por un lado el testigo tiene el deber legal de no revelar una determinada información y, por el otro, tiene el deber de comparecer, decir la verdad y contestar a las preguntas que se le formulen (art. 118 CE). El testigo se encuentra así en una encrucijada, pues en esta situación tendría que optar por cumplir con su deber constitucional de colaboración o con su obligación legal de secreto. El eventual cumplimiento de sus deberes como testigo supondrá el incumplimiento de un deber legal de secreto, que también podría acarrearle consecuencias desfavorables —*v.gr.*, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la divulgación de la información—. Puede considerarse desde esta perspectiva que el fundamento de la inmunidad está también en la protección del sujeto obligado a mantener en secreto la información.

Es posible en algunos casos que la revelación en un proceso judicial de la información que se tiene el deber de guardar secreto excluya la responsabilidad civil, penal o disciplinaria asociadas a su incumplimiento. Aunque un análisis detallado de esta cuestión desborda por completo el propósito de estas líneas, debe considerarse que la conducta ilícita —civil, penal o administrativa— se lleva a cabo en cumplimiento de un *deber legal* —el de comparecer, contestar a las preguntas y decir la verdad—. En algunos casos sería posible defender, *v.gr.*, que el cumplimiento de un deber legal excluye la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos o, directamente, que no sea antijurídica la conducta (art. 20.7ª CP).

dicho carácter. El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial».

Es también posible que el testigo en cuanto confidente —necesario o no— tenga algún tipo de relación personal o afectiva con aquel respecto de quien la información se refiere. La inmunidad permitiría desde esta perspectiva evitar el conflicto personal entre ambos.

1.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a declarar (art. 371 LEC)

El artículo 371 LEC incorpora una técnica legislativa de regulación por remisión (*vid.* cap. III, apartado 4). La norma no concreta o especifica qué individuos concretos son titulares de la inmunidad jurídica —*v.gr.*, los médicos, los abogados o los enfermeros—, sino que se limita a establecer de forma genérica que lo serán aquellos testigos que «por su estado o profesión [tengan] el deber de guardar secreto» (art. 371 LEC). La norma procesal no es autosuficiente, sino que su *contenido debe integrarse a través del Derecho material* (*vid.* cap. III, apartados 4 y 7).

El artículo 371 LEC limita la inmunidad a aquellos sujetos cuyo deber de secreto derive de su «estado o profesión». Por profesión debe entenderse cualquier empleo, facultad u oficio que se ejerce regularmente y por el que se percibe una retribución.²²⁴ Y por estado puede entenderse el estamento, la clase o la condición a los cuales está sujeto una persona —*v.gr.*, los sujetos integrantes de la Iglesia, el ejército, la Administración General del Estado o la comunidad universitaria—. ²²⁵

El precepto no determina qué clase de deber justifica la inmunidad procesal. En abstracto, el deber puede ser legal o contractual. En la medida en que el artículo 371 LEC vincula el secreto a la profesión o el estado, es razonable defender que cualquier deber reconocido en una *norma con carácter general* justifica la negativa a negarse declarar (*vid.* cap. III, apartado 7).²²⁶

Por ello, para el enjuiciamiento incidental de la inmunidad, primero deberá determinarse si *conforme al ordenamiento (material)* el testigo tiene un deber de guardar secreto. En esta *determinación material del deber de secreto* deberán tenerse en cuenta aquellas situaciones en las que la propia normativa sustantiva lo excepciona cuando la revelación tenga como finalidad la colabora-

224. Diccionario de la lengua española (23. ed.).

225. Diccionario de la lengua española (23. ed.).

226. Puede encontrarse una recopilación de todos ellos en los «Estatutos de los Consejos Generales de los Colegios Profesionales» recopilados en la página web Boletín Oficial del Estado [Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/].

ción con un juez civil —*v.gr.*, en el caso de los responsables del tratamiento de datos personales (*vid.* cap. III, apartado 7.10) —. La norma material determinará así no solo quién es titular de la inmunidad procesal, sino también cuál es el contenido y el alcance concreto del secreto que este tiene —y que puede variar entre una y otra profesión o estado—. Una vez hecha esta determinación, deberá integrarse el alcance del deber en la *inmunidad procesal* contemplada en el artículo 371 LEC.

Debe señalarse, por último, que la inmunidad procesal reconocida en el artículo 371 LEC permite a los testigos a negarse a declarar, pero no hace *per se* inadmisibles su declaración como medio de prueba: *la eficacia y el enjuiciamiento de la inmunidad se proyecta en la práctica de la prueba y no en su fase de admisión.*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil fijaba determinados testigos que eran legalmente inhábiles para declarar. Entre ellos, el derogado artículo 1247.5º CC determinaba que lo eran los testigos que «están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado».²²⁷ En la actualidad la idoneidad de los testigos está regulada en el artículo 361 LEC, precepto que no integra la existencia de un deber legal de secreto como obstáculo para declarar como tal.

La inmunidad procesal del artículo 371 LEC no convierte la pregunta que se realice al testigo en inadmisibles. La prueba testifical es un medio de prueba y, como tal, cualquier pregunta sobre cualquier persona o circunstancia que sea *útil y pertinente* para fijar como cierto los hechos deberá ser admitida. Será el titular de la inmunidad en su caso aquel que deberá negarse a responder sobre la base del poder que el ordenamiento le reconoce (*vid.* cap. IV, apartado 3).

1.3. El titular de la inmunidad procesal

El titular de la inmunidad y, por tanto, aquel sobre el que pesa la carga de ejercitarla es el testigo. Es por ello en principio indiferente quién es la persona a la que se refiere la información o la fuente de prueba que el testigo debe mantener en secreto. Es posible que esta sea el actor, el demandado o que sea un tercero —con o sin relación con las partes—.

227. DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil II*, op. cit., p. 355; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., et al., *Derecho procesal práctico III*, op. cit., pp. 742-746; CHOZAS ALONSO, J. M., *El interrogatorio de los testigos*, op. cit., pp. 134-136.

La inmunidad procesal solo autoriza al testigo materialmente obligado al secreto por su condición o profesión a negarse a declarar. Un tercero no podrá negarse justificadamente a hacerlo por hechos que ha conocido por *otros* que tienen el deber de mantener la información en secreto. La inmunidad procesal se otorga al obligado por el secreto y solo él podrá ejercitarla.

A pesar de ello, en algunos casos la ley amplía el deber de secreto a terceros que conocen accidental o ilegítimamente la información (*vid.* cap. III, apartado 7). En este caso, sería la ampliación material de la obligación de secreto lo que les permitiría negarse a aportar la información o la fuente de prueba. En definitiva, y debe insistirse en la idea, por la técnica legislativa del artículo 371 LEC será el Derecho material el que marque y delimite los titulares del poder que esta incorpora.

En el caso de que la información se refiera a alguna de las partes, en abstracto es posible que estas releven al testigo de su deber legal de secreto en el propio proceso —durante la práctica de la prueba o antes—. Este sería un acto personalísimo de autodeterminación de la esfera de la intimidad (art. 18 CE) que se llevaría a cabo dentro del proceso y que desactivaría el privilegio probatorio indirectamente al quitarle a la información la condición de confidencial.

Como se ha visto, en la mayoría de las ocasiones la norma material permite la divulgación de la información si es consentida por aquel al que esta se refiere (*vid.* cap. III, apartado 7). Por sus efectos externos—la desaparición del derecho del testigo a negarse a declarar— podría pensarse que en este caso es la parte titular de la inmunidad. Y, como se ha dicho ya, esto no es así (*vid.* cap. IV, apartado 3.2). La parte en uso de un poder de autodeterminación personal delimita materialmente su esfera jurídica y, de este modo, influye en la consideración material de la existencia del secreto.

Es posible que la información respecto de la que el testigo tenga el deber de guardar secreto se refiera a un tercero que no esté presente en la práctica de la prueba. En ese caso, *de facto* no existiría la posibilidad de que el titular de la información autorice la revelación de la información que el testigo tiene el deber de mantener en secreto. En abstracto, podría plantearse que después de la negativa del testigo a contestar, las partes obtengan por su cuenta el consentimiento del titular de la información a que se revele en el proceso. De conseguirlo, podrían intentar que se vuelva a celebrar el interrogatorio como diligencia final por considerar que (parte de) la prueba no pudo practicarse por causas ajenas a las partes (art. 435.1.2ª LEC). Se trata de una interpretación expansiva de las diligencias finales que, sin embargo, maximizaría el equilibrio entre todos los intereses en juego: el derecho de defensa de una parte, el respeto al deber de secreto del testigo y la posibilidad de que el titular de la información ejerza su poder de autodeterminación.

1.4. El enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a declarar

La inmunidad procesal debe ser ejercitada por su titular: el testigo. La existencia de un deber legal de secreto no es en sí mismo un motivo que haga impertinente la pregunta hecha al testigo y, por ello, que deba ser inadmitida por el tribunal (art. 386.2 LEC). La ley impone por esta razón que sea el testigo el que manifieste «razonadamente» (art. 371.1 LEC) la existencia y el ámbito del deber de secreto.

En nuestro ordenamiento no se impone al tribunal el deber de avisar al testigo sobre la posible existencia del derecho a negarse a declarar sobre los hechos por los que se le preguntan. Por la propia naturaleza de los deberes legales de secreto, la ley considera que es el testigo el que mejor conoce su estatuto jurídico personal o profesional. Y, con ello, el que está en mejor condición de identificar y valorar la existencia y el alcance de su deber legal.

Como se ha dicho, en Alemania el tribunal debe informar a aquellos sujetos que tienen una relación de parentesco con la parte sobre su derecho a negarse a declarar [§ 383 (2) ZPO]. La falta de aviso al testigo sobre la existencia del derecho supone la imposibilidad de utilizar la declaración como prueba (*vid.* cap. IV, apartado 8.1). En el resto de los casos, el tribunal no está obligado a informarles de su derecho, pero debe tener la consideración de cuidar que durante la práctica del interrogatorio no incumplan sus deberes de confidencialidad. El deber de aviso, por ello, tiene su fundamento en el (normal) desconocimiento del tercero sobre la inmunidad procesal —al ser normalmente lego en Derecho—.

Si el testigo ejerce su inmunidad y se niega a responder deberá enjuiciarse incidentalmente su existencia. Para ello el juez deberá determinar (i) si el deber material de secreto existe y (ii) si la norma procesal da al testigo el derecho a negarse a contestar a las preguntas sobre la base de esa obligación de sigilo. La carga de alegar y de hacer creíble la existencia de la inmunidad corresponde al testigo (*vid.* cap. IV, apartado 4).²²⁸

La Ley de Enjuiciamiento Civil no regula un procedimiento específico y general para resolver esta cuestión. El artículo 371.1 LEC se limita a establecer que el juez «considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho». El precepto contempla por tanto un *enjuiciamiento incidental e indiciario sobre la existencia del deber legal de secreto* sobre la base de las razones justificadas que el testigo alegue.

228. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, op. cit., p. 596.

El derecho de defensa impone que las partes puedan alegar lo que consideren sobre la existencia de la inmunidad. No se contempla, pese a ello, un incidente o trámite contradictorio en el que se permita la aportación de cualquier tipo de prueba —*de prueba sobre la prueba*—. Por el alcance de la actividad probatoria sobre la que el privilegio es operativo —(solo) una o varias preguntas al testigo— al ordenamiento procesal le basta con una alegación razonada y un enjuiciamiento incidental sobre su existencia.

Como se ha dicho ya, la determinación de si un privilegio procesal existe es una de las cuestiones más problemáticas y complejas. En ocasiones será necesario conocer el contenido de la información o de la fuente de prueba para calificarla y saber si esta está dentro del ámbito del deber legal de secreto. Este enjuiciamiento exigiría la revelación de la información, lo que haría prácticamente inútil la inmunidad asociada al secreto.

De lege ferenda la mejor opción pasa por articular un mecanismo a través del que sea solo el tribunal enjuiciador u otro juez el que decida sobre la consideración material de secreto de la información o la fuente de prueba. (*vid.* cap. IV, apartado 4). La inversión de tiempo y recursos en ello tendría sentido, al menos, cuando con las preguntas se pretenda fijar alguno de los hechos fundamentales de las pretensiones de las partes y no existan otros medios para hacerlo —teoría de las fuentes de prueba escasas (*vid.* cap. IV, apartado 5.2)—. Pese a ello, *de lege lata*, basta con que el testigo haga creíble que existe el deber legal de secreto —que está bajo un deber legal de decir la verdad— y un enjuiciamiento incidental sobre la cuestión para que la inmunidad se active.

La providencia oral del tribunal resolviendo sobre la inmunidad procesal (art. 371.1 LEC) será recurrible en reposición (art. 451 LEC). En el caso de que la inmunidad se rechace, el testigo tendrá el deber legal de contestar a la pregunta. Si se considera justificado el rechazo —y, por tanto existente la inmunidad— la pregunta quedará sin contestar. En su caso, la incorrecta estimación o desestimación de la inmunidad será una infracción procesal que podrá ser alegada en la segunda instancia o en el recurso de casación. Sus consecuencias dependerán de la naturaleza de los hechos que se pretendían fijar con las preguntas —fundamentales o secundarios— y de la existencia o no de otras fuentes de prueba para acreditarlos (*vid.* cap. IV, apartado 5.2).

1.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal

De considerarse que la información por la que se interroga está protegida por la inmunidad procesal, la pregunta hecha al testigo quedará sin contestar. En ese caso deberán determinarse las consecuencias que el tribunal puede extraer de esta negativa justificada.

El tribunal es libre para valorar las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC). Pese a lo anterior, y como elemento integrante de la propia inmunidad procesal, el tribunal no podrá valorar el silencio del testigo y extraer consecuencias desfavorables para ninguna de las partes (*vid.* cap. IV, apartado 5.1). Tampoco en el caso de que una de las partes sea el sujeto al cual la información confidencial se refiere y se niegue a permitir que se revele la información —*v.gr.*, que una parte sea el paciente del médico que declara como testigo—. En definitiva, el juez no podrá hacer inferencias negativas o positivas del ejercicio de la inmunidad procesal por el testigo.

Si el testigo se niega justificadamente a declarar, podría inferirse que con la negativa se intenta ocultar algo que perjudica a alguna de las partes. Aunque se trata de una máxima de la experiencia que puede ser cierta, este no puede ser un criterio válido para valorar el silencio del testigo. El testigo está ejercitando un poder jurídico que tiene su fundamento en la protección de un derecho o un interés que es considerado digno de tutela: y sobre esta base no puede extraerse ninguna consecuencia desfavorable para las partes.

En ese caso, seguirán siendo aplicables las reglas sobre la carga de la prueba y el principio de la carga de la prueba dinámica. Seguirá siendo carga de la parte interesada en ello fijar los hechos que pretendía probar a través de la declaración testifical. De no poderlo hacer por indisponibilidad o por dificultad probatoria, el tribunal podrá modular las reglas sobre la carga de la prueba activando el artículo 217.7 LEC, aunque ello solo si se considera que la otra parte está en una mejor posibilidad de acceder o disponer de la información o la fuente de prueba (*vid.* cap. IV, apartado 5.2).

1.6. Sobre el derecho a negarse a declarar acerca de hechos relativos a materias clasificadas o secretas (art. 371.2 LEC)

Es posible que el testigo se niegue a declarar porque considere que «los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto» (art. 371.2 LEC). En estos casos, es el conocimiento de la información aquello que obliga a mantenerla en se-

creto: es aquel que tiene conocimiento de la información clasificada o secreta el que tiene el deber de no revelarla —y, por tanto, el que es titular de la inmunidad procesal—. ²²⁹

Como puede imaginarse, no será inusual que empresas o personas privadas de la industria militar, aeroespacial o del sector de la energía tengan acceso a información calificada como clasificada o secreta y que exista algún litigio civil entre ellas (*vid.* cap. III, apartado 7.7). Es en el marco de litigios civiles entre ellas en el que estas inmunidades son operativas y podrán activarse.

Ticio tiene una empresa armadora que construye barcos para el Ministerio de Defensa en el marco de un contrato público. Para llevar a cabo su actividad, Ticio contrata los suministros y subcontrata con Cayo parte de la fabricación de los buques. En el caso de un litigio civil entre ellas derivados del incumplimiento de estos contratos, es posible que algún testigo considere que aquello por lo que se le pregunta está legalmente clasificado como secreto.

El tribunal en estos casos, cuando lo considere necesario, «pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter [secreto]» (art. 371.2 LEC). Una vez contestado por la administración o la entidad pública el requerimiento judicial, el tribunal «comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial» (art. 371.2 LEC).

El enjuiciamiento incidental sobre la existencia de la inmunidad procesal está atribuida al tribunal (art. 117.3 CE). Pese a ello, como puede deducirse, su decisión estará *de facto* condicionada por la calificación que de la información lleve a cabo la administración o el ente público. Lo normal será que el órgano jurisdiccional no tenga acceso a la información y, por tanto, no tenga los elementos necesarios para calificarla por sí mismo.

En relación con ello, es de especial interés el procedimiento para el acceso a información secreta que se incorporaba en el artículo 38 del (fallido) Anteproyecto de Ley de Información Clasificada presentada por el Gobierno de la XIV legislatura. ²³⁰

229. RIFÁ SOLER, F. M., «Comentario del art. 371» en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. *et al.* (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 1720.

230. Anteproyecto de Ley de Información Clasificada presentada por el Gobierno de la XIV legislatura: «Artículo 38. Acceso a la información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional 1. Si durante la tramitación de un proceso jurisdiccional el órgano judicial competente considerara indispensable para el desarrollo de las actuaciones o la resolución del asunto, acceder a información clasificada, podrá solicitar motivadamente a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que requiera de la autoridad de clasificación la remisión de dicha información. El escrito será acompañado del testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento. El órgano judicial solicitante podrá suspender el proceso jurisdiccional en el momento en que su continuación dependa del resultado del requerimiento. 2. Si la Sala admitiera la solicitud, dirigirá oficio a la autoridad de clasificación para que, en el plazo máximo de sesenta días, le remita la información clasificada o, en su caso, presente un informe motivado sobre la improceden-

Conforme a este, el órgano jurisdiccional podría solicitar a la Sala Tercera del Tribunal Supremo que accediese a la información. Será esta la que requeriría la información a la administración o a la entidad pública que la tenga en su poder y la que decidirá sobre su entrega al tribunal de instancia requirente ponderando los intereses en juego. En este caso, el *enjuiciamiento incidental sobre la calificación de la información* y sobre la ponderación de los bienes en juegos se delega a otro órgano jurisdiccional —la Sala Tercera del Tribunal Supremo—. De este modo se preserva la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), la imparcialidad del juzgador de la instancia y el secreto de la información.

1.7. Sobre el derecho de las entidades públicas y de los empleados públicos a negarse a declarar (art. 381 LEC)

Es posible que se solicite que una entidad pública responda por escrito sobre hechos que se refieran a su actividad y que son relevantes para el proceso (art. 381 LEC). De admitirse la prueba por considerarse pertinente y útil, el tribunal requerirá a la persona o entidad pública para que responda por escrito (art. 381.2 LEC). A la vista de las respuestas de la entidad, el tribunal podrá citar de oficio o a instancia de parte a las personas físicas integradas en la persona o la entidad pública para que aclaren o completen la declaración escrita de esta última (art. 381.3 LEC).

Conforme al artículo 381.5 LEC, a las declaraciones escritas y orales de las entidades públicas o de las personas físicas que prestan sus servicios en ellas «se aplicarán, en cuanto sea posible, las demás normas de la presente sección»: la sección 7ª, referida al interrogatorio de los testigos.

La entidad pública podría por ello negarse a responder por escrito a las preguntas por existir alguna norma de carácter general que le imponga un deber de secreto —*v.gr.*, el Banco de España o la CNMV—. Las personas físicas que prestan sus servicios en ellas podrían igualmente negarse a declarar oralmente en el juicio o en la vista por considerar que tienen un deber legal de guardar secreto —*v.gr.*, un policía nacional o un trabajador de la CNMV— (*vid.* cap. III, apartado 7).

cia de su remisión. El informe incluirá, al menos, la categoría de clasificación asignada, la entidad del perjuicio que causaría a España su revelación no autorizada o su utilización indebida, y la fecha en que dicha información quedará desclasificada. Si la autoridad competente considerase que han decaído los motivos que fundaron la clasificación, ordenará su desclasificación, remitirá la información a la Sala y esta la trasladará al órgano judicial solicitante. 3. Si la Sala estimase que el informe aportado por la autoridad de clasificación no contiene suficientes elementos para resolver, ordenará que se le remita la información para su examen, guardando absoluta reserva del contenido de dicha información. 4. La Sala decidirá, ponderando los intereses en conflicto, la remisión, total o parcial, o la no remisión de la información al órgano judicial solicitante. 5. Si la Sala acordase la remisión de la información, esta se incorporará a los autos del proceso jurisdiccional en los términos que señale. Asimismo, podrá acordar su acceso limitado o la adopción de las medidas de confidencialidad que considere necesarias».

El ordenamiento procesal reconoce así inmunidades procesales para proteger los deberes de secreto que se imponen a entidades y a empleados públicos sobre hechos que han conocido en el desempeño de sus funciones. El artículo 381 LEC incorpora la facultad de negarse a declarar justificadamente sobre ellos y, de este modo, prolonga en la esfera procesal la protección material de la información.

La LEC no regula el procedimiento para enjuiciar incidentalmente sobre la licitud de la negativa de la administración a cumplir con el requerimiento. Cabe por ello hacer una remisión en bloque a lo expuesto anteriormente en relación con el enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a declarar (*vid.* cap. V, apartado 1.4).

1.8. Excurso: la ineptitud del perito que ha participado en un proceso de mediación

Conforme al artículo 335.3 LEC, «[s]alvo 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, por ello, el tribunal denegará las solicitudes de intervención de los peritos en el juicio o en la vista cuando «existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes» (art. 347.1 LEC).

En estos casos, más que una auténtica inmunidad procesal —*i.e.*, un poder jurídico subjetivizado—, la Ley de Enjuiciamiento Civil considera que la participación previa del perito en el proceso de mediación lo hace no apto para el posterior proceso judicial —«no se podrá solicitar dictamen a un perito», dice tajantemente el artículo 335.3 LEC—. Los peritos tienen el deber de comparecer y de decir la verdad (art. 335.2 LEC). Sin embargo, y a diferencia de los testigos, los peritos son fungibles: será pertinente y útil el dictamen de cualquier otro sujeto con los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que deben acreditarse en el proceso.²³¹ En la medida en que los peritos que han participado en la mediación tienen el deber legal de mantener en secreto la información y la documentación en ella conocida (art. 9.2 LM), la ley opta directamente por excluirlos de la pericia en el proceso judicial. Se prefiere un perito que, no estando sometido a un deber de sigilo, pueda emitir su opinión con la amplitud que se requiere. Solo la dispensa del deber de confidencialidad de todas las partes que han participado en la mediación [art. 9.2.a) LM], volverá a hacer apto al perito para su labor (art. 335.3 LEC).

231. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 346-347.

Desde luego, también se excluye la posibilidad de que estos peritos intervengan en el proceso como testigos ex artículos 9.2 de la Ley de mediación y 9.1 de la LO 1/2025 puestos en relación con el artículo 371 LEC.

2. El «derecho» de los terceros a negarse a exhibir documentos

Se ha visto que existen distintos derechos y potestades que autorizan al acceso a fuentes de prueba en poder de terceros (*vid.* cap. II, apartado 1). Corresponde ahora centrarse en el derecho de los terceros a negarse a exhibir documentos que le sean requeridos judicialmente o por la otra parte.

2.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho a negarse a aportar documentos

Es posible que se solicite la aportación de documentos a terceros antes del proceso en el marco de una solicitud de diligencias preliminares (art. 256 *et seq.* LEC) o durante su desarrollo con base en su deber de exhibición documental (art. 330 LEC). El solicitante podrá obtener a través de estos mecanismos una fuente de prueba que está en poder del tercero y que le es necesaria para preparar su demanda o para fijar algún hecho fundamental o accesorio para su defensa.

En relación con las diligencias preliminares, si es conforme a Derecho la solicitud, el tribunal citará a los requeridos para que cumplan con las diligencias acordadas en el lugar y el modo indicados (art. 259 LEC). La persona requerida podrá oponerse a ellas dentro de los cinco días posteriores a la citación. Con ello se abrirá un incidente de oposición en el que se decidirá si «la *oposición es justificada* o si, por el contrario, carece de justificación» (art. 260.2 LEC). La Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla causas de oposición concretas. Y, en lo que ahora interesa, tampoco reconoce expresamente la existencia de un derecho a negarse a revelar la información o la fuente de prueba sobre la base de un deber de secreto.

En el momento en el que se solicitan las diligencias preliminares nadie tiene todavía la condición de parte. Por ello debe considerarse que, con independencia de que sea previsible que en el futuro proceso sean partes, los requeridos a cumplir con alguna diligencia preliminar son terceros a todos los efectos. No están sujetos a cargas procesales, aunque si finalmente tienen la consideración de partes, podrían cargar con los efectos negativos derivados del injustificado cumplimiento de las diligencias (art. 261 LEC).

El tribunal igualmente podrá ordenar a un tercero la exhibición de un documento durante el proceso cuando lo considere necesario para dictar la sentencia. Si la solicitud hecha por cualquiera de las partes es admitida por el tribunal, se citará al tercero para oírle y este «resolverá lo procedente» (art. 330.1 LEC). En este caso, también se contempla legalmente la posibilidad de que el tercero se niegue a la aportación, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco especifica expresamente los motivos de oposición que se pueden hacer valer.

Una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 260.2 LEC y 330.1 LEC permite concluir que la existencia de un deber legal de secreto sobre la información incorporada al documento —*verkörpete Information*— es una causa justificada que permite negarse a aportar la documentación.²³²

Como se ha afirmado en alguna ocasión por la doctrina: «aquello que la boca no tiene que revelar tampoco se le puede arrancar a la mano».²³³ Las inmunidades procesales hasta ahora examinadas protegen *la información en poder de una persona con el deber legal de mantenerla en secreto*. Si se quiere mantener la coherencia interna del sistema, las inmunidades reconocidas deben ser operativas frente a cualquier derecho o potestad procesal que permita exigir una revelación o exhibición coactiva de la información o la fuente de prueba. Una interpretación coherente de la LEC y acorde con el fundamento de las inmunidades procesales expresamente reconocidas impone hacer esta interpretación integradora. En otro caso, la inmunidad podría burlarse buscando una fuente de prueba alternativa o sustituta —*Beweissurrogat*—. ²³⁴

El fundamento de la mayoría de los deberes legales de secreto es la protección de la información y la relación de confianza entre los individuos. Es indiferente si la información está incorporada en una o en otra fuente de prueba: tiene la misma afectación al núcleo esencial de la intimidad personal (art. 18 CE) y a la protección de otros derechos protegidos por el privilegio que la información se revele a través de uno u otro medio. *Es la revelación de la información por el sujeto obligado a mantenerla en secreto* aquello que la inmunidad procesal quiere evitar; y ello con independencia de la fuente de prueba y el medio probatorio a través del que ingresa en la esfera procesal.

232. «También, por su puesto, entendemos justificada la negativa que se funde en el deber de secreto o en referirse el documento a otros sujetos, ajenos al proceso y cuyos bienes jurídicos (honor, intimidad, etc.) podrían resultar seriamente lesionados y, además, no contar con el consentimiento de esa persona» (DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario del art. 329» en DE LA OLIVA SANTOS, A. et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 574). En el mismo sentido, ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, op. cit., pp. 843, 852.

233. BACHMAIER WINTER, L., «Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2004, p. 53; MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, op. cit., pp. 310-315.

234. MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, op. cit., pp. 342-343; MÜLLER, C., H., *Beweisverbot*, op. cit., pp. 118, 260.

Debe considerarse de este modo que, con base en una interpretación sistemática de los artículos 260.2 y 330.1 LEC puestos en relación con el artículo 371 LEC, la existencia de un deber legal de secreto es un motivo para negarse justificadamente a la exhibición documental requerida.

2.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a exhibir los documentos

Por su fundamento y *ratio legis*, debe considerarse que el ámbito y el contenido del derecho a negarse a exhibir los documentos es el mismo que el del derecho a negarse a declarar de los testigos. Las inmunidades procesales deberán integrarse con los deberes de secreto por razón de profesión o estado impuestos por el ordenamiento en una norma con eficacia general (*vid.* cap. III, apartado 7).

Es de interés plantearse si es posible y conveniente que el tercero excluya la información que tiene el deber de mantener en secreto del documento eliminando los pasajes sensibles o aportándolo parcialmente —*v.gr.*, art. 283 bis b).5 LEC—. Es posible que de todo el documento, solo una parte sea aquella que deba mantenerse en secreto. Y aunque no siempre será sencillo, en principio es imaginable hacer esta selección y revelación seleccionada de la información incorporada en el documento o en la fuente de prueba (*vid.* cap. VII, apartado 5). Esta solución maximiza todos los intereses en juego: el derecho de una parte a conocer la información relevante para su defensa y la protección de la información solo en aquello que se considera digno de protección.

La disociación de pasajes sensibles y la aportación de una versión no confidencial de la fuente de prueba supone, en estos casos, una inmunidad procesal de exclusión: la información no entra en la esfera procesal.

2.3. El titular de la inmunidad procesal

Respecto de la titularidad de la inmunidad procesal, cabe también hacer una remisión en bloque a lo ya dicho sobre el derecho de los testigos a negarse a declarar (*vid.* cap. V, apartado 1.3). Es el obligado materialmente a mantener la información en secreto aquel que podrá negarse justificadamente a aportar el documento a un proceso (art. 371 LEC).

Es por ello también aquí indiferente quién es la persona a la que la información que se debe mantener en secreto se refiere. Es posible que esta sea el actor, el demandado o un tercero —tenga o no relación con alguna de las partes—.

Hay que recordar que la inmunidad autoriza solo al obligado al sigilo a no aportar la información. Un tercero no podrá negarse justificadamente a aportar el documento si no tiene personalmente el deber de guardarlo en secreto. La inmunidad procesal se otorga al obligado y solo él podrá ejercitarla (*vid.* cap. IV, apartado 3.1).

Debe recordarse, por otro lado, que el individuo al cual la información o la fuente de prueba se refiere podrá autorizar la revelación. Este es un acto personalísimo a través del que se ejercitaría el poder de autodeterminación personal (art. 18 CE) (*vid.* cap. IV, apartado 3.2).

Conforme a la LEC, a los efectos del deber de exhibición documental de los terceros en el marco del proceso (art. 330 LEC), «no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio» (artículo 330.2 LEC). El deber de exhibición documental de esos titulares de la relación jurídica controvertida o dependiente que no son partes se regirá conforme al deber de exhibición documental entre las partes (art. 328 LEC). Esto permitirá atribuir a la negativa injustificada del tercero a exhibir los documentos aquellos efectos contemplados para la negativa de las partes: a saber, tener como cierta la copia o la versión que del documento da la parte requirente (art. 329 LEC).

La eficacia material de algunos pronunciamientos judiciales puede afectar indirectamente a personas que no han sido parte del proceso. Son justamente estos posibles efectos materiales reflejos los que justifican su intervención voluntaria en el proceso (art. 13 LEC). Y, en lo que ahora nos interesa, lo que también cualifica su deber de exhibición documental. La ley considera que el tercero tiene un interés directo en el litigio y que está en una posición cercana a su objeto procesal. Piénsese, *v.gr.*, en el caso de un subarrendador, coinquilino o asegurado en el marco de una acción directa entre el perjudicado y la aseguradora.

2.4. El enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a aportar los documentos

La ley regula con algún detalle el enjuiciamiento de la negativa justificada a aportar el documento requerido. En el caso de las diligencias preliminares, la oposición del tercero al cumplimiento de la diligencia supone la incoación de un *incidente de oposición* (art. 260 LEC). Una vez que el requerido se ha opuesto, se dará traslado del escrito al requirente para que lo impugne en el plazo de cinco días. Las partes podrán en su caso pedir y el tribunal acordar la celebración de una vista, que seguirá los trámites del juicio verbal (art. 260.1 LEC).

La Ley de Enjuiciamiento Civil no determina las reglas de defensa y de postulación del tercero que se opone a la práctica de las diligencias. Por la condición procesal (de tercero) que todavía tiene el requerido, debe considerarse que no es necesario que se oponga con abogado y procurador.

En estos casos —y a diferencia del derecho de los testigos a negarse a declarar— la ley contempla la incoación de un incidente para enjuiciar la existencia de la inmunidad procesal. La remisión general a los trámites del juicio verbal supone que las partes podrán proponer la prueba pertinente y útil que consideren. La carga de la alegación y de la prueba sobre la existencia del deber legal de secreto y de la inmunidad procesal incumbe al tercero que pretende ampararse en ella.

La tramitación de este incidente es una opción de política legislativa razonable si se tiene en cuenta que la información o la fuente de prueba que se requiere es necesaria para interponer la demanda —principio *pro actione* del artículo 24.1 CE—.

Una vez celebrada la vista, el tribunal resolverá mediante auto si considera justificada o no la negativa (art. 260.2 LEC) —y, por tanto, si considera que concurre la inmunidad procesal alegada—. El juez podría pronunciarse sobre la negativa y requerir al tercero a que aporte todo el documento o solo una parte de él.

En este incidente el juez se encontrará con el problema que es propio de toda inmunidad procesal: para resolver sobre la oposición deberá calificar jurídicamente información *que no conoce* (*vid.* cap. IV, apartado 4). Debe por eso valorarse la existencia de la inmunidad sobre la base de indicios que hagan creíble que el requerido está obligado a mantener en secreto la información que contiene el documento. En cualquier caso, el auto por el que se considere justificada la oposición es recurrible en apelación (art. 260.4 LEC).

En relación con el deber de exhibición documental durante el proceso, una vez admitida la solicitud de alguna de las partes, el tribunal citará a los terceros para que comparezcan *personalmente* ante él (art. 330 LEC). Una vez comparecido el tercero, «y, tras oírle, resolverá lo procedente» (art. 330.1 LEC). En este caso, por lo tanto, el enjuiciamiento incidental de la inmunidad se asemeja al del derecho de los testigos a negarse a declarar.

El tercero deberá alegar la existencia del deber de secreto y el tribunal, sobre la base de los indicios que tenga a su disposición, decidirá por medio de providencia lo que considere. Esta providencia no es susceptible de recurso alguno (art. 330.1 LEC). El enjuiciamiento del deber legal y de la inmunidad procesal

se limita así a un trámite de alegaciones orales del tercero y de las partes que acudan a su comparecencia.

El distinto enjuiciamiento y el régimen de recursos se explica, como se ha dicho, por la distinta importancia e incidencia que las diligencias preliminares y el deber de exhibición documental tienen en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y sobre el derecho de defensa de las partes (*vid.* cap. II, apartados 1.1 y 1.2).

2.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal

En el caso de las diligencias preliminares, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula expresamente los efectos asociados a la negativa injustificada del tercero a cumplir con el requerimiento efectuado. Entre ellos se incluyen mecanismos como la *ficta confessio* (art. 261.1ª y 4ª LEC) o el uso de la fuerza pública para el acceso a la fuente de prueba u objeto litigioso (art. 261.2ª, 3ª y 5ª LEC). Se trata de medidas que permiten facilitar la alegación de los hechos necesarios para interponer la demanda —*i.e.*, para sustanciar la pretensión de tutela jurisdiccional—. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil no señala las consecuencias asociadas a la negativa *justificada*: esto es, al ejercicio de una inmunidad procesal.

En ese caso, el futuro y eventual actor deberá intentar hacer uso de todos los mecanismos procesales y materiales disponibles para conseguir la información y las fuentes de prueba por otras vías. El problema está cuando esas alternativas no existen y, por lo tanto, cuando se esté ante un supuesto de *escasez de fuentes de prueba* (*vid.* cap. IV, apartado 5.2). A ello debe sumarse el hecho de que, en este momento, todavía no hay en sentido propio una parte procesal a la que se le pueda arrojar la carga de la contra alegación o prueba a través de una flexibilización de las reglas ordinarias (art. 217.7 LEC).

En este escenario debe defenderse que, si la información o la fuente de prueba no son imprescindibles para interponer la demanda, el requirente ha de poder interponerla sabiendo que, una vez determinado el demandado, se puede arrojar sobre él la carga de la contraprueba derivada de una flexibilización de las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217.7 LEC). Siempre, eso sí, que no hubiera cumplido con el requerimiento efectuado en la diligencia preliminar.

Si la información o la fuente de prueba son imprescindibles para la interposición de la demanda, la aplicación y la interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Civil estaría sometida al principio *pro actione* (art. 24.1 CE). En ese caso, el juzgador deberá hacer un juicio constitucional de proporcionalidad entre (i) el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho cuya tutela se pretende(rá)

pedir en el proceso y (ii) el derecho o el interés que la inmunidad protege. Solo de este modo podrá resolverse este conflicto en el momento en el que se encuentra el (inminente) proceso. La amplitud con la que está reconocida la inmunidad procesal—«oposición justificada» (art. 260.2 LEC)—ampara esta solución de ponderación judicial en el caso concreto.

En relación con el deber de exhibición documental de los terceros, la LEC no regula ningún tipo de medida (intra)procesal para conseguir el cumplimiento del requerimiento efectuado —más allá del apercibimiento de las consecuencias penales asociadas a la desobediencia—. Y, desde luego, tampoco regula los efectos y las consecuencias que pueden extraerse del ejercicio válido de una inmunidad procesal.

Ante esta laguna deberán aplicarse por analogía las consecuencias derivadas de la negativa del testigo a declarar: ante la negativa del tercero —justificada o no— a aportar el documento, seguirán siendo aplicables las reglas ordinarias sobre la carga de la prueba y el principio de la carga de la prueba dinámica. Seguirá siendo carga de la parte interesada en ello fijar los hechos que pretendía acreditar a través de la exhibición documental del tercero. De no poderlo hacer por indisponibilidad o por dificultad de acceder a fuentes de prueba alternativas, el tribunal podrá modular las reglas sobre la carga de la prueba activando el artículo 217.7 LEC —y ello siempre que considere que la otra parte está en mejor posición de acceder o disponer de ellas (*vid.* cap. IV, apartado 5.2)—. Lo que no sería adecuado de ningún modo es arrojar sobre una parte las consecuencias (negativas) derivadas de la obstaculización de un tercero o del ejercicio de una inmunidad legalmente reconocida.

2.6. Sobre el derecho de las entidades públicas a negarse a aportar documentos (art. 332 LEC)

Es posible que durante el proceso se solicite la exhibición de documentos a entidades de Derecho público, empresas públicas o privadas que presten servicios públicos por cuenta de aquellas (art. 331 LEC). De admitirse que la prueba es pertinente y útil, el tribunal requerirá la aportación del documento a la entidad.

En este marco, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla expresamente el derecho de estas entidades a negarse a la aportación cuando la documentación esté «declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto» (art. 331.1 LEC) o cuando estas tengan un «deber legal de secreto o reserva» (art. 331.2 LEC). La norma procesal se remite así al Derecho material —privado o administrativo que corresponda— para integrar y delimitar su ámbito de aplicación. Las enti-

dades y las empresas públicas o privadas que presten servicios públicos podrán negarse a aportar documentos cuando tengan un deber legal de mantenerlos en secreto.

Es posible que solo una parte del documento tenga información que las entidades o las empresas públicas deban mantener en secreto. Debería en esos casos admitirse la posibilidad de exigir que se aporte parte del documento o que este sea censurado (*vid.* cap. V, apartado 2.2).

Una vez que la entidad pública o privada se ha negado al requerimiento, el tribunal deberá comprobar su fundamento. En relación con ello, no puede olvidarse que en último término la decisión sobre la existencia de la inmunidad procesal —y con ello, la calificación también incidental de la información incorporada al documento— está atribuida al órgano jurisdiccional (art. 117.3 CE). Su enjuiciamiento, sin embargo, en la práctica estará condicionado por la calificación que de la información lleve a cabo la administración o el ente público. El tribunal no tendrá ordinariamente acceso a la información y, con ello, a los elementos necesarios para calificarla.²³⁵

La ley no regula el enjuiciamiento de la negativa de la entidad a aportar los documentos por la existencia de un deber legal de secreto. En este caso lo razonable es hacer una remisión en bloque en relación con el enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a declarar y, en especial, al derecho de los testigos a declarar cuando conocen información secreta o clasificada (*vid.* cap. V, apartado 1.4).

3. El «derecho» de las partes a negarse a declarar

Las partes pueden pedir el interrogatorio de las demás sobre hechos que tengan relación con el objeto del proceso (art. 301 LEC). Las partes, a diferencia de los testigos, no tienen el deber legal de comparecer, de contestar a las preguntas que se les formulen o de decir la verdad. La Ley de Enjuiciamiento Civil les atribuye (meramente) la carga procesal de hacerlo si no quieren soportar las consecuencias negativas de su incomparecencia o silencio.

El distinto estatuto de las partes y de los testigos desde luego influye en la regulación y en los efectos asociados al ejercicio de las inmunidades probatorias. El testigo que tiene un deber de secreto, se ha dicho ya, está ante un conflicto

235. En este sentido, es de especial interés el procedimiento para el acceso a información secreta que se incorporaba en el artículo 38 del Anteproyecto de Ley de Información Clasificada presentado por el Gobierno en la XIV legislatura (*vid.* cap. V, apartado 1.6).

legal: cumplir con los deberes procesales que se le imponen o con el deber material de mantener en secreto la información por la que se le pregunta. Ese conflicto no existe sin embargo en el caso de la declaración de las partes o, por lo menos, no en los mismos términos. Puede existir el deber legal de mantener en secreto la información y, en su caso, el interés procesal en términos de defensa y estrategia de hacerlo o no.

Es posible que la parte tenga el deber legal de guardar secreto y, sin embargo, que conscientemente decida revelar la información confidencial al contestar a las preguntas que se le formulan. Debe tenerse presente que, en este caso, la revelación no se realizaría en cumplimiento de un deber, pues se acaba de decir que la parte no tiene el deber de declarar —sino la carga de hacerlo—. Eso sí, puede considerarse que la revelación se hace en ejercicio de un derecho —de defensa y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)— y en interés propio. En este marco será el Derecho material —civil, penal o administrativo— el que determine en qué medida el ejercicio legítimo de un derecho (fundamental) es una excepción o causa de exoneración del incumplimiento del deber de sigilo.

3.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho de las partes a negarse a declarar (art. 307 LEC)

Conforme al artículo 307 LEC, «[s]i la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, *salvo que concurra 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». El precepto reconoce así expresamente a las partes una inmunidad procesal que les permite negarse a divulgar aquella información que deben guardar en secreto.

El fundamento de este privilegio es la protección de la información confidencial y evitar el conflicto de intereses —legal y personal— que de otro modo tendría que soportar la parte (*vid.* cap. V, apartado 1.1).

3.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a declarar

El artículo 371 LEC reconoce la inmunidad de los testigos a negarse a declarar «[c]uando, *por su estado o profesión*, el testigo tenga el deber de guardar secreto». El artículo 307 LEC reconoce tal privilegio de las partes cuando «concurra una obligación *legal* de guardar secreto». Una interpretación literal de la

LEC lleva a concluir que existe un distinto ámbito de protección entre una y otra inmunidad procesal.

El derecho a negarse a declarar de las partes se reconoce cuando existe una obligación *legal* de guardar secreto —con independencia del fundamento de ese deber—. La imposición legal del secreto existe cuando una *norma de carácter general* lo imponga —leyes o reglamentos publicados en un boletín oficial—.

La norma procesal que contempla el derecho a negarse a declarar de los *testigos* delimita el ámbito de la inmunidad a aquellos deberes de secreto que tienen su origen y fundamento en ese *estado o profesión*. En la práctica esta delimitación (procesal) no tiene ninguna consecuencia práctica, pues como se ha visto, *de lege data*, casi todos los deberes de secreto que el ordenamiento impone lo son por tal razón. De todos modos, y ante la falta de cualquier referencia expresa en el artículo 307 LEC *respecto de las partes*, debe considerarse incluido dentro de este cualquier deber legal de secreto.²³⁶

El ejercicio de la inmunidad procesal reconocida en el artículo 307 LEC tendrá como efecto la *desactivación de la carga procesal*: es decir, neutralizará las consecuencias desfavorables que tiene la negativa injustificada a declarar (art. 307.1 LEC).

Como sucede en relación con el derecho de los testigos a negarse a declarar, la LEC incorpora una norma procesal abierta que no es autosuficiente. Esta técnica legislativa impone acudir al ordenamiento material para integrar el ámbito y el contenido de la inmunidad procesal: quién tiene y sobre qué versan el deber (material) y el privilegio (procesal) de no declarar (*vid.* cap. III, apartado 4).

3.3. El titular de la inmunidad procesal

El titular de la inmunidad —y, por tanto, aquel sobre el que pesa la carga de ejercitarla— es la parte procesal que está legalmente obligada a mantener en secreto la información por la que se le pregunta. En este punto, por tanto, cabe hacer una remisión en bloque en relación con la determinación del titular del privilegio (*vid.* cap. IV, apartado 3).

También en estos casos es posible que la persona respecto de la cual la información se refiere sea un codemandante, codemandado o algún tercero. En su caso, la inmunidad procesal podrá desactivarse si el Derecho material autoriza

236. Por su tenor literal, el ámbito de aplicación del derecho a negarse a declarar de los testigos es el mismo que el tipo objetivo del artículo 199.2 CP. En relación con este, MORALES PRATS, F., «Comentario del art. 199 CP», *op. cit.*

a esa persona permitir la divulgación de la información en el proceso. Este será un acto personalísimo que emanará del poder de autodeterminación de la persona (art. 18 CE).

3.4. El enjuiciamiento del derecho de las partes a negarse a declarar

La existencia de un deber legal de secreto no es en sí mismo un motivo que haga impertinente la pregunta del abogado de la parte —y, por ello, que deba ser inadmitida de plano por el tribunal— (art. 303 LEC). La inmunidad procesal debe ser ejercitada por su titular, y es este el que deberá negarse justificadamente a contestar por considerar que tiene un deber legal de sigilo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no determina de qué forma se ejercitará y enjuiciará la existencia de la inmunidad. Será la parte que se niegue durante el interrogatorio a contestar a la pregunta la que tendrá la carga de alegar y de hacer creíble que tiene un deber legal de mantener en secreto la información por la que se la interroga. El tribunal deberá enjuiciar la existencia de la inmunidad indiciariamente sobre la base de las alegaciones y el material probatorio que obre en el proceso (*vid.* cap. IV, apartado 4). En relación con ello, cabe aplicar por analogía y remitirse en bloque a lo expuesto en relación con el enjuiciamiento del derecho de los testigos a negarse a declarar (*vid.* cap. V, apartado 1.4).

3.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal

Para incentivar que la parte cumpla con sus cargas —en este caso, que comparezca y que responda a las preguntas planteadas— el ordenamiento contempla la *ficta confessio* (art. 307 LEC). Con base en ella, el tribunal podrá «considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas». *Son justamente esas consecuencias negativas asociadas a la idea de carga procesal las que desactiva la inmunidad, creando de ese modo un espacio procesal privilegiado de protección.* La eficacia de la inmunidad procesal reconocida a las partes se proyecta así en la *desactivación de una carga procesal*: las consecuencias negativas que tiene el silencio o la respuesta evasiva de la parte.

El tribunal no puede extraer ninguna consecuencia negativa asociada al ejercicio de la inmunidad procesal. En otro caso, la atribución de consecuencias negativas asociadas al ejercicio de la inmunidad impondría *de facto* a su titular la carga de revelar la información. La inexistencia de consecuencias negativas asociadas al ejercicio del privilegio supone *expandir y prolongar la función protectora de la inmunidad procesal*.

El tribunal no podrá pues activar la *ficta confessio* ni valorar el silencio de la parte extrayendo consecuencias desfavorables para ella (art. 316.2 LEC). La inmunidad procesal debe expandirse para preservar el secreto que el ordenamiento está protegiendo, también en el momento de la valoración probatoria.

Así, en el caso de que una parte ejercite su inmunidad procesal, seguirán siendo aplicables las reglas ordinarias sobre la carga de la prueba y el principio de la carga de la prueba dinámica. Seguirá siendo carga de la parte interesada en ello acreditar los hechos que pretendía probar a través de la declaración de la parte. Y eso tendrá que hacerlo a través de cualquier otro medio procesal o material que tenga a su disposición. De no poderlo hacer por indisponibilidad o por dificultad para acceder a fuentes de prueba alternativas, el tribunal podrá modular las reglas sobre la carga de la prueba activando el artículo 217.7 LEC. Pero ello solo será posible si se considera que la otra parte está en una mejor posición para acceder a información o fuentes de prueba *no privilegiadas* (vid. cap. IV, apartado 5.2).

Es importante advertir, y debe enfatizarse, que la atribución dinámica de las reglas sobre la carga de la prueba no se activará si a través de ella se acaba arrojando sobre su titular la carga de desvelar la información protegida. El privilegio procesal en este caso deberá también expandirse y desactivar la carga de la prueba que nazca de su aplicación dinámica (art. 217.7 LEC). Puede afirmarse gráficamente que «lo que la boca o la mano no tienen que revelar, tampoco puede extraerse a través de una flexibilización de las reglas sobre la carga de la prueba».

Es posible que ello genere un supuesto de escasez de fuentes de prueba y, por ello, que la declaración de la parte sea el único medio para fijar como cierto el hecho. De ser así, podría defenderse una desactivación de la inmunidad procesal sobre la base de un juicio de ponderación entre el derecho que esta protege y el derecho de defensa de la otra parte y el derecho material cuya tutela se pretende. Sin embargo, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Debe considerarse que el correspondiente juicio de ponderación ya está realizado y cristalizado en la norma, por lo que no será posible extraer ninguna consecuencia negativa del silencio amparado en el ejercicio de una inmunidad procesal. Si se considera que la inmunidad impide a la parte pretender la tutela judicial de su derecho (art. 24.1 CE), la única posibilidad será controlar la constitucionalidad de la norma que la establece a través de una cuestión o, en su caso, autocuestión de inconstitucionalidad derivada de un recurso de amparo.

4. El «derecho» de las partes a negarse a exhibir documentos

Se ha dicho ya que, aunque no existe un sistema completo y general de exhibición de fuentes de prueba, sí hay un deber general de exhibición documental entre las partes que es aplicable en cualquier proceso ordinario (art. 328 LEC) (*vid.* cap. I, apartado 1.2). En este marco, la LEC reconoce a las partes la posibilidad de negarse justificadamente a la exhibición de documentos.

4.1. El reconocimiento legal y el fundamento del derecho de las partes a negarse a exhibir documentos (art. 329 LEC)

Conforme al artículo 329 LEC, «en caso de *negativa injustificada a la exhibición* [...], el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado».

Como sucede con los requerimientos de exhibición documental a terceros, el precepto no reconoce expresamente una inmunidad procesal (*vid.* cap. V, apartado 2.1). Solo reconoce la posibilidad de negarse por *causas justificadas* a ello. Una interpretación sistemática y teleológica del artículo 329.1 LEC permite sostener que una de aquellas causas es la obligación legal de mantener la información en secreto.

Las inmunidades procesales protegen *la información en poder de una persona con el deber legal de mantenerla en secreto*. Y si se quiere mantener la coherencia interna del sistema, las inmunidades reconocidas deben ser operativas frente a cualquier requerimiento de exhibición de información o fuentes de prueba (*vid.* cap. V, apartado 2.1). Como se ha dicho, no es razonable que la fuente de prueba o el medio probatorio que sobre ella se proyecte cambie la forma de operar de las inmunidades procesales. En otro caso, la inmunidad podría burlarse buscando una fuente de prueba alternativa o sustituta —*Beweissurrogat*—. ²³⁷

4.2. El ámbito y el contenido del derecho a negarse a exhibir los documentos

La Ley de Enjuiciamiento Civil no determina en qué casos concretos las partes tienen atribuida la inmunidad procesal (art. 329.1 en relación con el art. 307

237. MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, *op. cit.*, pp. 342-343.

LEC). Así que, como sucede en relación con las inmunidades procesales reconocidas a los testigos, habrá que acudir al ordenamiento material para integrar la norma procesal y determinar en qué casos y con qué alcance se activa el privilegio (*vid.* cap. III, apartado 7).

En este caso, debe también reconocerse la posibilidad de exigir que la parte aporte el documento excluyendo o censurando solo la información concreta que tiene el deber legal de mantener en secreto —*v.gr.*, art. 283 bis b).5 LEC —.

La disociación de pasajes sensibles y la aportación de una versión no confidencial de la fuente de prueba supone, en estos casos, una inmunidad procesal de exclusión: la información no entra en la esfera procesal. Esta opción maximiza el derecho de defensa de una parte y mantiene la protección que el ordenamiento dispensa a través de la inmunidad, reduciéndose de este modo la colisión de intereses que subyace a cada una de ellas (*vid.* cap. V, apartado 2.2.).

4.3. El titular de la inmunidad procesal

El titular de la inmunidad —y, por tanto, aquel sobre el que pesa la carga de ejercitarla— es la parte procesal que está legalmente obligada a mantener en secreto la información incorporada al documento que se le requiere (art. 329.1 en relación con el art. 307 LEC). En este punto, por tanto, cabe hacer una remisión en bloque en relación con la determinación del titular del privilegio (*vid.* cap. IV, apartado 3).

También en estos casos es posible que la persona a la que la información se refiere sea un codemandante, codemandado o algún tercero. En su caso, la inmunidad procesal podrá desactivarse si el Derecho material permite a esa persona autorizar la divulgación de la información en el proceso. Este será un acto personalísimo que emanará del poder de autodeterminación de esa persona (art. 18 CE).

4.4. El enjuiciamiento del derecho de las partes a exhibir documentos

La existencia de un deber legal de secreto no es un motivo que haga en sí misma impertinente la petición de exhibición documental (art. 328 LEC). La inmunidad procesal debe ser ejercitada por su titular y es este el que deberá negarse justificadamente a aportar el documento que contiene información que debe mantener en secreto.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no especifica de qué forma se ejercitará y enjuiciará la existencia de la inmunidad. Por tanto, puede sostenerse que el titular tendrá la carga de alegar y acreditar de forma creíble que tiene el deber de mantener en secreto la información contenida en el documento. El tribunal deberá enjuiciar la existencia de la inmunidad indiciariamente sobre la base de las alegaciones y el material probatorio que obre en el proceso (*vid.* cap. IV, apartado 4). En relación con ello, cabe aplicar por analogía y remitirse en bloque a lo expuesto en relación con el derecho de los testigos a negarse a aportar documentos (*vid.* cap. V, apartado 2.4).

4.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal

La inmunidad que ahora se examina desactiva las consecuencias desfavorables asociadas a la negativa a aportar el documento. Sus efectos son por eso equiparables a los del ejercicio del derecho de las partes a negarse a declarar (*vid.* cap. V, apartado 3.5).

El ordenamiento contempla una suerte de *ficta confessio* en el caso de que la parte se niegue a su exhibición (art. 329 LEC). Con base en ella, el tribunal «podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado». La ley incentiva a través de la amenaza de estas consecuencias desfavorables que las partes cumplan con el requerimiento. Y son justamente estas consecuencias negativas asociadas a la idea de carga procesal aquellas que desactiva la inmunidad procesal.

Si el requirente desconoce el contenido concreto del documento, será necesario que dé una versión supuesta de él para dotar de contenido a la *ficta confessio*. En ese caso, y habiéndose configurado el peso de la carga procesal, será la otra parte la que tendrá que demostrar que el documento que está en su poder no tiene el contenido supuesto por la otra (*vid.* cap. II, apartado 1.2).

En el caso de que una parte ejercite su inmunidad procesal, el tribunal no podrá activar la *ficta confessio* ni valorar la falta de aportación del documento extrayendo consecuencias desfavorables de ello (art. 329.1 LEC) (*vid.* cap. IV, apartado 5).

Así, si una parte ejercita su inmunidad procesal, seguirán siendo aplicables las reglas ordinarias sobre la carga de la prueba y el principio de la carga de la prueba dinámica: la parte interesada seguirá teniendo la carga de acreditar por algún otro medio los hechos que pretendía probar a través del documento requerido. Y tendrá que hacerlo a través de cualquier otro mecanismo procesal o material

que tenga a su disposición. De no poderlo hacer por indisponibilidad o por dificultad para acceder a fuentes de prueba alternativas, el tribunal podrá modular las reglas sobre la carga de la prueba activando el artículo 217.7 LEC. Pero ello solo será posible si se considera que la otra parte está en una mejor posición para acceder a información o fuentes de prueba *no privilegiadas*.

Es importante subrayar, y debe enfatizarse, que la atribución dinámica de las reglas sobre la carga de la prueba no se activará si a través de ella se acaba arrojando sobre su titular la carga de desvelar la información protegida. El privilegio procesal en este caso deberá también expandirse y desactivar la carga de la prueba que nazca de su aplicación dinámica (art. 217.7 LEC) (*vid.* cap. IV, apartado 5.2).

5. El «derecho» de los periodistas a negarse a revelar sus fuentes: una inmunidad jurídica *ex constitutione*

Los periodistas no tienen un deber legal de secreto, pero sí que tienen una inmunidad procesal *ex constitutione* que les permite negarse a revelar sus fuentes en un proceso civil.²³⁸

5.1. El reconocimiento legal y el fundamento de la inmunidad procesal

Las fuentes de información —personales o materiales— son uno de los principales activos de los periodistas. En no pocas ocasiones los individuos deciden compartir información con ellos con la condición de que se mantenga su anonimato. Cuando eso es así, el secreto de la fuente se convierte *de facto* en una condición para la obtención de la información, y con ello, para la realización de los intereses públicos asociados a la institución del periodismo. Una desprotección de las fuentes generaría, en palabras del Tribunal Constitucional, «un efecto disuasorio en la colaboración de los ciudadanos con los medios de prensa» (STC núm. 30/2022).²³⁹

238. En Alemania el derecho de los periodistas a negarse a declarar está reconocido legalmente, aunque solo cuando declaran como testigos [§383(1).5 ZPO]. Debe recordarse que en aquel ordenamiento solo los terceros —testigos o peritos— son titulares de inmunidades procesales. En relación con los privilegios procesales que se otorgan a los periodistas, *vid.* HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht*, *op. cit.*; HIMMELSBACH, G., *Der Schutz des Medieninformanten*, *op. cit.*

239. STC núm. 30/2022 de 7 marzo [RTC 2022\30].

Existe, desde luego, una tensión evidente en la protección de las fuentes del periodista. El secreto asegura un flujo de información que de otra manera es posible que no se produzca. Por otro lado, la ocultación de la identidad de la fuente dificulta contrarrestar la información y, con ello verificar su veracidad. Este conflicto se evidencia *v.gr.*, en litigios en los que se ejerciten acciones por vulneraciones a la intimidad o al honor de una persona (art. 9 LO 1/1982).

El periodismo se considera como uno de los pilares del sistema democrático. Permite la formación de la opinión pública y promueve valores superiores del ordenamiento como el pluralismo político.²⁴⁰ En este marco, la Constitución española reconoce expresamente el secreto profesional del periodista [art. 20.1.d) CE], que se considera una *garantía institucional* de la libertad de información (STC núm. 24/2019).²⁴¹

Por lo anterior, y aunque no exista ningún deber legal que imponga a los periodistas mantener en secreto sus fuentes, sí que existe una inmunidad procesal que nace directamente de la Constitución y que les permite justificadamente negarse a desvelarlas en un proceso civil.

Es de interés hacer mención del Proyecto de Ley Orgánica de Protección del Secreto Profesional del Periodismo presentado en la XIV legislatura.²⁴² En este, se «ampara y obliga a los y las periodistas a proteger la identidad de sus fuentes» (art. 3 del Proyecto de LO). Se configuraba así el secreto profesional del periodista como un deber legal y como una inmunidad jurídica.

Con ello se proponía imponer el deber y el derecho a «no revelar la identidad de la fuente, la comunicación a través de la cual se transmitió la información, el contenido de la misma y cualquier otro elemento accesorio que pudiera ser empleado para identificar a la fuente» (art. 5 del Proyecto de LO). Solo a través de una resolución judicial expresa de un tribunal *penal* sería posible excepcionar el secreto profesional. Y ello siempre que se constatará que la fuente había falseado la información o cuando su revelación fuera la única forma de evitar un daño grave e inminente a la vida, la integridad física o la seguridad de las personas (art. 6 del Proyecto de LO).

No existe actualmente ninguna norma que desarrolle y concrete este privilegio. Con todo, debe considerarse que el secreto profesional es una inmunidad jurídica material y procesal que nace *ex constitutione*.²⁴³ Es por ello directamente

240. Un análisis económico sobre el fundamento y el sentido del derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes puede encontrarse en BAUM, I., *Professional Testimonial Privileges*, *op. cit.*, pp. 155-220.

241. STC núm. 24/2019 de 25 febrero, F.J. 6 [RTC 2019\2].

242. Proyecto de Ley Orgánica de protección del secreto profesional del periodismo. (121/000135). BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-135-1 de 19/12/2022.

243. STC núm. 30/2022 de 7 marzo [RTC 2022\30].

invocable por el profesional y es efectivo frente a los particulares y los poderes públicos (art. 9.1. CE).

La inmunidad jurídica que permite al periodista proteger sus fuentes forma parte también del artículo 10 del CEDH. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la protección de las fuentes es uno de los pilares de la libertad de expresión y el elemento que permite actuar a la prensa como «*public watchdogs*».²⁴⁴ Como cualquier otro derecho, la protección de las fuentes como parte integrante del derecho a la libertad de expresión puede limitarse cuando exista una justificación imperativa de interés público —*overriding requirement in the public interest*—. Esta ponderación deberá realizarse en cada caso concreto tomando en consideración la finalidad del requerimiento, la naturaleza de la información a la que se refiere la noticia y la disponibilidad o la escasez de fuentes de prueba alternativas.²⁴⁵ El secreto profesional de los periodistas reconocido en la Constitución deberá interpretarse conforme a esta doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de expresión (art. 10.2 CE).

5.2. El ámbito y el contenido de la inmunidad

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha delimitado en su jurisprudencia qué se entiende por fuente y por periodista. La integración de esta jurisprudencia en el sistema interno (art. 10.2 CE) permite delimitar el ámbito objetivo y subjetivo de la inmunidad. Cabe por ello hacer una remisión en bloque a este *corpus* jurisprudencial —en constante evolución por la influencia de la digitalización de los medios de comunicación—.²⁴⁶

En los últimos años el Tribunal ha ampliado la noción de «periodista» para incorporar en el ámbito de protección del artículo 10 CEDH a distintos sujetos que también contribuyen a la formación de la opinión y el debate público: blogueros, periodistas digitales, asociaciones, ONG, entre otros.²⁴⁷

244. Puede encontrarse un resumen de la doctrina y recopilación de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia en COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expresión*, 2023, pp. 54-70.

245. COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expresión*, 2023, p. 68. De especial relevancia en este sentido es la *Recommendation No. R (2000) 7 of the Committee of Ministers to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information*.

246. COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expresión*, 2023.

247. En relación con ello, *vid.* COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Key theme – Article 10 Contributions to public debate: Journalists and other actors*, 2023.

El titular de la inmunidad procesal es el periodista. Y, en estos casos, también debe diferenciarse entre el titular de la inmunidad procesal, la fuente de la información y aquel sujeto al cual la información se refiere (*vid.* cap. IV, apartado 3.2). Es el periodista en este caso aquel que tiene la carga de ejercitar la inmunidad, alegando y haciendo creíble que la información por la que se le pregunta y la fuente de prueba cuya revelación se le requiere están protegidas.

La inmunidad procesal será operativa frente a cualquier requerimiento de información o aportación de fuentes de prueba: declaración como testigo, como parte o exhibición documental o de cualquier fuente de prueba en la que la información se incorpore. Aquí también es aplicable la lógica de que «aquello que la boca no tiene que revelar tampoco se le puede arrancar a la mano».

En relación con el enjuiciamiento sobre la existencia de la inmunidad y los efectos asociados a su ejercicio, cabe hacer una remisión en bloque a lo dicho anteriormente.

6. Los «derechos» de los abogados a negarse a declarar, a aportar información y a que su despacho sea registrado

Merecen un tratamiento diferenciado las inmunidades procesales que protegen el secreto profesional del abogado por su importancia práctica y regulación especial.²⁴⁸ Conforme al artículo 16 de la Ley orgánica del derecho de defensa, «[t]odas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial» (art. 16.1 LDD). Para proteger este carácter confidencial se reconocen determinadas inmunidades procesales de exclusión que se proyectan sobre: (i) «[l]a inviolabilidad y el secreto de todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa»; (ii) «[l]a dispensa de prestar declaración ante cualquier autoridad, instancia o jurisdicción sobre hechos, documentos o informaciones de los que tuvieran conocimiento como consecuencia de su desempeño profesional, con las excepciones legales que puedan establecerse»; y (iii) «[l]a protección del secreto profesional en la entrada y registro de los despachos profesionales respecto de clientes ajenos a la investigación judicial».

De este modo, la Ley Orgánica del Derecho de Defensa reconoce el derecho a negarse a aportar cualquier fuente de prueba o información relacionados con

248. Un interesante estudio de Derecho comparado sobre las inmunidades procesales de los abogados en Alemania y en Francia puede encontrarse en MAGNUS, R., *Das Anwaltsprivileg*, *op. cit.*, pp. 9-155.

el desempeño de su función, el derecho a negarse a declarar —como parte o como tercero— y el derecho a negarse a que su despacho de abogados sea registrado —*v.gr.*, en el marco de una diligencia preliminar (art. 261.2ª LEC)—.

Debe recordarse que la ley reconoce también el carácter confidencial de las comunicaciones *entre* los abogados de las partes: «[l]as comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, incluso en fase extrajudicial, son confidenciales» (art. 16.2 LODD). Para proteger esta confidencialidad se regula un supuesto de prueba ilegal (art. 283.3 LEC), lo que supone que estas comunicaciones «no podrán hacerse valer en juicio ni tendrán valor probatorio [...] [n]o se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan la anterior prohibición» (art. 16.2 y 3 LDD) (*vid.* cap. III, apartado 7.1). En este caso, más que una (auténtica) inmunidad procesal, lo que se regula es un supuesto de prueba legalmente prohibida *ex* art. 283.3 LEC. En las comunicaciones entre el abogado y su cliente (solo) existe la «dispensa» de prestar declaración, pues la consideración de prueba legalmente prohibida se predica solo respecto de la comunicación entre abogados —la «anterior prohibición», como dice el artículo 16.3 LODD—.

Según el artículo 16.1 LODD «[t]odas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial». Y esto supondrá que los abogados podrán negarse a responder o a aportar alguna fuente de prueba sobre cualquier comunicación (*vid.* cap. V, apartados 1 y 2). En todo caso, será el ordenamiento material el que determine la información que está protegida y, de este modo, el que delimite el ámbito objetivo de las distintas inmunidades procesales de exclusión que se reconocen (*vid.* cap. III, apartado 7.1).

7. El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos en el proceso civil: ¿una inmunidad procesal *ex constitutione*?

El derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable es un derecho fundamental reconocido en los artículos 24.2 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE. Este derecho opera directamente en aquellos ámbitos en los que el poder público ejercita de algún modo su *ius puniendi* o su potestad sancionadora.

Corresponde ahora examinar en qué medida estos derechos son operativos en el proceso civil. Es decir, procede determinar si existe una inmunidad procesal que nazca *ex constitutione* y que permita a las partes o a los testigos no reali-

zar declaraciones autoincriminatorias o no aportar documentos que revelen información de contenido incriminatorio.²⁴⁹

Es posible, en efecto, que los hechos fundamentales o secundarios que sean controvertidos en el proceso puedan integrarse (también) en algún tipo delictivo. No es desde luego inusual que unos mismos hechos puedan subsumirse en el supuesto de hecho de una norma civil o penal. También es imaginable que lo delictivo haya sido el modo en el que se hubiesen obtenido las fuentes de prueba y que por ese motivo no se quieran exhibir o aclarar su origen.

Es posible, por ejemplo, que los hechos que integren la causa de pedir de una acción de anulación por error o intimidación (art. 1265 CC) puedan constituir también un delito de falsedad documental (art. 395 CP), de coacción (art. 172 CP) o de estafa (art. 248 CP). O que los hechos que integran la causa de pedir de una acción de declaración de infracción de una patente (art. 70 LP) puedan subsumirse en un delito contra la propiedad industrial (art. 273 CP). Es por ello pertinente plantearse si en estos casos las partes o los terceros tienen un derecho a no producir el material probatorio que pueda incriminarles.

Ejemplos. Ticio demanda a Cayo solicitando la anulación de un contrato de compraventa de un piso, pues considera que existió intimidación durante el proceso de contratación (art. 1265 CC). El abogado de Ticio solicita la declaración de Cayo. Durante el interrogatorio se constata que Cayo arrendó el piso superior de Ticio y organizaba fiestas que impedían a este último llevar una vida sosegada; y todo ello con el único objetivo de que Ticio vendiera el piso a Cayo. El juez civil considera en ese momento que se está ante un delito de coacciones (art. 172 *et seq.* CP) y lo pone en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se interponga la correspondiente querella (art. 40.1 LEC).

Ticio demanda a Cayo solicitando la anulación de un contrato de compraventa de un piso, pues considera que existió intimidación durante el proceso de contratación (art. 1265 CC). En la audiencia previa el abogado de Ticio solicita el interrogatorio de Sempronio —amigo de Cayo— que estaba presente en el momento de la contratación (art. 1268 CC). Durante el interrogatorio se constata que Sempronio, bajo las órdenes de Cayo, arrendó el piso superior de Ticio y organizaba frecuentemente fiestas que impedían a este último llevar una vida normal. Además, se constata que todo ello se hizo con el objetivo de que Ticio vendiera el piso a Cayo. El juez civil considera en ese momento que se está ante un delito de coacciones (art. 172 *et seq.* CP) y lo pone en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se interponga la correspondiente querella (art. 40.1 LEC).

249. En relación con ello, SCHUMANN BARRAGÁN, G., «Cuando el deber se torna en perjuicio: ¿puede utilizarse como prueba contra un testigo su declaración en otro proceso?» en ASECIO MELLADO, J. M.^a, *et al.* (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 757-771.

7.1. El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos en la jurisprudencia del TEDH (art. 6 CEDH)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que, aunque el artículo 6 del CEDH no lo mencione explícitamente, el derecho a no inculpinarse está implícito en la noción de un proceso equitativo.²⁵⁰ El derecho despliega toda su eficacia en el proceso penal y administrativo sancionador. Este es un derecho de no interferencia que se concreta en la necesidad de que sea la acusación la que alegue y pruebe los hechos presuntamente delictivos a través de medios de prueba obtenidos sin que haya mediado *coacción y opresión* en el acusado.²⁵¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también recuerda que el derecho a no inculpinarse no es absoluto. Para identificar si ha existido en el caso concreto una afectación del contenido esencial del derecho deben examinarse cuestiones como (i) la naturaleza y el grado de coerción ejercida sobre el individuo para obtener la declaración o el medio de prueba inculpatorios; (ii) la existencia de garantías en su obtención; y (iii) el uso que se hace del material obtenido.²⁵²

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha identificado con base en estos criterios algunas situaciones en las que puede considerarse que existe una vulneración del derecho fundamental en el marco de procesos penales o administrativos: por ejemplo, cuando el sospechoso testifica bajo la amenaza de sanciones o cuando es sancionado por negarse a declarar; cuando se ejerce presión física o psicológica para la obtención del material probatorio; o cuando con engaño o subterfugios las autoridades obtienen información que de otra manera no habrían obtenido.²⁵³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos delimita también negativamente el contenido del derecho y sostiene que este no opera en la obtención de fuentes de prueba que «existen independientemente de la voluntad del sospechoso»: entre otros, documentos, muestras de aliento, sangre, orina, tejidos corporales. Puede por ello concluirse que es directamente la *obtención (coactiva) de una declaración inculpatoria* aquello que integra el contenido esencial del derecho.

250. Puede encontrarse un resumen de la jurisprudencia principal sobre la cuestión en CONSEJO DE EUROPA/TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*, pp. 25-27.

251. STEDH de 17 de diciembre de 1996 *Saunders c. Reino Unido* [19187/91].

252. STEDH (Gran Sala) de 11 de julio del 2006 *Jalloh v. Germany* [54810/00], párr. 101.

253. COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)* p. 42.

El Tribunal de Justicia de la UE, por su parte, ha declarado que el derecho a no inculparse forma parte del artículo 47 CDFUE.²⁵⁴ En este punto es de interés recordar que los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la UE como principios generales del Derecho. Además, conforme al artículo 52.3 CDFUE «[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades [...] *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*». Teniendo en cuenta que el artículo 47 CDFUE se corresponde con el artículo 6 CEDH, el Tribunal de Justicia hace propia la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a no autoinculparse.

7.2. El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos en la Constitución española

Corresponde ahora examinar si desde una perspectiva interna puede sostenerse que exista un derecho en el proceso civil a no realizar declaraciones autoincriminatorias o a no aportar documentos que revelen información de contenido incriminatorio que nazca directamente de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha examinado expresamente la proyección del derecho a no inculparse (art. 24.2 CE) de los testigos en el proceso civil en las SSTC 21/2021 de 15 de febrero y 143/2021 de 12 de julio.²⁵⁵

El supuesto de hecho en ambas sentencias es similar. Unos guardias civiles fueron llamados como testigos en un procedimiento civil en el que su superior jerárquico ejercitaba una acción de rectificación frente a una publicación realizada por una asociación de guardias civiles (art. 250.1.9º LEC). Como consecuencia del contenido de su declaración testifical, se inició contra ellos un procedimiento disciplinario por «grave desconsideración con los superiores en el ejercicio de sus funciones».²⁵⁶ Confirmadas finalmente las sanciones por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, los guardias civiles interpusieron un recurso de amparo. En este alegan que la atribución de valor incriminatorio a las declaraciones realizadas en el proceso civil vulneró su derecho a no inculparse (art. 24.2 CE).

En estas sentencias el Tribunal Constitucional hace propia la doctrina sobre el derecho a no autoincriminarse desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y de ahí el interés en su estudio previo—. Reconoce así que es

254. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de febrero de 2021. (Asunto C-481/19) [ECLI:EU:C:2021:84].

255. SSTC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] y 143/2021 de 12 de julio [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:143], que incorpora y hace suya la doctrina constitucional expuesta en la primera.

256. Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

la coacción en la obtención de la prueba aquel elemento que activa su contenido esencial.²⁵⁷ Sin embargo, sostiene que el derecho a no inculparse es un derecho que naturalmente despliega su eficacia en el proceso penal y administrativo sancionador: *es un derecho de no interferencia frente al ejercicio del ius puniendi del Estado* —entendido en sentido amplio—.²⁵⁸ Así pues, el derecho no sería operativo en el proceso civil o en cualquier otro de naturaleza no sancionadora.

El Tribunal Constitucional reconoce, no obstante, que en el proceso civil la declaración de los testigos se obtiene de forma coactiva (*vid.* cap. V, apartado 7.1): el individuo está «obligado en su condición de testigo a responder a las preguntas formuladas y a hacerlo de una forma exacta, todo ello bajo apereamiento de las penas establecidas para el falso testimonio (458.1 CP)» (STC núm. 21/2021, F.J. 6º).²⁵⁹ Por ello, «la declaración como testigo constituye una aportación coactiva de información, lo que además resulta avalado por la citada jurisprudencia del TEDH que enuncia entre las situaciones en que cabe pensar que hay una compulsión lesiva del art. 6 CEDH la obligación de declarar bajo amenaza de sanciones» (STC núm. 21/2021, F.J. 6º).

Esta coacción en la obtención de la información impide, según la doctrina del Tribunal Constitucional, que la declaración se utilice como prueba de cargo en una futura condena penal o sanción administrativa. De este modo, la condena penal o sancionadora «resultaría constitucionalmente admisible, en lo que hace a la garantía de no autoincriminación, si se fundase en elementos de prueba distintos y razonablemente autónomos de la aportación coactiva de información en que consistió su declaración como testigo» (STC 21/2021, F.J. 7º). La eficacia del derecho a no autoincriminarse se reconduce así (únicamente) a la institución de la prueba ilícita en el proceso penal.

La declaración (coactiva) del testigo en el proceso civil no impediría que se abra un proceso de naturaleza penal que tenga como objeto la investigación de las declaraciones autoincriminatorias y que se le imponga una pena por ellos. Es posible que la declaración no sea más que uno de los indicios para acreditar la apariencia delictiva que justifique la apertura y la continuación del proceso penal. Lo que sí impide la declaración (coactiva) del testigo es utilizar esa declaración como prueba de cargo. A poco que se reflexione, se llegará a la conclusión de que es insuficiente este nivel de protección, pues las declaraciones en un proceso civil no

257. STC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] (F.J. 4º y 5º): «[...] la garantía de no autoincriminación no protege frente a las aportaciones auto inculpatórias *per se* sino contra la obtención de estas pruebas con métodos coercitivos o de presión. Es la existencia de compulsión lo que hace surgir la preocupación acerca de si la garantía de no autoincriminación ha sido convenientemente respetada».

258. STC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] (F.J. 4º).

259. En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, *op. cit.*, p. 249.

son prueba de cargo —prueba que, como bien se sabe, debe practicarse en el juicio oral del proceso penal— (vid. cap. V, apartado 7.3).²⁶⁰

De este modo, el Tribunal Constitucional sostiene abiertamente que el artículo 24.2 CE no permite a los individuos a negarse a declarar en procesos de naturaleza no sancionadora: no existe una inmunidad procesal en materia probatoria que nazca *ex constitutione*. Pese a ello, considera que en la medida en que una negativa injustificada a la declaración pueda llevar a la imposición de sanciones, se está ante un supuesto de *declaración coactiva* que debe reconducirse a la exclusión del valor probatorio de la declaración en un eventual proceso penal o sancionador.²⁶¹

La declaración prestada coactivamente no podrá desplegar su valor incriminatorio en un posterior proceso penal o administrativo —ahora sí— de naturaleza sancionadora. Así, «es en principio indiferente que la declaración coactiva se produzca en un proceso o procedimiento previo al propiamente penal o sancionador [...] lo que es crucial en este contexto es el uso que se dé a la prueba obtenida coactivamente en el curso del [futuro] proceso de naturaleza penal» (STC 21/2021, F.J. 4º y 5º).²⁶² Es, por tanto, el uso que se hace del material obtenido en un proceso sancionador aquello que supone una vulneración del contenido esencial del derecho.²⁶³ De esta manera, el Tribunal Constitucional *traslada la eficacia del derecho a no inculparse de los testigos al futuro y eventual proceso penal*.²⁶⁴

Esta solución en torno a declaraciones inculpatórias de testigos en el proceso civil es la misma adoptada por el Tribunal de Justicia de la UE en la STJUE *Otto BV c. Postbank* (C-60/92).²⁶⁵

260. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, 7ª ed., Madrid, 2025, p. 261.

261. Se trata de una cuestión que ha sido tradicionalmente examinada en el ámbito tributario. En ese sentido, PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

262. STC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] (F.J. 5º).

263. Sobre la eficacia del derecho a no inculparse en el ordenamiento de la UE y su distinta operatividad en procedimientos de naturaleza sancionadora o no *vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de febrero de 2021. *Consob* (Asunto C-481/19) [ECLI:EU:C:2021:84]; Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989. *Orkem contra Comisión* (Asunto 374/87) [ECLI:EU:C:1989:387], VEENBRICK, M., «The Freedom from Self-Incrimination—A Strasbourg-Proof Approach? Cases C-466/19 P Qualcomm and C-481/19 P DB v Consob», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 10, pp. 750-758; BEKRITSKY, G., «Der Nemo-Tenetur-Grundsatz im Kapitalmarktrecht», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, Heft 340, 2021; PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculparse*, op. cit., pp. 25-26; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, op. cit., pp. 130-134.

264. STC 21/2021 de 15 de febrero (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21) (F.J. 8.): «Verificar que la garantía constitucional de no autoincriminación es respetada y establecer las cautelas procesales para que su protección sea efectiva corresponderá, en principio, al procedimiento de naturaleza penal en que la declaración coactiva pueda resultar autoincriminatoria» (énfasis añadido).

265. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1993. *Otto BV contra Postbank NV*. (Asunto C-60/92) [ECLI:EU:C:1993:876]. En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, op. cit., pp. 248-249.

Con mayor razón, conforme a esta jurisprudencia tampoco existe un «derecho» *de las partes* a no realizar declaraciones autoincriminatorias o a no aportar documentos que revelen información de contenido incriminatorio. En este caso ni siquiera existe propiamente una declaración coactiva que, como elemento imprescindible, active la eficacia del derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Se ha dicho ya que las partes no tienen un deber de comparecer y de contestar a las preguntas que se les formulen, sino que («solo») tienen la carga procesal de hacerlo. Su incumplimiento les podrá acarrear consecuencias desfavorables en la esfera procesal —entre ellas, la *ficta confessio* (art. 307 LEC). A pesar de ello —y a diferencia de los testigos— no es posible afirmar que por eso la declaración de las partes es *coactiva*.

En definitiva, y conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional, no existe ningún privilegio o inmunidad procesal que nazca *ex constitutione* y que permita a las partes o a los terceros negarse a declarar en un proceso civil por hechos aparentemente delictivos.²⁶⁶

7.3. Los dos modelos posibles: un análisis desde el Derecho comparado

Como se ha visto, en todos los sistemas que se utilizan para la comparación existe una inmunidad procesal que opera en el proceso civil y que protege directamente el derecho de los individuos a no realizar declaraciones autoincriminatorias o a no aportar documentos que revelen información de contenido incriminatorio (*vid.* cap. IV, apartado 8).

En Alemania es el § 384(2) ZPO el que reconoce el derecho de los testigos a negarse a declarar cuando el testimonio puede causar un riesgo de persecución penal o sanción administrativa al propio testigo o a personas vinculadas a él: *über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen [...] zur Unehre gereichen oder die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werde*.²⁶⁷ Debe recordarse, en cualquier caso, que este derecho solo se reconoce a los testigos —y no a las partes—. En el sistema del Tribunal Unificado de Patentes, la regla 179.2 de las Reglas de P-TUP contempla

266. Frente al deber del testigo de declarar «no resulta eficaz en línea de principio que el llamado a declarar oponga su interés en no hacerlo por el valor autoincriminatorio que, en otro procedimiento y a otros efectos, conllevara su declaración» [STC 21/2021 de 15 de febrero (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21) (F.J. 5º)].

267. Para profundizar en los límites y de esta inmunidad *vid.* MUSIELAK-VOIT/HUBER, «384 ZPO», Rn 4; MÜKOZPO/DAMRAU-WEINLAND, «384 ZPO», Rn 8-12; STEIN-JONAS/BERGER, «§ 384 ZPO», Rn. 5-9.

el derecho de los testigos a negarse a declarar cuando se expongan con su declaración al riesgo de persecución penal. La regla 91(2) (b) de las *European Rules of Civil Procedure* contempla también el derecho de las partes y de los testigos a negarse a declarar para no autoincriminarse [regla 91(2) (b) ERCP].

En EE. UU. el derecho a no incriminarse está reconocido en la 5ª Enmienda de la Constitución. En el ordenamiento americano el derecho es eficaz también en el proceso civil y, por tanto, se acepta que existe un privilegio procesal a no incriminarse —*privilege against self-incrimination*—.²⁶⁸

Si se compara el ordenamiento procesal alemán, el del Tribunal Unificado de Patentes y el de las *European Rules* con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, podrá concluirse que en abstracto existen dos modelos posibles para encauzar la eficacia del derecho de los testigos a no incriminarse. Se puede reconocer un privilegio procesal que permita a los testigos negarse a declarar o se puede simplemente considerar su declaración una prueba prohibida en el futuro proceso de naturaleza penal. Estos modelos funcionan como vasos comunicantes —i.e., debe elegirse uno u otro— y tienen asociadas determinadas ventajas e inconvenientes.

Por un lado, es posible que el constituyente o el legislador reconozcan un privilegio procesal —de naturaleza (meramente) legal o constitucional— que permita al testigo negarse a realizar declaraciones autoincriminatorias o a no aportar documentos que revelen información de contenido incriminatorio. Esta opción supone la protección del derecho a no declarar contra sí mismo desde el propio proceso en el que se declara.

El reconocimiento de un derecho de los testigos a negarse a declarar impondría también regular cómo se enjuiciará su existencia dentro del proceso. Se trata de una cuestión problemática que no tiene una solución fácil. Se espera que sea el testigo el que alegue y haga creíbles las razones en las que basa su derecho a no declarar. Esta *carga de la alegación y de la prueba* puede volverse complicada cuando alegue el privilegio basado en el derecho a no incriminarse: el testigo tendrá que convencer al juez de que aquello sobre lo que se le podría preguntar puede tener consecuencias penales.

En el caso de que el testigo alegue y haga creíble que existe el riesgo de persecución penal, no tendría sentido defender que el juez debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos. En ese caso ningún testigo levantaría su carga de la alegación y de la prueba y así el problema del derecho a no incrimi-

268. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse*, op. cit., pp. 63-64, 250; HAZARD, G., TARUFFO, M., *La justicia civil*, (trad. F. GASCÓN), op. cit., p. 128. Aunque con un ámbito más limitado, el privilegio también existe en Reino Unido, ANDREWS, N., *On Civil Processes I*, op. cit., pp. 305-311.

narse se desplazaría a un momento procesal distinto. En este marco no queda claro si el juez debiera tener una dispensa del deber de denunciar —o, incluso, la obligación de no hacerlo— para proteger el derecho (fundamental) del testigo o si debiera ser un tercero independiente vinculado de alguna forma al tribunal el que determine si existe o no el derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Estos interrogantes evidencian que toda propuesta *de lege ferenda* en torno a estas inmunidades procesales debe ir precedida de una regulación detallada del incidente y del propio enjuiciamiento sobre su existencia (*vid.* cap. IV, apartado 4).

Por otro lado, es también posible que el constituyente o el legislador no reconozcan ningún privilegio del testigo y protejan su derecho a no inculparse (art. 24.2 CE) a través de la institución de la prueba ilícita.²⁶⁹ Este, que es el modelo que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional incorpora el sistema español, supone desplazar la protección del núcleo esencial del derecho a la institución de la prueba en el proceso penal, que pasaría a ser ineficaz para fundar una sentencia de condena. Ahora bien, a poco que se piense, se llegará a la conclusión de que es bastante pobre este nivel de protección, pues las declaraciones en un proceso civil no son prueba de cargo —prueba que, como bien se sabe, debe practicarse en el juicio oral del proceso penal—.²⁷⁰ Este es un principio fundamental que deriva de la presunción de inocencia de los artículos 24.1 CE y 48 CDFUE [STJUE *HYA y otros* (C-348/21)], por lo que poco aporta desde esta perspectiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional examinada.²⁷¹

7.4. Excurso: el derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos, ¿una causa de exculpación penal?

Los testigos no tienen en un proceso civil un derecho a negarse a realizar declaraciones autoincriminatorias o a no aportar documentos que revelen información de contenido incriminatorio. Ante este panorama, es oportuno plantearse si puede considerarse que, de negarse a contestar, los testigos están exentos de responsabilidad penal por un posible delito de desobediencia a la autoridad judicial. Y ello por considerarse que han obrado en el ejercicio legítimo de un derecho (fundamental) (art. 20.7º CP): el derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE).

269. WEICHBRODT, J., *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 286-287, 291-283.

270. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 261.

271. STJUE *HYA y otros* (C-348/21) [ECLI:EU:C:2022:965]:

En ese caso, el testigo deberá comparecer y decir la verdad, pero podría negarse a contestar a las preguntas formuladas o a aportar las fuentes de prueba en su poder por considerar que le pueden incriminar penalmente. No existe en el ordenamiento español una inmunidad en materia probatoria que tenga eficacia procesal, por lo que el juez le deberá hacer los apercibimientos penales que correspondan. Sin embargo, el derecho a no autoincriminarse podría proyectarse en el eventual proceso penal o administrativo sancionador como una causa de exención de la responsabilidad (art. 20.7º CP).²⁷² De este modo podrían neutralizarse, al menos parcialmente, las consecuencias negativas asociadas a la falta de cumplimiento del requerimiento coactivo de información.

8. Las inmunidades procesales de exclusión en el mecanismo de acceso a fuentes de prueba [arts. 283 bis a) *et seq.* LEC]

El desarrollo de las inmunidades procesales está directamente vinculado a los mecanismos de acceso a fuentes de prueba. Por ello, como se ha dicho, no sorprende que sea en el marco de procesos en materia de propiedad industrial y de Derecho de la competencia donde mayor desarrollo estén teniendo estos privilegios (*vid.* Introducción, apartado 1.4).

Corresponde ahora centrarse en cómo operan las inmunidades procesales de exclusión en el mecanismo de acceso a fuentes de prueba regulado en los artículos 283 bis a) *et seq.* LEC. En la Ley de Enjuiciamiento Civil el uso de este mecanismo está limitado a procedimientos de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia. Sin embargo, el legislador ha ampliado su ámbito de acción a los procesos en materia de secretos empresariales (art. 18 LSE). Es previsible que, como consecuencia de exigencias del Derecho de la UE, esta herramienta se extienda a procesos colectivos [art. 18 de la Directiva (UE) 2020/1828], de responsabilidad por infracciones de los deberes sobre diligencia debida [29.3.e) de la Directiva (UE) 2024/1760], entre otros (*vid.* cap. I, apartado 3).

272. Como se ha señalado, el artículo 20.7º CP no es «una regla vacía de contenido justificante —cualquier genuina causa de justificación supone ejercer un derecho o cumplir un deber—, no es inútil; cumple la importante función de hacer expresa la *apertura del sistema penal al resto del ordenamiento* [...] Ejerce, por ello una función de regla general de justificación en blanco, dando así vida al *principio de unidad del ordenamiento jurídico*» (énfasis añadido) (MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Capítulo 7. Causas de justificación» en VV. AA., *Memento penal*, Lefebvre, Madrid, 2024).

8.1. El reconocimiento legal y el fundamento de las inmunidades procesales

En el marco del mecanismo de acceso a fuente de prueba (*vid.* cap. II, apartado 1.5) el artículo 283 bis b).3 de la LEC señala que «[c]uando ordene la exhibición de las pruebas el tribunal dará pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto». Con ello se transpone el artículo 5.6 de la Directiva 2014/104 conforme al cual «[l]os Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales den pleno efecto a los privilegios profesionales legales aplicables de acuerdo con el Derecho de la Unión o el nacional cuando ordenen la exhibición de las pruebas». Se reconoce de este modo un derecho de aquellos obligados por un deber legal de sigilo —*i.e.*, reconocido por una norma de carácter general— a negarse a aportar fuentes de prueba que contengan información que deben mantener en secreto.

Solo con esta interpretación puede mantenerse una coherencia interna en el ordenamiento en relación con las inmunidades procesales que operan respecto del resto de mecanismos de acceso a fuentes de prueba. Aquello que los terceros o las partes tienen derecho a negarse a desvelar oralmente (*vid.* cap. V, apartados 1 y 3), deben también poder mantenerlo en secreto en el marco del acceso a fuentes de prueba. Solo así se da «pleno efecto» a las «reglas sobre [el] deber de guardar secreto».

Además de lo anterior, el artículo 283 bis a).3 LEC señala que el tribunal «limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado». Y, entre los elementos que debe tener en cuenta el tribunal para valorar la proporcionalidad, está el hecho de que las «pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros» [283 bis a).3.c) LEC]. En los casos en los que se considere proporcionado el acceso, el juez podrá adoptar medidas para la protección de la información confidencial dentro del proceso [283 bis b).5 LEC]. De este modo, en función del resultado del juicio de proporcionalidad que debe realizarse para acordar el acceso a las fuentes de prueba, la confidencialidad de la información puede operar como una inmunidad de exclusión o de protección (*vid.* cap. VII, apartado 4).²⁷³

Debe, por tanto, defenderse que los artículos 283 bis a) y 283 bis b) LEC protegen dos tipos de fuentes de prueba: (i) aquellas que incorporan información que el sujeto tiene el deber (legal) de mantener en secreto; (ii) aquellas que

273. GASCÓN INCHAUSTI, F., «El acceso a las fuentes de prueba», *op. cit.*; GASCÓN INCHAUSTI, F., *La protección de los secretos empresariales*, *op. cit.*, pp. 11-15; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil», *op. cit.*, p. 278.

incorporan información que puede considerarse (meramente) confidencial (*vid.* cap. III, apartado 7). Corresponde examinar cómo operan estas dos inmunidades procesales para la protección de cada una de ellas.

8.2. El ámbito y el contenido de las inmunidades procesales

En relación con la primera inmunidad, el artículo 283 bis b).3 LEC no determina todos los casos en los que las partes tienen un «deber de guardar secreto», más allá de la referencia concreta a las «reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente». Así, habrá que acudir al ordenamiento material para integrar la norma procesal y determinar en qué casos y con qué alcance se activa el privilegio (*vid.* cap. III, apartado 7).

Como se ha dicho, el deber legal de secreto debe estar reconocido en una norma con carácter general publicada en un boletín oficial. Ante la falta de cualquier distinción legal debe considerarse que esta inmunidad protege cualquier información que se tenga el deber de no revelar, con independencia de que se imponga por razón de la profesión o por cualquier otro motivo.

En relación con la segunda inmunidad, debe considerarse confidencial toda información que no es generalmente conocida, que su titular considera reservada por tener algún valor y respecto de la que, por ello, adopta medidas materiales o jurídicas de protección que impiden su apropiación o su toma de conocimiento por parte de terceros (*vid.* cap. III, apartado 7.13).²⁷⁴ Por lo tanto, dentro de esta consideración debe integrarse aquella información que sea constitutiva de un secreto empresarial (art. 1 LSE) y aquella que, aunque no tenga tal consideración, pueda calificarse de confidencial por cumplir con los criterios arriba descritos. Así, a través de esta vía podría dotarse de protección procesal a la información que las partes se han obligado contractualmente a mantener en secreto.

La protección de la información confidencial se incorporará al juicio de ponderación que debe llevar a cabo el juez para acordar el acceso a fuentes de prueba. En función de su resultado, la información se protegerá a través de una inmunidad de exclusión —rechazándose el acceso a las fuentes de prueba por no ser proporcional [art. 283 bis a).3 LEC]— o a través de una inmunidad de protección —acordándose el acceso a las fuentes de prueba, pero adoptando medidas de protección de la información confidencial dentro del proceso [art. 383 bis b).5 LEC]—. En relación con estas medidas, es de interés señalar que la posibili-

274. MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

dad de disociar pasajes sensibles y la aportación de una versión no confidencial de la fuente de prueba supone realmente una inmunidad procesal de exclusión: *la información no entra en la esfera procesal* [art. 283 bis b).5 1.ª LEC].

8.3. El titular de la inmunidad procesal

El titular de la inmunidad procesal —y, por tanto, aquel sobre el que pesa la carga de ejercitarla— es la parte procesal o el tercero al que se le ha requerido la exhibición de las fuentes de prueba [art. 283 bis a).1 LEC]. Es, por tanto, necesario que el tercero o la parte requeridos sean (i) aquellos obligados por una norma de carácter general a mantener en secreto la información incorporada en la fuente de prueba; o (ii) aquellos que tienen en su poder información reservada que consideran valiosa y respecto de la que han adoptado medidas materiales o jurídicas de protección. En este punto, por tanto, cabe hacer una remisión en bloque en relación con las reglas sobre la determinación del titular del privilegio (*vid.* cap. IV, apartado 3).

8.4. El enjuiciamiento sobre las inmunidades procesales

La negativa a aportar las fuentes de prueba por estar protegidas por un deber de secreto o por ser confidenciales deberá alegarse en la «vistilla» de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis f).3 LEC]. La carga de la alegación y de hacer creíble la existencia del deber de secreto o la consideración confidencial de la información corresponde a la parte o al tercero que pretende hacer valer la inmunidad. El enjuiciamiento sobre la existencia de la inmunidad deberá decidirse en el auto por el que se resuelve la solicitud de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis f).4 LEC].

En el juicio de proporcionalidad que el tribunal debe llevar a cabo para ordenar la exhibición de fuentes de prueba que contienen información (meramente) confidencial será útil atender a algunos de los criterios propuestos por la doctrina en el sistema del Tribunal Unificado de Patentes (*vid.* cap. IV, apartado 8.2). Será razonable así atender a circunstancias como: (i) la apariencia de buen derecho del actor o la posibilidad de que vea estimada su demanda; (ii) un criterio de pertinencia, que se concreta en la proximidad de la fuente de prueba protegida con la cuestión controvertida; o (iii) la efectividad real que las medidas de protección de la información confidencial podrían tener —criterio incorporado expresamente en el artículo 283 bis a).3.c) LEC—. ²⁷⁵

275. TILMANN-PLASSMANN/ TILMANN, «Artikel 58 EPGÜ», Rn. 14-20.

Los límites y el alcance del juicio de proporcionalidad han sido desarrollados por el Tribunal de Justicia de la UE en el marco de procesos civiles en sus SSTJUE *Promusicae* (C-275/06)²⁷⁶, *M.I.C.M.* (C-597/19)²⁷⁷, *Bastei Lübbe* (C-149/17)²⁷⁸ y *Coty Germany* (C-580/13)²⁷⁹.²⁸⁰ En estos casos, la protección de datos personales o la existencia de secretos empresariales será uno (más) de los elementos que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta para valorar la pertinencia y la proporcionalidad de las medidas de acceso a fuentes de prueba —*v.gr.*, art. 283 bis a).3.c) LEC— (*vid.* cap. III, apartado 7.10).

276. STJUE (Gran Sala) *Promusicae* (Asunto C-275/06): «65. De esta forma, la presente petición de decisión prejudicial plantea la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho al respeto de la intimidad y, por otra parte, los derechos a la protección de la propiedad y a la tutela judicial efectiva [...] 68. Siendo esto así, corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las Directivas citadas, procurar basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias Lindqvist, antes citada, apartado 87, y de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, C-305/05, Rec. p. I-0000, apartado 28)».

277. STJUE *M.I.C.M.* (Asunto C-597/19) [ECLI:EU:C:2021:492]: «108. [...] procede considerar que el interés del responsable del tratamiento o de un tercero en obtener un dato personal relativo a una persona que supuestamente ha causado un daño a un bien de su propiedad para demandarla por daños y perjuicios constituye un interés legítimo [...] 111. Por último, en cuanto al requisito de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, este dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate (sentencia de 4 de mayo de 2017, Rigas satiksme, C-13/16, EU:C:2017:336, apartado 31 y jurisprudencia citada). Corresponde al tribunal remitente apreciar estas circunstancias particulares».

278. STJUE *Bastei Lübbe* (Asunto C-149/17) [ECLI:EU:C:2018:841]: «44. Así pues, la presente petición de decisión prejudicial suscita la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad intelectual y, por otra parte, el derecho al respeto de la vida privada y familiar (véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, Coty Germany, C-580/13, EU:C:2015:485, apartado 33) [...] 51. Pues bien, ha lugar a considerar que si, en situaciones como la que es objeto del litigio principal, la normativa nacional, tal como la interpretan los tribunales nacionales competentes, tiene por efecto impedir que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una acción de responsabilidad exija, a instancia del demandante, la producción y la obtención de elementos de prueba relativos a los miembros de la familia de la parte contraria, ello imposibilita demostrar que se ha producido la infracción de los derechos de autor denunciada, así como identificar a su autor, y, por consiguiente se produce una vulneración caracterizada de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de propiedad intelectual, de que disfruta el titular de los derechos de autor, y, por tanto, no se cumple el requisito consistente en garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales de que se trata (véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, Coty Germany, C-580/13, EU:C:2015:485, apartado 41)».

279. STJUE *Coty Germany* (Asunto C-580/13) [ECLI:EU:C:2015:485]: «29. El derecho de información que supuestamente asiste al demandante en el contexto de un procedimiento relativo a una violación de su derecho de propiedad tiene pues por objeto, en el ámbito de que se trata, hacer aplicable y concretar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta y garantizar de ese modo el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la propiedad, del que forma parte el derecho de propiedad intelectual protegido en el artículo 17, apartado 2, de aquélla [...] 41. Se desprende de lo anterior que una disposición nacional como la que es objeto del procedimiento principal, aisladamente considerada, entraña una vulneración sustancial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, del derecho fundamental a la propiedad intelectual, de los que gozan los titulares de tales derechos, y que, por lo tanto, no respeta el requisito consistente en garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales ponderados en el artículo 8 de la Directiva 2004/48».

280. En relación con ello, *vid.* MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

En cualquier caso, como se ha dicho, la aportación de datos personales por una parte o por terceros a un proceso civil debe considerarse permitida por el ordenamiento. Y ello sobre la base de que se lleva a cabo en «cumplimiento de una obligación legal» [art. 6.1.c) RGPD]; en «cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos» [art. 6.1.e) RGPD]; y, en general, «para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero» [art. 6.1.f) RGPD].

8.5. Los efectos asociados al ejercicio de la inmunidad procesal

El artículo 283 bis h) LEC regula las consecuencias negativas que se asocian a la obstrucción del acceso a fuentes de prueba: declarar como admitidos los hechos a los cuales las fuentes se referían [art. 283 bis h).1.a) LEC], tener al demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas [art. 283 bis h).1.b) LEC], desestimar total o parcialmente las excepciones o acciones reconventionales que el sujeto afectado por la medida pudiera ejercitar [art. 283 bis h).1.c) LEC] o imponer al destinatario de la medida una multa coercitiva de hasta 60.000 euros [art. 283 bis h).1.b) LEC]. A través de estas medidas se fuerza a las partes y a los terceros —a través de la multa coercitiva— a la aportación de la fuente de la prueba requerida.

La inmunidad procesal del artículo 283 bis b).3 de la LEC desactiva las consecuencias desfavorables asociadas a la negativa a aportar la fuente de prueba. En cuanto se considere incidentalmente que la parte o el tercero tienen el deber legal de mantener en secreto la información incorporada en las fuentes de prueba, que esta es confidencial y que es desproporcionado desvelarla, se desactivará cualquier consecuencia negativa asociada a la falta de aportación.

Los efectos de la inmunidad procesal del artículo 283 bis a).3 de la LEC dependerán del juicio de proporcionalidad realizado. Podrá considerarse que es desproporcionada la solicitud de exhibición —rechazándose la solicitud de acceso a las fuentes de prueba— o acordarse, pero adoptándose medidas de protección.

En cualquiera de los casos, seguirán siendo aplicables las reglas ordinarias sobre la carga de la prueba y el principio de la carga de la prueba dinámica. Seguirá siendo carga de la parte interesada en ello acreditar los hechos que pretendía probar a través de las fuentes de prueba: a saber, la existencia del cártel o los daños y perjuicios sufridos. Y eso tendrá que hacerlo a través de cualquier otro medio procesal o material que tenga a su disposición. De no poderlo hacer por indisponibilidad o por dificultad para acceder a fuentes de prueba alternativas, el tribunal podrá modular las reglas sobre la carga de la prueba activando el artículo 217.7 LEC. Pero ello solo será posible si se considera que

la otra parte está en una mejor posición para acceder a información o fuentes de prueba *no privilegiadas*.

Con todo, no pueden olvidarse las herramientas de facilitación de la prueba en litigios civiles relativos al Derecho a la competencia: a saber, las presunciones legales sobre la existencia del daño (art. 76.3 LDC) y las vinculaciones materiales del juez a lo resuelto por la Comisión Europea o por una autoridad nacional de la competencia (art. 75 LDC).

La atribución dinámica de las reglas sobre la carga de la prueba no se activará, debe recordarse, si a través de ella se acaba arrojando sobre su titular la carga de desvelar la información protegida. El privilegio procesal en este caso deberá también expandirse y desactivar la carga de la prueba que nazca de su aplicación dinámica (art. 217.7 LEC) (*vid.* cap. IV, apartado 5.2).

8.6. Excurso: la exhibición de fuentes de prueba contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia

Un análisis diferenciado merece el acceso a fuentes de prueba contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia. Es bastante probable que en el expediente del proceso administrativo sancionador en curso o finalizado haya fuentes de prueba relevantes y útiles para que las partes puedan acreditar las acciones o las excepciones que ejercitan. En principio, las partes pueden solicitar y el juez acordar el acceso a las fuentes de prueba que obran en el expediente [art. 283 bis i).9 LEC]. No obstante, la ley reconoce determinadas fuentes de prueba a las que no se podrá tener acceso.²⁸¹

El *private* y el *public enforcement* forman un sistema interrelacionado a través del que se pretenden realizar los fines propuestos por la norma. El proceso civil de daños por infracciones del Derecho de la competencia, como es sabido, puede iniciarse antes, durante o después del proceso administrativo sancionador iniciado por la autoridad nacional de la competencia o la Comisión Europea. En función del momento en el que se ejercite la acción, serán distintas las vinculaciones jurídico-materiales que el juez civil tendrá respecto de la decisión dictada en el proceso administrativo o jurisdiccional contencioso-administrativo.

Conforme al artículo 283 bis i).5 LEC, el tribunal podrá ordenar la exhibición de las siguientes categorías de prueba «únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento»: la infor-

281. GASCÓN INCHAUSTI, F., «El acceso a las fuentes de prueba», *op. cit.*; STJUE de 12 de enero de 2023, *RegioJet* (C-51/21) [ECLI:EU:C:2023:6].

mación preparada por cualquier persona específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia [art. 283 bis i).5 a) LEC]; la información elaborada por las autoridades de la competencia y que ha sido enviada a las partes durante el procedimiento administrativo [art. 283 bis i).5 b) LEC]; y las solicitudes de transacción que se hayan retirado durante su curso [art. 283 bis i).5 c) LEC]. Esta es la denominada «lista gris».

Por otro lado, y según el artículo 283 bis i).6 LEC, en ningún momento el tribunal podrá ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de fuentes de prueba relativas a (i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia [art. 283 bis i).6 a) LEC] y (ii) las solicitudes de transacción que se hayan presentado en el marco del procedimiento administrativo [art. 283 bis i).6 b) LEC]. Esta es la denominada «lista negra».

Como se ve, el mandato de no permitir el acceso a las fuentes de prueba que se encuentren dentro de estas categorías *está dirigido al juez* —«en ningún momento podrá el tribunal ordenar», dice el artículo 283 bis i) LEC—. Por ello, más que una inmunidad procesal —i.e., un poder jurídico subjetivizado—, se está ante un supuesto de prueba legalmente prohibida (art. 283.3 LEC): o mejor, ante un supuesto legalmente prohibido de acceso a fuentes de prueba. La protección está así objetivizada. No importa si la autoridad de la competencia o las partes consienten la aportación de las fuentes de prueba, el tribunal solo podrá acordar su exhibición después de que acabe el procedimiento administrativo [art. 283 bis i).6 LEC] o no podrá hacerlo en ningún momento [art. 283 bis i).7) LEC].

Aunque no sean auténticas inmunidades procesales, es de gran interés para el estudio que aquí se aborda el enjuiciamiento incidental sobre el contenido material de la información y la fuente de prueba.²⁸² Conforme al artículo 283 bis i).7 LEC, el demandante «podrá presentar una solicitud motivada para que un tribunal acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones de declaración en el marco de un programa de clemencia y solicitud de transacción [...] [e]n dicha evaluación, los tribunales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas».

282. Denominado por la doctrina alemana como *Prüfverfahren* (HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, op. cit., p. 211).

El fundamento de todos estos supuestos de prueba legalmente prohibidas es la protección de la integridad del proceso administrativo en curso [art. 283 bis i).6 LEC] y de los programas de clemencia [art. 283 bis i).7 LEC].

A través de los programas de clemencia, como se sabe, «se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación, siempre y cuando cesen en su conducta infractora y no hayan sido los instigadores del resto de miembros del acuerdo prohibido» (Exposición de Motivos II de la LDC). De este modo, la prohibición legal absoluta regulada busca que el miedo al ejercicio de futuras acciones civiles por daños no sea un elemento que desincentive la colaboración en el proceso administrativo.

Es posible que la parte procesal pretenda conseguir por sus medios y extraprocesalmente el acceso al expediente administrativo —o ya lo tenga—. En ese caso, el artículo 283 bis j) LEC señala que no serán admisibles las pruebas que se encuadren en la «lista gris» del artículo 283 bis i).6 LEC hasta que la autoridad de la competencia haya finalizado el expediente administrativo. Y no serán admisibles en ningún caso las pruebas que se encuadren en la «lista negra» del artículo 283 bis i).7 LEC —los programas de clemencia y las solicitudes de transacción—. La eficacia de la prohibición legal de la prueba (art. 283.3 LEC) se proyecta también sobre la obtención extraprocesal de las fuentes de prueba.

En el artículo 283 bis i).7 LEC se articula de este modo un sistema de enjuiciamiento incidental de la información similar al contemplado en las diligencias de comprobación de hechos (art. 124.2 LP), que consiste en que el juzgador toma contacto directo con la fuente de prueba para calificar su contenido. Se asegura de este modo un control jurisdiccional sobre la calificación de la información. Las partes o los terceros no tendrán «en ningún caso» acceso a las pruebas [283 bis i).7 LEC], de manera que tampoco tendrán a su disposición los elementos para poder recurrir la resolución del órgano jurisdiccional [STJUE *RegioJet* (C-57/21)] (*vid. cap. IV, apartado 4*).²⁸³

Pese a la evidente limitación del derecho de defensa y a los recursos de una de las partes, debe considerarse que estos mecanismos de control son los más adecuados. A través de ellos se extrema la eficacia de la inmunidad procesal y de las prohibiciones legales de la prueba, sin que se pierda la función jurisdiccional de calificar la información y de aplicar la norma procesal —una función propia de los jueces y no de las autoridades nacionales de la competencia—.

283. STJUE de 12 de enero de 2023, *RegioJet* (C-51/21) [ECLI:EU:C:2023:6].

En el caso de que el juez considere que existe una prohibición legal relativa o absoluta de la prueba, deberá rechazarse la solicitud de acceso al expediente o considerarse justificada la negativa de la autoridad nacional a aportarlo.

Es de interés señalar que, de considerarse que solo parte de la información incorporada en los documentos o solo algunos de ellos pueden calificarse dentro de las categorías del artículo 283 bis i).6 y.7 LEC, el tribunal podrá ordenar la exhibición de aquello no protegido [artículo 283 bis i).8 LEC].

Capítulo VI | Inmunidades procesales de protección: aspectos generales

1. Introducción

Corresponde ahora centrarse en los aspectos generales de las inmunidades procesales de protección, que son aquellas que permiten a su titular exigir que se adopten medidas para mantener la confidencialidad de la información que ha de revelarse dentro del proceso.

Las inmunidades de protección no permiten a su titular negarse a aportar la información o las fuentes de prueba, pero sí reclamar que estas se protejan en el proceso. Esta protección suele conseguirse a través de la exclusión de ciertas dosis de publicidad, de la imposición de obligaciones de sigilo y de medidas de garantía para hacerlas efectivas. Las inmunidades procesales de protección van por ello irremediablemente unidas a la publicidad como elemento legitimador del sistema y garantía procesal de las partes.

1.1. Un cambio de paradigma: de la exclusión de la información a la protección de la información confidencial

Las inmunidades procesales de protección suponen un cambio de paradigma o modelo alternativo de protección de la información y las fuentes de prueba en el proceso civil. Se ha dicho ya que estas inmunidades no autorizan a negarse a aportar la información o la fuente de prueba (*vid.* cap. III, apartado 6). La parte o el tercero tendrán la carga o el deber de hacerlo, pero con base en la inmunidad podrán exigir que se adopten las medidas para *proteger procesalmente* la información aportada.

En ocasiones no es razonable permitir que la información o la fuente de prueba sea excluida del proceso, sea por el derecho material cuya tutela se pretende o por otras razones de política legislativa. Un supuesto paradigmático de ello es la tutela civil de los secretos empresariales.

Existe una tensión que es propia de la litigación asociada a este derecho de propiedad industrial: la publicidad asociada al proceso en el que se pide la tutela de un *secreto* empresarial llevaría a su divulgación. Se da así la paradoja de que la protección judicial del secreto, encauzada a través de un proceso público, depende de su revelación. Ante este escenario, la tutela judicial del derecho pasa irremediabilmente por articular mecanismos que permitan *prolongar en la esfera procesal* el secreto de la información.

También es posible que por otras razones de política legislativa el ordenamiento opte por proteger la información confidencial en lugar de permitir su exclusión del proceso. No puede olvidarse que a cada inmunidad procesal le subyace una colisión de derechos e intereses: el derecho a la prueba de una parte y aquel derecho que se protege a través de la inmunidad.

Es posible que el ordenamiento, en lugar de optar por una exclusión absoluta de la información o la fuente de prueba, adopte una vía intermedia: permitir que la información se incorpore al proceso y tratarla confidencialmente dentro de él. La inmunidad cumpliría de este modo parte de sus objetivos, pero con una menor incidencia en el derecho de defensa de la otra parte.

Los privilegios que permiten tratar determinada información confidencial, en principio, no afectan al derecho a la prueba de las demás partes —o a la pretendida y tan manida «búsqueda de la verdad material»—. En estos casos, la inmunidad entra en tensión con la publicidad como principio legitimador del sistema, garantía procesal de las partes y de los terceros con un interés legítimo en el resultado del pleito.

El legislador tiene así dos opciones en abstracto posibles cuando quiere proteger información confidencial en la esfera procesal: permitir que las partes se nieguen a su incorporación o, una vez incorporada, excluir ciertas dosis de publicidad para mantenerla en secreto. La exclusión o la protección de la información protegida serían dos modelos a disposición del legislador que funcionarían a modo de vasos comunicantes.

Este cambio de paradigma en la protección procesal de la información y de las fuentes de prueba es un fenómeno reciente y propio de los ordenamientos europeos. En una tradición en la que las inmunidades de exclusión han tenido

un arraigo escaso —como consecuencia de los también escasos mecanismos de acceso a fuentes de prueba—, se ha encontrado en las inmunidades de protección una forma de tutelar la información y mantener un equilibrio más adecuado entre los derechos y los intereses de ambas partes.²⁸⁴

1.2. La proyección *ad intra* de la publicidad: el principio de defensa y el principio de adquisición procesal

Conforme a los artículos 24.2 CE y 120.1 CE «[l]as actuaciones judiciales serán públicas». La publicidad como forma de los actos procesales tiene así un anclaje constitucional que se concreta en una dimensión objetiva o institucional y subjetiva o de garantía procesal.

La publicidad es antes que nada un elemento que legitima la administración de justicia en su conjunto: dota de transparencia al sistema, genera confianza y permite su control democrático. La potestad jurisdiccional no puede entenderse sin la responsabilidad asociada a ella y, desde esta perspectiva, la publicidad es uno de los mecanismos para su fiscalización.²⁸⁵

Además de esta perspectiva institucional —que es en la que tradicionalmente se ha centrado la atención—, la publicidad también garantiza los derechos de las partes y de los terceros: a través de la publicidad las partes pueden conocer la información y las fuentes de prueba que obran en el proceso.²⁸⁶ Antes de profundizar en el estudio de las inmunidades de protección, es oportuno centrarse en esta dimensión de la publicidad.

La publicidad del procedimiento es una garantía procesal que deriva de los artículos 6.1 CEDH y 47 CDFUE y que también suele estar en las constituciones de los distintos EE. MM.²⁸⁷

La publicidad es una *garantía procesal* de las partes (art. 24.2 CE) que promueve el derecho de defensa, así como los principios de igualdad de armas procesales y de contradicción.²⁸⁸ En el proceso civil las partes deben poder

284. HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, *op. cit.*, pp. 124-125.

285. En relación con la publicidad como elemento legitimador del sistema de administración de justicia *vid.*, HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A., «Open Justice in Modern Societies: What Role for Courts?» en HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A. (eds.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 9-13.

286. STADLER A., GASCÓN INCHAUSTI, F., *et al.*, *European Rules of Civil Procedure*, *op. cit.*, pp. 73-74.

287. En relación con la publicidad como elemento legitimador del sistema de administración de justicia *vid.*, HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A., «Open Justice», *op. cit.*, pp. 13-16.

288. PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso», *op. cit.*, pp. 273-278, 284-286

conocer las alegaciones y las actuaciones procesales llevadas a cabo por el resto, pues solo así podrán reaccionar y alegar en su defensa aquello que consideren. Esto es lo que PEITEADO MARISCAL ha denominado la «proyección *ad intra*» de la publicidad —y que en la doctrina alemana que se conoce *Partei-öffentlichkeit*—. ²⁸⁹ Esta dimensión de la publicidad entre las partes conecta directamente con su derecho de defensa y a un proceso justo (art. 24.1 CE). ²⁹⁰

Además de poder defenderse, las partes podrán hacer suyas la información o las fuentes de prueba aportadas al proceso por el resto de las partes y los terceros: este es el *principio de adquisición procesal*. ²⁹¹ Como sostiene el Tribunal Supremo «[p]robado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal» (SSTS núm. 733/2014, núm. 158/2015 y núm. 677/2014). Por ello, las partes podrán valorar en el trámite de informes y conclusiones toda la prueba practicada, exponiendo si los hechos deben quedar acreditados (art. 433.2 LEC). Así, la publicidad *ad intra* se convierte de este modo también en un mecanismo de acceso a información y fuentes de prueba que pueden hacerse propias.

No es inusual en la práctica, como se ha dicho, que se instrumentalice el proceso civil para acceder a información o fuentes de prueba en poder de la otra parte. Este es el caso *v.gr.* de los *patent trolls* —*non-practicing entities*— que adquieren derechos de propiedad intelectual para, a través de procedimientos judiciales, acceder a información de terceros —como sus direcciones IP—. ²⁹²

1.3. La proyección *ad extra* de la publicidad: la protección de los terceros con un interés legítimo

La publicidad es también una garantía para determinados terceros ajenos al proceso. Aunque tradicionalmente la atención se ha centrado en su dimensión pública (art. 120.1 CE) o de garantía procesal de las partes (art. 24.2 CE), no

289. PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso», *op. cit.*, p. 278; MÜKOZPO/PABST, «§ 169 GVG», Rn. 86; GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario del art. 138» en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 608; OROMI I VALL-LLOVERA, S., «Comentario del art. 138» en CORDÓN MORENO, F. et al. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol. II*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2011, pp. 812-814.

290. PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso», *op. cit.*, p. 278; MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional I*, Bosch, Gerona, 1987, p. 427; GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario del art. 138», *op. cit.*, p. 608; OROMI I VALL-LLOVERA, S., «Comentario del art. 138», *op. cit.*, p. 813; MÜKOZPO/PABST, «§ 169 GVG», Rn. 86-88.

291. DE LA OLIVA SANTOS, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil II*, *op. cit.*, p. 324; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., J., «Comentario del art. 217», *op. cit.*, pp. 821-822.

292. En este sentido son de interés las Conclusiones del Abogado General Spuznar de 17 de diciembre de 2020 en el asunto C-597/19 [ECLI:EU:C:2020:1063].

puede perderse de vista estos otros sujetos privados que también pueden verse afectados por la exclusión de la publicidad.

Como es sabido, hay terceros que tienen un interés legítimo en el resultado del pleito. Este interés puede nacer del hecho de que el tercero (i) pueda verse afectado por una extensión subjetiva de la cosa juzgada —y, por lo tanto, que la sentencia le vincule procesalmente—; (ii) sea titular de una relación jurídica dependiente de aquella que se discute en el litigio principal —y, por lo tanto, que la sentencia le vincule materialmente: *Tatbestandswirkung*—; o (iii) porque es un litisconsorte preterido —i.e., debió ser demandado y no lo fue—. ²⁹³

Los ordenamientos procesales nacionales suelen incorporar mecanismos para tutelar a los terceros que tienen un interés jurídico en el resultado del pleito. En el ordenamiento español, por ejemplo, se contempla la intervención voluntaria de estos terceros. Por esta vía el tercero puede pedir su intervención en el proceso y ser considerado parte «a todos los efectos» (art. 13 LEC). Desde luego, el paso previo y lógico para pedir la intervención es que el tercero conozca de la existencia del proceso. Por eso mismo se prevé que cuando el tribunal identifique que algún tercero pueda ser afectado por la sentencia que se dicte, le notifique a aquel la existencia del proceso (art. 150.2 LEC). ²⁹⁴

Este es el sentido también de la publicidad asociada a la inscripción de la interposición de la demanda en registros públicos como el de la propiedad o de la propiedad industrial como medida cautelar (art. 727.5ª LEC).

Una vez que el tercero ha tenido conocimiento de la existencia del proceso, deberá poder conocer qué se discute en él para identificar la afectación que la sentencia podrá tener en su esfera jurídica. Para ello, el tercero podrá hacer uso de dos mecanismos asociados a la publicidad: asistir a las vistas orales y acceder a los autos obrantes en el proceso.

Conforme al artículo 140 LEC, los letrados de la administración de justicia «facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo y directo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales». En el caso de que el tercero acredite ese interés, tendrá el derecho de tener acceso a los autos obrantes en el proceso (arts. 141 LEC y 234 LOPJ). La tramitación de

293. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 209-2011.

294. Artículo 150.2 LEC «Por disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento».

esta solicitud de acceso está regulada en el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.²⁹⁵

En definitiva, la publicidad tiene una proyección *ad extra* y *ad intra* que incide directamente en la realización de intereses públicos —como lo es la legitimación del sistema—, pero también en el derecho de defensa de las partes y de los terceros. Las inmunidades procesales de protección que permiten excluir dosis de publicidad del proceso para mantener en secreto determinada información afectarán de una u otra forma a cada una de estas distintas proyecciones de la publicidad.

Tradicionalmente se ha entendido que la publicidad es una característica típicamente asociada a la forma oral de los actos procesales. Como regla general, un tercero no debe acreditar ningún interés legítimo para acudir a una vista oral, aunque tal acreditación sí suele ser exigible para acceder a las actuaciones escritas de un proceso (art. 140 LEC). La publicidad es por ello un adjetivo tradicionalmente predicable de la oralidad. La publicidad también es exigible de la sentencia —con independencia de su forma— (arts. 120.3 CE o 6 CEDH).

No puede por ello perderse de vista en qué medida la forma oral o escrita afecta directamente a la publicidad de las actuaciones. Puede así sostenerse que *las formas no son neutras*. Cada una de ellas —por lo menos, tal como están contingentemente configuradas y son entendidas— repercuten de una u otra manera en determinadas garantías de las partes y de los terceros; en este caso, las asociadas a la publicidad.

Las inmunidades procesales de protección suponen así una colisión entre derechos y principios con trascendencia constitucional: la publicidad como princi-

295. Artículo 4 del Reglamento 1/2005: «1. Corresponde a los Secretarios de la Oficina judicial facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales a que se refieren los dos artículos anteriores. 2. Quienes estén interesados en acceder a los documentos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, presentarán la solicitud por escrito en la Secretaría del órgano judicial, precisando el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita y exponiendo la causa que justifica su interés. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego, y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal, en su caso. 3. Sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo denegatorio del Secretario judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si, transcurridos dos días desde la solicitud, no hubiere recaído acuerdo expreso del Secretario, ni se hubiere expedido el testimonio o certificación solicitados, ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitar ante el Juez o Presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del Juez o Presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de Tribunales. 4. Respecto del acceso a las actuaciones judiciales de las que se desprendan datos con trascendencia tributaria, se estará además a lo establecido en el artículo 94.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

pio y garantía y el derecho o interés que la inmunidad protege. La aplicación y la interpretación de las normas que reconocen estos privilegios por parte de los tribunales no puede llevarse a cabo sin tener presente esta perspectiva.

2. Reconocimiento legal y fundamento

El principio de legalidad procesal impone que las medidas para tratar confidencialmente información en el proceso civil estén implícita o explícitamente reconocidas en el ordenamiento procesal (art. 1 LEC). Estas inmunidades de protección pueden encontrarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil o, cada vez con más frecuencia, en leyes especiales —*v.gr.*, la Ley de Patentes o la Ley de Secretos Empresariales—.

El fundamento del tratamiento confidencial de la información en el proceso civil está en la protección de la intimidad de las personas, la creación de espacios resguardados para el ejercicio de derechos fundamentales o el amparo de otros bienes jurídicos considerados dignos de tutela para el legislador. La constitucionalidad de la concreta norma procesal que reconozca el tratamiento confidencial de la información dependerá del resultado del juicio de proporcionalidad entre estos y el interés que la inmunidad procesal protege. Una vez cristalizado en la norma, el resultado del juicio de ponderación solo podrá controlarse por el Tribunal Constitucional a través de los recursos de inconstitucionalidad o las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35 LOTC) o autocuestiones de inconstitucionalidad derivadas de un recurso de amparo (art. 55.2 LOTC).

3. Ámbito y contenido

La inmunidad procesal de protección permite el tratamiento confidencial de determinada información o fuente de prueba: *v.gr.*, un secreto empresarial, los datos contables o financieros, información protegida por una obligación de secreto o la declaración de un testigo sobre la vida privada de otro. También en estos casos la norma procesal podrá ser autosuficiente y concretar la información protegida o, por el contrario, podrá remitirse al ordenamiento material para integrar su ámbito de protección (*vid.* cap. III, apartado 4).

El contenido de las inmunidades de protección está integrado por aquellas medidas concretas que pueden adoptarse para mantener secreta la información dentro del proceso. En relación con ellas, el legislador podrá servirse de la técnica de las *normas procesales abiertas* o de los *conceptos jurídicos indeter-*

minados para ordenar de forma genérica que se adopten medidas para mantener la confidencialidad de la información. Es también posible que la norma incorpore las medidas concretas que podrá o deberá adoptar el órgano jurisdiccional a modo ejemplificativo o de *numerus clausus*.

El artículo 328.3 LEC es un ejemplo de este tipo de normas procesales abiertas, al disponer que «el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial».

Los artículos 259.3 LEC o 15.2.b) LSE señalan que el tribunal podrá ordenar que la vista se celebre a puerta cerrada. En este caso, las normas determinan las medidas concretas que pueden adoptarse para mantener la confidencialidad de la información.

Las inmunidades procesales de protección tradicionalmente se han regulado a través de normas procesales abiertas. Solo recientemente el legislador ha empezado a concretar en la norma medidas específicas para mantener el secreto de la información —*v.gr.* los artículos 283 bis b).5 LEC y 15 LSE—. Esto permite dotar de contenido y previsibilidad a la norma, potenciando de ese modo su aplicación.

Entre las medidas más habituales para mantener la confidencialidad de la información pueden encontrarse las siguientes: la exclusión de la publicidad de las vistas orales, imposibilitar a terceros el acceso a los autos, la elaboración de círculos de confidencialidad para regular el acceso de los intervinientes del proceso a la información, la creación de salas de datos o la anonimización de escritos o resoluciones judiciales, entre otras.

En un proceso judicial intervienen distintos sujetos, entre ellos, el órgano jurisdiccional —funcionarios y el titular de la potestad jurisdiccional—, abogados, procuradores, las partes, los testigos, los peritos, etc. En procesos universales —*v.gr.*, un concurso— o en aquellos en los que típicamente existe una pluralidad de partes o terceros interesados —*v.gr.*, un proceso de impugnación de acuerdos sociales (art. 249.1.3º LEC)— el número de intervinientes puede crecer exponencialmente. A través de los círculos de confidencialidad se clasifica a todos los intervinientes, otorgándose a cada uno de los grupos distintos permisos de acceso a la información, sistemas de control y obligaciones de secreto.

Las salas de datos, como se explicará, suponen la creación de entornos físicos o virtuales que permitan la consulta de datos sin su entrega o puesta a disposición.

En abstracto, una de las medidas de protección de la información confidencial puede consistir en impedir que el resto de las partes la conozcan —*i.e.*, exclu-

sión total de la publicidad *ad intra*—. En ese caso, la fuente de prueba entraría al proceso, pero esta solo sería conocida por el tribunal y no sería transmitida al resto o a alguna de las partes. Esta medida es la más drástica y, también por ello, la más efectiva para la protección de la información confidencial.

En relación con esto, el artículo 15.2 c) LSE al regular los círculos de confidencialidad impone que la determinación del número de personas con acceso a la información confidencial «habrá de respetar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, e incluirá, al menos, *una persona física* de cada una de las partes y sus respectivos abogados y procuradores». En el caso de un litigio en materia de patentes entre dos empresas, cada una de las partes podría seleccionar un trabajador o directivo para conocer la información. La conjunción «y» del artículo 15.2 c) LSE supone que el conocimiento de la información solo por el abogado de la parte no cumpla con los requisitos legales: en todo caso, alguna persona *de la parte* debe poder conocer la información.

Si las partes son personas físicas, serán ellas las que tendrían —como mínimo— que formar parte del círculo de confidencialidad. Existe por ello solo una exclusión parcial de la publicidad *ad intra* —*eingeschränkte Parteiöffentlichkeit*—, no siendo posible excluir totalmente a una parte del conocimiento de la información protegida.²⁹⁶

Pese a ello, el ordenamiento español también cuenta con medidas que limitan totalmente la publicidad *ad intra* del proceso, excluyendo al resto de las partes del conocimiento de la información. Este es el caso, por ejemplo, de las diligencias de comprobación de hechos (art. 124 LP) (*vid.* cap. II, apartado 1.6). La exclusión total de la publicidad *ad intra* supone una limitación del derecho a la defensa y a los recursos de la otra parte (art. 24.1 CE). La constitucionalidad de la norma que contemple una medida similar dependerá del resultado del juicio de proporcionalidad propio de la limitación de derechos fundamentales.

Con todo, no puede perderse de vista que esta medida de protección de la información confidencial es menos intensa que las inmunidades procesales de exclusión. En un caso, la información ni siquiera es accesible para el juez —o solo lo es para enjuiciar incidentalmente sobre la propia existencia de la inmunidad—. En el otro caso, el juez puede entrar en contacto con la información o la fuente de prueba, que podrá utilizar para formar su juicio fáctico.

296. TILMANN-PLASSMANN/TILMANN, «Artikel 45 EPGÜ», Rn. 6.

Una opción intermedia a la exclusión total de la publicidad *ad intra* sería permitir el conocimiento de la información al abogado, pero no a la parte propiamente dicha. En ese caso, podrían imponerse a la defensa técnica obligaciones de secreto y sanciones en caso de incumplimiento —a modo de «muralla china» (*chinese wall*)—. ²⁹⁷ Esto permitiría preservar el derecho de defensa y a los recursos de una parte, manteniendo al máximo la confidencialidad de la información.

Incluso con ello, no puede perderse de vista el riesgo de que el proceso se instrumentalice para acceder fraudulentamente a información o fuentes de prueba. Es posible que las más severas sanciones para la parte o el abogado sean indiferentes para una persona jurídica que, actuando a modo de *patent troll —non-practicing entities—*, no tenga ningún activo o interés real en el país. Poco efectivas o disuasorias serán las medidas de represión a una «sociedad pantalla» sin ninguna estructura y contenido real.

En último término, las medidas concretas que deban adoptarse para una protección efectiva de la información confidencial dependerán de circunstancias concurrentes en el caso concreto. En relación con ello, son de especial interés los elementos para la decisión que se incluyen en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la información confidencial (2020/ C 242/01). ²⁹⁸ Entre ellos están (i) la naturaleza y el valor de la información, (ii) el alcance de la exhibición solicitada, (iii) el número de partes y terceros afectados

297. TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 190 EPGVerfO, Rn. 44.

298. «Los órganos jurisdiccionales nacionales decidirán caso por caso cuál es la medida o la combinación de medidas más eficaz para proteger la confidencialidad. La elección puede depender de varios factores, tales como: i) la naturaleza y el valor comercial, financiero o estratégico de la información sujeta a exhibición (por ejemplo, nombres de clientes, precios, estructura de costes, márgenes, etc.) y si, a efectos del ejercicio de los derechos de la parte que solicita la exhibición, el acceso a dicha información puede darse o no de forma agregada o anónima; ii) el alcance de la exhibición solicitada (es decir, el volumen o número de documentos que se han de exhibir); iii) el número de partes afectadas por el litigio y la exhibición; unas medidas para la protección de la confidencialidad pueden ser más eficaces que otras, en función de si hay más de una parte solicitante de exhibición o más de una parte exhibidora; iv) la relación entre las partes (por ejemplo, si la parte exhibidora es competidora directa de la parte que solicita la exhibición, si las partes mantienen en ese momento una relación de suministro, etc.); v) si la información que va a exhibirse procede de terceros; también deben tenerse en cuenta los derechos de los terceros en el proceso civil a la protección de su información confidencial; la parte exhibidora puede tener en su poder documentos de terceros que sean confidenciales con respecto a la parte que solicita la exhibición o a otras partes en el proceso; vi) el círculo de personas a las que se permite acceder a la información (es decir, si la exhibición debería concederse solo a representantes externos o si también se permitiría acceder a la información a la parte que solicita la exhibición [es decir, a los representantes de la empresa]); vii) el riesgo de exhibición accidental; viii) la capacidad del órgano jurisdiccional para proteger la información confidencial a lo largo del proceso civil e incluso una vez concluido este; los órganos jurisdiccionales nacionales pueden llegar a la conclusión de que, para proteger eficazmente la información confidencial, no será suficiente una sola medida y puede ser necesario adoptar otras medidas a lo largo del proceso, y ix) cualquier otro obstáculo o carga administrativa asociados a la exhibición, como mayores costes o trámites administrativos adicionales para el sistema judicial nacional, costes para las partes, posibles retrasos en el proceso, etc» (Comunicación de la Comisión Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE [2020/C 242/01], párr. 32).

por la exhibición, (iv) la relación que existe entre la partes —*v.gr.*, competidores o no—, (v) el riesgo de exhibición accidental, (vi) la efectividad práctica de las medidas acordadas o (vii) los costes asociados a las medidas.

4. Enjuiciamiento incidental de las inmunidades procesales de protección

El tribunal deberá enjuiciar incidentalmente si la información o la fuente de prueba está dentro del ámbito de la inmunidad procesal para adoptar las medidas de confidencialidad. Este enjuiciamiento no exige una convicción plena sobre el carácter confidencial de la información —*i.e.*, que la fórmula supone un secreto empresarial (art. 1 LSE)—, bastará con un juicio provisional e indiciario favorable a esa consideración (*vid.* cap. IV, apartado 4). La carga de alegar y de hacer creíble que la información debe ser tratada confidencialmente en el proceso corresponde a aquel que la tiene en su poder: el titular de la inmunidad procesal. En función de las circunstancias del caso, será necesario que se aporte la información para que el tribunal pueda calificarla incidentalmente o podrá hacerlo a través de indicios o «meras apariencias».²⁹⁹

Las inmunidades procesales de protección suponen el tratamiento secreto de información incorporada al proceso, por lo que en estos casos no se dan los problemas relativos a la necesidad del juez de calificar una información que no conoce (*vid.* cap. IV, apartado 4). Sin embargo, aparecen otros problemas que se relacionan con la solicitud y el enjuiciamiento incidental de la inmunidad procesal —en función del nivel de exclusión de la publicidad *ad intra* o *ad extra* que incorpore—.

La primera cuestión que debe abordarse es el momento en el que la parte o el tercero que tiene en su poder la información debe solicitar las medidas de protección. En abstracto, la solicitud de que se adopten estas medidas podrá realizarse antes, junto con o después de la aportación de la información o la fuente de prueba. Uno y otro modelo tendrán una incidencia distinta en la institución de la preclusión.

Supuesto A. Cayo tiene que contestar a la demanda que le interpuso Ticio y considera que algunos documentos sobre el fondo que pretende aportar con la contestación contienen secretos empresariales. Por ello, antes de contestar a la demanda, solicita que se le permita constituir una sala de datos a disposición del tribunal y solo susceptible de consulta *in situ* por el actor.

299. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, p. 28.

Supuesto B. Cayo tiene que contestar a la demanda que le interpuso Ticio y considera que algunos documentos sobre el fondo que pretende aportar con la contestación contienen secretos empresariales. Por ello, en la contestación a la demanda, anuncia la (futura) aportación de la información y solicita que se constituya una sala de datos a disposición del tribunal y solo susceptible de consulta *in situ* por el actor.

Para mantener el orden procesal y evitar actuaciones fraudulentas, lo razonable es que las partes y los terceros deban solicitar la adopción de las medidas de protección *antes* de que venza el plazo preclusivo para aportar la información o la fuente de prueba o *en el momento de aportarla*. La pertinencia y la eficacia de estas opciones dependerán del momento procesal concreto y de aquello que motiva la aportación —voluntaria o coactiva—.

En el caso de que la aportación se vaya a realizar en cumplimiento de una orden judicial, es razonable que la protección de la información se solicite en el propio incidente del mecanismo de acceso a fuentes de prueba —*v.gr.*, en la vistilla del artículo 283 bis f) LEC—. De este modo, la propia resolución judicial ordenando la aportación de la fuente puede acordar ya las medidas de protección de la información.³⁰⁰ En el incidente la parte deberá alegar y acreditar de forma creíble que la fuente de prueba que se le solicita está protegida.

En el caso de que la aportación de la información tenga otra causa o se acuerde sin audiencia del requerido, la solicitud de las medidas de protección debería solicitarse antes de la aportación de la fuente de prueba.³⁰¹ En ese caso, la solicitud debería suspender el plazo preclusivo para la aportación, que se reanudaría una vez resuelta. Si el tribunal acceda a la adopción de las medidas, la información deberá aportarse en el plazo que corresponda —con las medidas de protección ya acordadas—. La otra posibilidad es que las medidas de protección se soliciten junto con la aportación de la información, pero que no se dé traslado de esta a las otras partes hasta que se resuelva sobre su adopción.

Como es conocido, cada escrito y documento que es presentado deberá trasladarse a los procuradores del resto de las partes (art. 276 LEC). El incumplimiento de la obligación supondrá la inadmisión del escrito (art. 277 LEC). Por ello, para que sean realmente efectivas las medidas de protección solicitadas junto con la aportación (completa de la información), debería flexibilizarse la aplicación del artículo 277 LEC. Esta es la solución que se defiende en el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial.³⁰² El fundamento legal para esta solución puede encontrarse

300. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 45-46.

301. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 44-45.

302. Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles de la Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es], p. 7.

en los distintos mandatos de protección de la información confidencial que el ordenamiento dirige al tribunal.

En el sistema del Tribunal Unificado de Patentes las medidas de protección deben solicitarse en el momento en el que se presenta el documento o la fuente de prueba. Para el enjuiciamiento incidental sobre la propia existencia de la inmunidad, el solicitante deberá presentar una versión confidencial y otra no confidencial del documento (regla 262A.3 de las Reglas de P-TUP).

En cualquiera de las opciones señaladas, lo que no es razonable es que la parte o el tercero se limiten a anunciar dentro del plazo (preclusivo) fijado por la ley o por el tribunal que no aportarán la información por tener carácter confidencial —o, por lo menos, que no lo harán hasta que se adopten las medidas—.

Es también de interés la adopción (preventiva) de las medidas de protección en el propio incidente en el que se enjuicia su pertinencia. En relación con ello, lo más razonable será que el tribunal aplique en el trámite de calificación de la información las mismas medidas de protección que solicita la parte.³⁰³ Solo una vez resuelta la cuestión, estas medidas se alzarán o mantendrán. Para ello es útil que el solicitante presente una versión completa y otra no confidencial de la fuente de prueba en el momento en el que solicite las medidas de protección. Esta última será la versión que podrá trasladarse al resto de las partes para que hagan sus alegaciones sobre la adopción de las medidas de protección.

Ejemplo. Cayo tiene que contestar a la demanda que le interpuso Ticio y considera que algunos documentos sobre el fondo que pretende aportar con la contestación contienen secretos empresariales. Por ello, el juez acuerda que se constituya una sala de datos para que pueda calificar la información y decidir si se está ante un secreto empresarial que justifique la adopción definitiva de la medida intraprocesal de protección.

5. Efectos

Una vez calificada la información y enjuiciada la existencia de la inmunidad procesal, deberán llevarse a cabo las medidas adoptadas conforme a lo determinado en la resolución judicial. La protección efectiva de la información confidencial pasa por imponer a los sujetos intervinientes en un proceso obligaciones concretas de sigilo y sanciones procesales y pecuniarias en caso de incumplimiento.

303. Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles de la Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es], pp. 4, 7.

En algunos casos —y cuando la información tenga un carácter especialmente sensible por su valor económico o personal— puede ser muy útil exigir alguna caución a las partes como medida de garantía del cumplimiento de las obligaciones de sigilo que se impongan [*v.gr.*, art. 283 bis c) LEC].³⁰⁴

Es posible que por una incorrecta denegación de la inmunidad procesal o por una ejecución incorrecta de las medidas por parte del tribunal, la información pierda su naturaleza secreta o confidencial. No es descartable en este supuesto que se esté ante un caso de error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia que haga nacer en el perjudicado un derecho al resarcimiento (art. 292 LOPJ).

Una vez dictada la sentencia en primera instancia —y si se interpone un recurso de apelación— podrá pedirse a la audiencia provincial que se mantengan o levanten las medidas de protección de la información confidencial. Desde luego, y como sucede en relación con las medidas cautelares (arts. 744 y 755 LEC), la estimación o la desestimación parcial de la demanda podrá influir en la consideración material de la información como secreta o confidencial. El sentido del fallo de la sentencia de primera instancia podrá confirmar o desmentir la calificación indiciaria inicial de la información.

6. Las inmunidades procesales de protección: una visión desde el derecho comparado

Es de interés hacer también aquí un apunte de Derecho comparado sobre la regulación de las inmunidades procesales de protección en el ordenamiento alemán, en las *European Rules of Civil Procedure* y en el Tribunal Unificado de Patentes. Como se ha dicho, el distinto origen y naturaleza de estos instrumentos, más que suponer un obstáculo metodológico, es un elemento que potencia el valor de estos «estándares europeos».

6.1. Alemania

En el ordenamiento alemán el § 172 de la GVG enumera los motivos por los cuales se puede excluir la publicidad de las vistas.³⁰⁵ Además de las tradiciona-

304. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 38-41.

305. § 172 GVG: «Das Gericht kann für die Verhandlung oder für einen Teil davon die Öffentlichkeit ausschließen, wenn 1. eine Gefährdung der Staatssicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit zu besorgen ist, 1a. eine Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person zu besorgen ist, 2. ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche

les excepciones relativas a la seguridad nacional o la protección de los menores, se reconocen otras razones que se basan en la necesidad de proteger información confidencial. Se puede excluir la publicidad cuando exista el riesgo de revelar un secreto empresarial, invenciones u otras investigaciones o secretos privados cuya divulgación esté penada por la ley [§ 172 (2) y (3) GVG].³⁰⁶ En el § 173(2) GVG se reconoce también la posibilidad de excluir la publicidad de parte de la sentencia dictada en estos procedimientos.

Debe recordarse que en el ordenamiento procesal alemán las partes no tienen un derecho a negarse a declarar —que solo se reconoce a los testigos o a otros terceros conforme a los §§ 383 y 384 ZPO—. ³⁰⁷ En este marco, los testigos tienen derecho a no contestar a preguntas concretas si con su respuesta se corre el riesgo de revelar un secreto empresarial propio o de un tercero [§ 384(2) ZPO] —no así si el secreto es titularidad de alguna de las partes—. ³⁰⁸ En todos aquellos casos no cubiertos por el derecho del testigo a negarse a declarar, el secreto empresarial deberá protegerse a través de medidas de protección de la información confidencial. ³⁰⁹

En materia de Derecho de la competencia, el § 89b (7) GWB autoriza al tribunal la adopción de aquellas medidas necesarias para garantizar la protección de los secretos empresariales y de otro tipo de información confidencial. ³¹⁰ El precepto contempla también la posibilidad de que el juez nombre a un perito que determine la información que puede constituir un secreto empresarial y las medidas de protección que necesita. Sin embargo, y más allá de esta cláusula de habilitación general, no se enumeran medidas de protección concretas. ³¹¹

En el ordenamiento alemán, como en el español, la existencia de secretos empresariales puede operar como (i) una inmunidad procesal de exclusión incorporándose en el juicio de proporcionalidad que debe realizarse para acordar el acceso a

Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden, 3. ein privates Geheimnis erörtert wird, dessen unbefugte Offenbarung mit Strafe bedroht ist, 4. eine Person unter 18 Jahren vernommen wird».

306. MüKoZPO/PABST, «§ 172 GVG», Rn. 8-11; JANSEN J., *Geheimhaltungsvorschriften im Prozessrecht* (tesis doctoral), Bochum, 1989, pp. 148-159

307. STADLER, A., *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses*, op. cit., pp. 114-116; TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 190 EPGVerfO, Rn. 38.

308. HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, op. cit., pp. 230, 241.

309. STADLER, A., «Geheimnisschutz», op. cit., p. 264.

310. § 89b (7) GWB: «Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten. Insbesondere kann das Gericht einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden ist».

311. HORNKOHL, L., «La protección de la información confidencial: Una visión desde la aplicación privada del Derecho de la competencia» (trad. Guillermo Schumann) en GASCÓN INCHAUSTI, F., PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares Europeos y Proceso Civil*, Barcelona, Atelier, p. 657.

fuentes de prueba [§ 33g(3).6 GWB]³¹²; o (ii) como una inmunidad procesal de protección, permitiendo la incorporación de la fuente de prueba y adoptando medidas intraprocesales para mantener su confidencialidad [§ 89b (7) GWB] (*vid.* cap. V, apartado 8).

En los procesos sobre secretos empresariales, el § 16 de la GeschGehG permite al tribunal declarar a modo incidental que determinada información constituye un secreto empresarial e imponer a los sujetos que en él intervienen obligaciones de confidencialidad.³¹³ En el caso de incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad, el tribunal podrá imponer una multa de hasta 100.000 € u ordenar el arresto por hasta seis meses de aquel que incumplió la orden (§ 17 GeschGehG). Estas obligaciones de confidencialidad podrán extenderse después de la finalización del proceso (§ 18 GeschGehG). El § 19 GeschGehG incorpora otras medidas para la protección de la información confidencial. Entre ellas, se permite la creación de círculos de confidencialidad [§ 19(1) GeschGehG], la celebración de vistas a puerta cerrada o la prohibición de que terceros ajenos al proceso accedan a los autos [§ 19(2) GeschGehG].³¹⁴ En cualquier caso, debe asegurarse el derecho de defensa de las partes y dar acceso a la información, al menos, a una persona física de cada una de ellas y a sus abogados —lo que supone una transposición del artículo 9.2 de la Directiva (UE) 2016/943—. No es posible, por ello, una completa exclusión de la publicidad *ad intra*.³¹⁵

312. § 33gGWB: «(3) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Bei der Abwägung sind insbesondere zu berücksichtigen: [...] der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen und welche Vorkehrungen zu deren Schutz bestehen».

313. § 16 GeschGehG: «(1) Bei Klagen, durch die Ansprüche nach diesem Gesetz geltend gemacht werden (Geschäftsgeheimnisstreitsachen) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag einer Partei streitgegenständliche Informationen ganz oder teilweise als geheimhaltungsbedürftig einstufen, wenn diese ein Geschäftsgeheimnis sein können. (2) Die Parteien, ihre Prozessvertreter, Zeugen, Sachverständige, sonstige Vertreter und alle sonstigen Personen, die an Geschäftsgeheimnisstreitsachen beteiligt sind oder die Zugang zu Dokumenten eines solchen Verfahrens haben, müssen als geheimhaltungsbedürftig eingestufte Informationen vertraulich behandeln und dürfen diese außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens nicht nutzen oder offenlegen, es sei denn, dass sie von diesen außerhalb des Verfahrens Kenntnis erlangt haben».

314. § 19 GeschGehG: «(1) Zusätzlich zu § 16 Absatz 1 beschränkt das Gericht der Hauptsache zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen auf Antrag einer Partei den Zugang ganz oder teilweise auf eine bestimmte Anzahl von zuverlässigen Personen 1. zu von den Parteien oder Dritten eingereichten oder vorgelegten Dokumenten, die Geschäftsgeheimnisse enthalten können, oder 2. zur mündlichen Verhandlung, bei der Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden könnten, und zu der Aufzeichnung oder dem Protokoll der mündlichen Verhandlung. Dies gilt nur, soweit nach Abwägung aller Umstände das Geheimhaltungsinteresse das Recht der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung ihres Rechts auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren übersteigt. Es ist jeweils mindestens einer natürlichen Person jeder Partei und ihren Prozessvertretern oder sonstigen Vertretern Zugang zu gewähren. Im Übrigen bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. (2) Wenn das Gericht Beschränkungen nach Absatz 1 Satz 1 trifft, 1. kann die Öffentlichkeit auf Antrag von der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen werden und 2. gilt § 16 Absatz 3 für nicht zugelassene Personen».

315. MUSIELAK-VOIT/STADLER, «§ 142 ZPO», Rn. 7.

El § 20 GeschGehG regula el incidente para la adopción de las medidas de protección. La carga de alegar y de hacer creíble —*glaubhaft machen*— qué información concreta constituye un secreto empresarial corresponde al solicitante [§ 20(3) GeschGehG]. De especial interés es la exigencia de que el solicitante aporte una versión del documento confidencial o con la información agregada, de manera que no se desvelen los secretos empresariales en la propia solicitud de protección [§ 20(4) GeschGehG]. Por último, es posible permitir al resto de las partes hacer alegaciones una vez adoptadas las medidas —*spätestens nach Anordnung der Maßnahme*—, lo que asegura que la información ya está protegida durante el trámite de contradicción [§ 20(2) GeschGehG].

La protección de los secretos empresariales y la información confidencial es también un principio que está presente en los procesos en materia de patentes conforme a los §§ 140c y 145a de la *Patentgesetz*.³¹⁶

Por último, debe señalarse que el §273a ZPO amplía este régimen de protección de los secretos empresariales a cualquier proceso, con independencia de su objeto, en el que sea necesario su consideración para resolver sobre el fondo del asunto.³¹⁷

6.2. El Tribunal Unificado de Patentes

La protección de los secretos empresariales y la información confidencial es una idea que inspira todo el ordenamiento procesal creado por el Tribunal Unificado de Patentes.

El artículo 45 del ATUP señala que las vistas orales ante el Tribunal serán públicas, salvo que se decida celebrarlas «a puerta cerrada en interés de una de las partes u otras personas interesadas, o en el interés general de la justicia o del orden público». De este modo, es posible que la exclusión de la publicidad sea una medida para la protección de información confidencial de las partes o de terceros. El precepto permite adoptar medidas de exclusión de la publicidad *ad extra* —*v.gr.*, la prohibición de que terceros acudan a las vistas o accedan al registro (regla 262 de las Reglas de P-TUP)— y *ad intra* —*v.gr.*, autorizar que solo personas que formen parte de un círculo de confidencialidad acudan a las

316. BENKARDPatG/TOCHTERMANN, «§ 145a PatG», Rn. 9-12.

317. §273a ZPO: «Das Gericht kann auf Antrag einer Partei streitgegenständliche Informationen ganz oder teilweise als geheimhaltungsbedürftig einstufen, wenn diese ein Geschäftsgeheimnis nach § 2 Nummer 1 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sein können; die §§ 16 bis 20 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sind entsprechend anzuwenden».

actuaciones orales—. ³¹⁸ La misma facultad de exclusión de la publicidad de la vista oral se contempla en la regla 115 de las Reglas de P-TUP.

El artículo 58 del ATUP permite restringir el acceso a las pruebas obrantes en un proceso a determinadas personas para proteger «secretos comerciales, los datos personales y demás información confidencial». Este precepto, como se ha dicho, contiene una cláusula general de protección que se va concretando en las reglas de procedimiento del Tribunal —y, además, sobre la base de la que pueden adoptarse inmunidades de exclusión o de protección no previstas expresamente— (*vid.* cap. VI, apartado 3). Mandatos específicos de protección de la información confidencial pueden encontrarse también en los artículos 59.2 y 60.1 del ATUP, relativos a las órdenes de exhibición de fuentes de prueba, de medidas de aseguramiento de la prueba y de inspección o comprobación de hechos.

Las Reglas de P-TUP especifican y desarrollan determinados casos en los que el tribunal puede acordar que las fuentes de prueba obrantes en el proceso solo se exhiban a determinadas personas sujetas a deberes de confidencialidad —i.e., a un círculo de confidencialidad—. Esta medida puede adoptarse en el marco de una orden de exhibición de fuentes de prueba dirigida a las partes o a terceros (regla 190.1 de las Reglas de P-TUP), una orden de aseguramiento de la prueba (regla 196.1 de las Reglas de P-TUP) o de una orden de inspección y de comprobación de hechos (regla 199 de las Reglas de P-TUP). ³¹⁹ La regla 262.2 de las Reglas de P-TUP, por su lado, contempla la posibilidad de que las partes soliciten que determinada información contenida en el registro sea tratada confidencialmente y, por ello, no accesible para terceros. ³²⁰ De ser posible, y para reducir al mínimo la afectación de la publicidad *ad extra* como garantía institucional, se exige al solicitante que aporte una versión no confidencial o con información agregada —que será la que será accesible para el público—.

La regla 262A de las Reglas de P-TUP supone una regulación general sobre la protección de la información confidencial que, de este modo, desarrolla el mandato general del artículo 58 del ATUP. ³²¹ Conforme a este precepto, y sin perjuicio de las medidas anteriormente señaladas, cualquier parte puede solicitar al tribunal la adopción de medidas de protección de información confidencial contenida en los escritos de alegaciones o incorporada a alguna fuente de prueba. Las medidas que pueden adoptarse son la de prohibir o restringir su acceso

318. TILMANN-PLASSMANN/TILMANN, «Artikel 45 EPGÜ», Rn. 7-25.

319. TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 190 EPGVerfO, Rn. 36-49; «Regel 196 EPGVerfO, Rn. 7-9.

320. TILMANN-PLASSMANN/FALCK-STOLL, «Regel 262» EPGVerfO, Rn. 8-11.

321. TILMANN-PLASSMANN/FALCK-STOLL, «Regel 262A» EPGVerfO, Rn. 1-31.

a determinadas personas (regla 262A.1 de las Reglas de P-TUP): esto es, crear un círculo de confidencialidad. La carga de la alegación y de hacer creíble la naturaleza confidencial de la información corresponde al solicitante (regla 262A.2 de las Reglas de P-TUP). Es importante señalar que la solicitud de protección debe realizarse en el momento en el que se aporta el escrito o la fuente de prueba, en el que el solicitante tendrá que presentar una versión no confidencial del documento (regla 262A.3 de las Reglas de P-TUP). En el diseño del círculo de confidencialidad, se exige que formen parte de él al menos una persona física de cada una de las partes y sus abogados (regla 262A.6 de las Reglas de P-TUP).

Todas las normas en el sistema del Tribunal Unificado de Patentes relacionadas con la protección de los secretos empresariales o información confidencial deben interpretarse conforme con el artículo 9 de la Directiva (UE) 2016/943 sobre secretos comerciales. Y ello supone que, como impone la regla 262.6 de las Reglas de P-TUP, en todos los círculos de confidencialidad deban incluirse «al menos, una persona física de cada una de las partes y sus respectivos abogados u otros representantes».

Por último, es de especial interés la posibilidad de que las partes que solicitan la homologación judicial de una transacción para acabar con el litigio pidan que el contenido del acuerdo sea confidencial (regla 365 de las Reglas de P-TUP). Esta es una medida que incentivará el acuerdo entre las partes y que, a través de la cláusula general del artículo 58 del ATUP, se podrá mantener en secreto en futuros procesos —a través de inmunidades de exclusión o de protección—.

En el caso de que el actor haga una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* y esta sea rechazada, puede solicitar al tribunal que el escrito de solicitud se mantenga en secreto —no siendo accesible para el resto de las partes o los terceros— (regla 209.4 de las Reglas de P-TUP).³²² Esta posibilidad de retirar la solicitud y mantenerla en secreto también se contempla en el caso de que el solicitante se entere de que se ha presentado previamente un escrito preventivo (reglas 209.5 y 207 de las Reglas de P-TUP).³²³ Se trata de una (curiosa) medida de protección (intra)procesal de información procesal.

6.3. Las *European Rules of Civil Procedure*

En el sistema creado por las *European Rules* las vistas y las decisiones del tribunal son públicas [regla 17(1) ERCP], aunque también se contemplan algunas

322. TILMANN-PLASSMANN/FALCK-DORN, «Regel 209 EPGVerfO, Rn. 17-19.

323. En relación con los escritos preventivos, SCHUMANN BARRAGÁN, G., «Los escritos preventivos en la Ley de Patentes», *LA LEY Mercantil*, núm. 62, 2019.

excepciones a la publicidad.³²⁴ En particular, se permite que el tribunal ordene la exclusión de la publicidad *ad extra* de las vistas orales —*in camera*— para proteger la seguridad nacional, la intimidad de las personas, el deber de secreto profesional, los secretos empresariales y para realizar otros intereses para una buena administración de justicia [regla 17(2) ERCP]. Para hacer efectiva la exclusión de la publicidad el tribunal puede imponer a cualquier participante en el proceso obligaciones especiales de sigilo a través de una *protective order*.³²⁵ Además, cuando se han adoptado medidas de protección de la información dentro del proceso, se permite que la publicidad de la sentencia se limite a su parte dispositiva [regla 17(3) ERCP].

Los deberes legales de secreto, la intimidad de las personas, o los secretos empresariales pueden así salvaguardarse a través de inmunidades procesales de protección [regla 17(2) ERCP] o de exclusión [regla 91 ERCP] (*vid.* cap. IV, apartado 8.3). En estos casos, las *European Rules* dejan en manos del juez la decisión de optar por una u otra fórmula en función de las circunstancias concretas del caso.³²⁶

En la regla 103 de las *European Rules* se impone al juez el deber de proteger la información confidencial a la que pueda tenerse acceso a través de los mecanismos de acceso a fuentes de prueba [regla 103(1) ERCP].³²⁷ Entre las medidas

324. Regla 17 de las *European Rules*: «[...] (2) The court may order the proceedings, or parts thereof, especially oral hearings and the taking of evidence, to be in private (in camera) for reasons of public policy, including national security, privacy, or professional secrets, including business confidentiality, or in the interests of the administration of justice. Where necessary the court may make suitable protective orders to maintain the privacy or confidentiality of hearings held or evidence taken in private. (3) Judgments and their reasoning shall be accessible to the public to the extent that proceedings are open to the public. When hearings have been in private, publicity of the judgment may be limited to its operative part».

325. En relación con la posibilidad de excluir a la otra parte del conocimiento de la información o la fuentes de prueba, se señala en los Comentarios de la regla 17 que acompañan a las *European Rules* que: «The court may also order that the full disclosure or production of any of the means of evidence may only be granted to an expert who is to provide a report at a private hearing, or to restrict access to specific sources of evidence to the parties' lawyers or experts subject to a specific duty of confidentiality. *Restricting party access to their opponent's or other parties' evidence is a limit on the fundamental right to be heard. It must therefore be justified by strong reasons, applying a test that balances the parties' right to be heard with their opponent's and other parties' right to secure and efficient and fair trial, i.e., their right to a public hearing and to evidence being taken in public*» (énfasis añadido) [Committee notes on Rule 91 de las ERCP, p. 70]. En el mismo sentido, STADLER A., GASCÓN INCHAUSTI, F., *et al.*, *European Rules of Civil Procedure*, *op. cit.*, pp. 75, 292-293.

326. «This Rule must be read together with Rules 91(2)(c) to (2)(e) that grant privileges and immunities for parties or non-parties, which partially protect the same or similar interests. Holding proceedings in private may facilitate effective evidence-taking and disclosure where interests are adverse to holding the proceeding in public, and may further justify a refusal to apply such privileges or immunities. This is especially true of trade and business secrets or public interest issues» [Committee notes on Rule 91 de las ERCP p. 69]; STADLER A., GASCÓN INCHAUSTI, F., *et al.*, *European Rules of Civil Procedure*, *op. cit.*, p. 291.

327. Regla 103 de las ERCP: «(1) The court shall consider whether an application under Rule 101 for access to evidence concerns or includes confidential information, especially in relation to non-parties. In so doing, the court must have regard to all relevant rules concerning the protection of confidential information. (2) Where necessary, in the light of the circumstances of the case, the court, amongst other things, may make an order for access to evidence containing confidential information adjusted in one or more of the following ways in order to protect the relevant interest in maintaining confidentiality (a) redacting relevant sensitive passages in documents; (b) conducting hearings in camera;

que puede adoptar el juez para proteger la información confidencial están las siguientes: (i) la censura de partes de los documentos; (ii) la celebración de vistas a puerta cerrada; (iii) restringir el número de personas que tienen acceso a las fuentes y la práctica de la prueba; (iv) pedir a peritos o expertos que hagan informes de la información de manera agregada y excluyendo la información confidencial; (v) la publicación de las resoluciones judiciales excluyendo información confidencial; (vi) limitar el acceso a fuentes de prueba a determinados representantes o abogados de las partes sometidos a un deber legal de secreto. Se trata, en todo caso, de una lista ejemplificativa a modo de *numerus apertus*. Para hacer efectivas estas medidas, la regla 104 de las *European Rules* enumera, por último, las sanciones que pueden interponerse a aquellos que incumplen su deber de confidencialidad.³²⁸

(c) restricting the persons allowed to gain access to or inspect the proposed evidence; (d) instructing experts to produce a summary of the information in an aggregated or otherwise non-confidential form; (e) writing a non-confidential version of a judicial decision in which passages containing confidential data are deleted; (f) limiting access to certain sources of evidence to the representatives and lawyers of the parties and to experts who are subject to a duty of confidentiality».

328. Regla 104 de las ERCP: « (1) If a person breaches any duty of confidentiality the aggrieved party may apply to the court for an order imposing one or more of the following sanctions (a) wholly or partially dismissing a party in breach's claim or defence, where the substantive proceedings are still pending; (b) declaring the party or other person in breach liable for damages and ordering payment of such compensation; (c) ordering the party in breach to pay the costs of the substantive proceedings irrespective of the outcome of those proceedings; (d) imposing on the party or the person in breach a fine appropriate to the breach; (e) imposing on the party's representative or representatives or the person in breach a fine appropriate to the breach [...]».

Capítulo VII | Inmunidades procesales de protección en particular

1. Introducción

La Ley de Enjuiciamiento Civil y distintas leyes especiales reconocen inmunidades procesales de protección. Cada una de ellas protege información distinta y faculta o impone la adopción de medidas de protección particulares. Una vez expuestos los aspectos generales de las inmunidades procesales, es posible ahora descender al plano de la legalidad ordinaria y examinar en detalle cómo opera cada una de ellas en el proceso civil español.

2. La exclusión de la publicidad de las actuaciones orales y escritas en la LEC

En el proceso civil español la publicidad de los procedimientos es una garantía procesal constitucionalizada (arts. 24.2 y 120.1 CE). Excepcionalmente se permite la celebración de vistas orales «a puerta cerrada» cuando «ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia» (art. 138.2 LEC).

Es importante señalar que por su ubicación sistemática, esta medida de protección es aplicable a la generalidad de procesos civiles —declarativos y ejecutivos, ordinarios o especiales—.

La posibilidad de celebrar la vista a puerta cerrada para la protección de «otros derechos y libertades [que] lo exijan» y cuando en «circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia» (art. 138.2 LEC) supone una cláusula general que faculta al juez a adoptar medidas de protección en distintos casos. Debe considerarse que con estas medidas pueden protegerse derechos o libertades de naturaleza constitucional y (meramente) legal. Así se desprende de una interpretación sistemática de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que es constante la autorización expresa de atribuir carácter reservado a las actuaciones para la protección de derechos de propiedad industrial (*vid.* cap. VII, apartado 5). De todos modos, deberá examinarse la regulación de cada inmunidad procesal para determinar su ámbito concreto de protección.

Para la aplicación del artículo 138.3 LEC el tribunal deberá hacer un juicio de proporcionalidad en el que examine la relevancia social del litigio, la existencia de terceros con algún interés legítimo en el resultado del pleito y el derecho o el interés que se intenta proteger con la inmunidad. Por ello, antes de acordar la exclusión de la publicidad de la actuación oral, «el tribunal oír a las partes que estuvieran presentes en el acto» (art. 138.3 LEC). La resolución de la medida «adoptará la forma de auto y contra ella no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva» (art. 138.3 LEC). La imposición de que la exclusión de la publicidad se acuerde por medio de un auto exige que se exteriorice el juicio de ponderación de los intereses que justifican la medida.

El artículo 138.3 LEC permite también al letrado de la administración de justicia, en los mismos supuestos, excluir la publicidad de las vistas orales de procesos o incidentes que se tramiten ante ellos —*v.gr.*, expedientes de jurisdicción voluntaria ex art. 2.2 Ley 15/2015—.

El artículo 140.1 LEC, por su parte, regula el acceso de «cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo» a las actuaciones judiciales, lo que incluye el examen de los autos y la posibilidad de obtener a su costa «la obtención de copias simples de escritos y documentos» que obren en ellos.

El acceso de los terceros a las actuaciones escritas será posible «salvo que sean o hubieren sido declaradas reservadas conforme a la ley» (art. 140.1 LEC). Igualmente, «los tribunales por medio de auto podrán atribuir carácter reservado a la totalidad o a parte de los autos cuando tal medida resulte justificada en atención a las circunstancias expresadas por el apartado 2 del artículo 138» (art. 140.3 LEC). La Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora así una cláusula general de exclusión de la publicidad *ad extra* de las actuaciones escritas que también es aplicable a cualquier proceso declarativo o ejecutivo, ordinario o especial.

Estas posibilidades de exclusión de la publicidad también encuentran su apoyo en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 232.3 LOPJ permite que «[e]xcepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones». El artículo 235 LOPJ, por su parte, permite que el acceso a resoluciones judiciales u otras actuaciones procesales por terceros con algún interés legítimo y directo en el resultado del pleito pueda llevarse a cabo «previa disociación, anonimización u otra medida de protección de los datos de carácter personal que las mismos [sic] contuvieren y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda». La posibilidad de «restringir el acceso al texto de las sentencias o a determinados extremos de las mismas, cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas dignos de especial tutela» está también contemplado en el artículo 3.2 del Reglamento 1/2005. Se contempla de este modo la anonimización como una medida de protección intermedia que minimice la exclusión de la publicidad *ad extra*.

Incluso en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se permite al tribunal adoptar «las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones» (art. 88.2 LOTC).

En la misma línea, el artículo 6 del CEDH señala que «[l]a sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso», entre otros motivos, cuando «la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exij[a] o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».³²⁹ Para ello podrían adoptarse medidas como excluir la publicidad de las vistas o hacer públicas solo versiones no confidenciales o resumidas de la sentencia.³³⁰

El contenido y la interpretación del artículo 6 CEDH deben considerarse también integrados en el artículo 47 CDFUE (art. 52.3 CDFUE) —incluyendo las limitaciones a la publicidad (art. 52.1 y.3 CDFUE)—.³³¹

329. COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on case-law of the Convention – Data protection*, 2022, pp. 55-56; COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2021, pp. 93-96; HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A., «Open Justice», *op. cit.*, p. 15.

330. COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on case-law of the Convention – Data protection*, 2022, p. 56.

331. SZPUNAR, M., «Right to a Public Hearing According to Art 6 ECHR and Art 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Constitutional Perspectives» en HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A. (eds.), *Open Justice. The Role of*

En cualquiera de los casos, el trámite para acceder a los autos obrantes en un proceso está regulado en el artículo 4 del Reglamento 1/2005. Conforme a este precepto, corresponde a los letrados de la administración de justicia facilitar y tramitar el acceso a las actuaciones escritas. El letrado deberá resolver por medio de decreto, que será recurrible en revisión ante el juez. La resolución del juez podrá ser recurrida en vía gubernamental según el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de Tribunales (art. 4.3 Reglamento 1/2005).

En lo anteriormente expuesto puede encontrarse un régimen general de exclusión de la publicidad *ad extra* en el proceso civil que otorga a los tribunales un amplio margen de apreciación y medidas concretas para la protección de información y fuentes de prueba dentro del proceso.

El artículo 179.4 LEC contiene una inmunidad procesal a través de la que se permite proteger información confidencial del abogado de una de las partes. El artículo permite al abogado solicitar la suspensión del proceso en determinados casos: por fallecimiento, accidente o enfermedad grave del cónyuge o familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad. La información y los documentos que el abogado aporte para acreditar la circunstancia que justifique la suspensión «se utilizarán exclusivamente a los efectos de resolver sobre la solicitud, con prohibición de divulgarlos o comunicarlos a terceros», para lo cual se atribuirá «carácter reservado a dicha documentación».

Desde luego, en todos aquellos casos en los que el ordenamiento contemple medidas intraprocesales de protección de determinada información (*vid.* cap. VIII, apartados 3, 4 y 5), podrán también aplicarse estas normas generales de exclusión de la publicidad *ad extra*: *qui potest minus, potest plus*.³³²

3. Las medidas de protección de la información confidencial en litigios en materia de propiedad industrial

Existen varias normas procesales que reconocen inmunidades procesales de protección que solo son aplicables a procesos en los que se pida la tutela de derechos materiales concretos. La litigación en materia de propiedad industrial es el mayor ejemplo de ello.³³³

Courts in a Democratic Society, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 49-50, 51-52; STJUE (Gran Sala), *Orde van Vlaamse Balies*, C-694/20, párrs. 25-29.

332. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, p. 43.

333. Se ha utilizado como base para la elaboración de este apartado lo expuesto en MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*; MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos*, *op. cit.*, pp. 229-230, 321-328.

En los procesos civiles en materia de propiedad industrial es usual que las partes deban aportar información o fuentes de prueba confidenciales —que constituyan o no secretos empresariales—. Y debe considerarse confidencial toda información que no es generalmente conocida, que su titular considera reservada por tener algún valor y respecto de la que, por ello, adopta medidas materiales o jurídicas de protección que impiden su apropiación o su toma de conocimiento por parte de terceros (*vid.* cap. III, apartado 7.13).³³⁴

En la litigación en materia de propiedad industrial es muy probable que parte de los datos que se tiene la carga o el deber de aportar al proceso sea información comercial o económica de carácter confidencial —que, en muchos casos, puede constituir un secreto empresarial—. Ante esta circunstancia, el ordenamiento procesal contempla distintas normas que permiten la protección de información aportada tanto por las partes como por terceros.

En primer lugar, el artículo 259.3 LEC permite que el interrogatorio en el que puede consistir la diligencia preliminar del artículo 256.1.7º LEC se celebre a puerta cerrada.³³⁵ La tramitación del incidente para decidir sobre la exclusión *ad extra* de la publicidad deberá realizarse conforme al ya explicado artículo 138.3 LEC.

El artículo 259.4 de la LEC impone (i) la prohibición de utilizar la información obtenida en las diligencias preliminares especiales en materia de propiedad industrial (art. 256.1.7º, 8º, 10º y 11º LEC) para otro fin distinto que no sea la defensa en el proceso en cuestión; así como (ii) la prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros.³³⁶ Conforme al tenor literal del precepto, en ambos casos se está ante prohibiciones absolutas que nacen *ex lege*. Además de lo anterior, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, lo que permitirá activar la exclusión *ad extra* de la publicidad de los autos conforme al artículo 140 LEC.

En estos mismos litigios, y en el marco del deber de exhibición documental entre las partes, se permite que «[a] instancia de cualquier interesado, el tribunal [atribuya] carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protec-

334. MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

335. Estas previsiones derivan directamente de la transposición de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Conforme a su considerando (20): «Dado que la prueba es un elemento fundamental para el establecimiento de la infracción de los derechos de la propiedad intelectual, conviene garantizar que se pongan de manera efectiva a disposición de las partes medios de presentación, obtención y protección de pruebas. Los procedimientos deben tener en cuenta los derechos de la defensa y prever las garantías necesarias, incluida la protección de la información confidencial [...]». Esta exigencia de protección de la información confidencial se concreta en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva.

336. MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos*, *op. cit.*, pp. 229-230.

ción de los datos e información que tuvieran carácter confidencial» (art. 328.3 LEC). Esto permite, igualmente, activar los mecanismos generales de exclusión de la publicidad *ad extra* ya examinados (*vid.* cap. VII, apartado 2).

En términos más generales, y como complemento de las medidas específicas, el artículo 122 LP señala que si para «la práctica de diligencias preliminares o de medidas para el aseguramiento de la prueba, fuese necesario recabar información que a juicio del Juez o Tribunal sea de carácter confidencial, el órgano jurisdiccional adoptará la decisión de obtener o requerir la misma y dispondrá, a petición de las partes, las medidas y actuaciones necesarias para garantizar la confidencialidad de la información requerida y el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte procesal que demande la información». Este precepto constituye una cláusula general que debe interpretarse ampliamente y que faculta al juez a adoptar las medidas de protección que se consideren necesarias en el marco de litigios en materia de propiedad industrial.

Es de interés señalar que el título XII de la Ley de patentes —en el que se encuentra el artículo 122 LP— es aplicable supletoriamente en litigios en materia de marcas (D.A. 1ª LM), diseños industriales (D.A. 2ª LDI), obtenciones vegetales (D.F. 2ª LOV) y competencia desleal (art. 36 LCD).

Los artículos 122 *et seq.* LP no concretan las medidas que pueden adoptarse para tratar confidencialmente dentro del proceso la información. En ese caso, deberán integrarse estos mandatos de protección con aquellas medidas contempladas en los artículos 283 bis b). 5 LEC y 15 de la LSE.

Debe subrayarse que todas estas disposiciones *no se limitan (solo) a proteger la información confidencial que tiene la consideración de secreto empresarial, sino que tienen un ámbito más amplio*. Y ello por cuanto, aunque no toda la información confidencial constituye un secreto empresarial, sí que todo secreto empresarial es confidencial.³³⁷ Por ello, en los procesos en materia de propiedad industrial, es posible proteger información (meramente) confidencial que tenga su origen en obligaciones contractuales de secreto (*vid.* III, apartado 7.13)

Además del régimen general de protección contenido en la Ley de secretos empresariales (*vid.* cap. VII, apartado 5), la Ley de patentes tiene mandatos específicos de protección de la información que puede constituir un secreto empresarial. Entre ellos se encuentran los relativos a su protección en el marco de procesos de infracción de patentes de procedimiento (art. 69.3 LP); en el

337. MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

mecanismo de exhibición de documentos para el cálculo de la indemnización derivado de la infracción (art. 73 LP); y, por último, en relación con los secretos empresariales que puedan averiguarse por la práctica de una diligencia de comprobación de hechos (arts. 124.4 y 125.2 LP).

Como el señalado artículo 259.4 LEC en materia de diligencias preliminares, el artículo 125.2 LP contempla la prohibición de utilizar la información averiguada en una diligencia de comprobación de hechos para otro proceso o para el mismo con miras al que se solicitó si no se presenta la demanda en el plazo de 30 días. La obligación impuesta a las partes supone una medida de protección de la información confidencial, delimitando y restringiendo su uso a un proceso y por un tiempo determinados.

En especial, el artículo 124.4 LP señala que el juez deberá cuidar que la práctica de las diligencias de comprobación de hechos «no sirva como medio para violar secretos industriales». Se contempla así, además de un mandato de protección, un fundamento legal para rechazar las diligencias de comprobación de hechos que se soliciten en fraude de ley o en abuso del proceso (art. 247 LEC) (*vid.* cap. IV, apartado 7). Con ello, el artículo 124.4 LP integra la existencia de secretos empresariales como uno de los criterios que debe tener en cuenta el juez a la hora de valorar la adopción de las medidas —como sucede en el mecanismo de acceso a fuentes de prueba de los arts. 283 bis.a) LEC (*vid.* cap. V, apartado 8)—.

En este marco, la Ley de Patentes no regula tampoco las medidas concretas de protección de la información confidencial que deberán o podrán adoptarse. Cabe, por ello, también aquí integrar los mandatos de protección con aquellas medidas que a título ejemplificativo se incluyen en los artículos 283 bis b).5 LEC y 15 de la LSE.

Ninguna de estas normas regula el enjuiciamiento incidental de la inmunidad procesal y, con ello, la determinación de la naturaleza confidencial o de secreto empresarial de la información. Es por ello oportuno remitirse en bloque a lo dicho en relación con el trámite del artículo 138.3 LEC: para la adopción de las medidas deberá tramitarse un incidente que respete el principio de contradicción y de audiencia. La carga de alegar y de hacer creíble la naturaleza confidencial de la información corresponde a aquel que solicita su protección intra-procesal.

El ordenamiento no contempla que la existencia de secretos empresariales e información confidencial permita a las partes o a un tercero negarse a la aportación de información o de fuentes de prueba. En su caso, esta será una de las circunstancias que deberán valorarse e integrarse en los correspondientes juicios de ponderación de los

que depende la adopción de cada una de las herramientas de acceso a fuentes de prueba (*v.gr.*, art. 124.4 LP), así como en la aplicación de los mecanismos generales para evitar el abuso del proceso y el fraude de ley.³³⁸

4. Las medidas de protección de la información en litigios en materia de daños por ilícitos anticoncurrenciales

Se ha visto ya que en el marco del mecanismo de acceso a fuentes de prueba en procedimientos de reclamación por daños por infracciones del derecho de la competencia la ley reconoce inmunidades procesales de exclusión y prohibiciones legales de la prueba. A través de ellas se permite a las partes, a los terceros y a las autoridades de la competencia negarse a aportar determinadas fuentes de prueba protegidas o se prohíbe legalmente que lo hagan [arts. 283 bis a).3, 283 bis b).3 y 283 bis i) LEC] (*vid.* cap. V, apartado 8). Además de estos casos, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la posibilidad de adoptar medidas de protección que permiten tratar privilegiadamente información confidencial incorporada en las fuentes de prueba [art. 283 bis b).5 LEC].

El ámbito de aplicación de esta inmunidad está constituido por «información confidencial» [art. 283 bis b).5 LEC]. Y este concepto debe entenderse integrado tanto por los secretos empresariales (art. 1 LSE) como por cualquier otra información que su titular considera reservada y respecto de la que ha adoptado medidas de protección que impiden su apropiación o su toma de conocimiento por parte de terceros (*vid.* cap. III, apartado 7.13).³³⁹

En cuanto a su contenido, el artículo 283 bis b).5 LEC permite adoptar cualquier medida que sea eficaz para proteger la confidencialidad de la información. Entre ellas, y a título ejemplificativo, señala las siguientes: la posibilidad de (i) disociar pasajes sensibles de las fuentes de prueba [art. 283 bis b).5 1.^a LEC]; (ii) celebrar las actuaciones judiciales orales a puerta cerrada o restringiendo su acceso [art. 283 bis b).5 2.^a LEC]; (iii) limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas [art. 283 bis b).5 3.^a LEC]; (iv) encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información de forma agregada o en cualquier otra forma no confidencial [art. 283 bis b).5 4.^a LEC]; (v) redactar una versión de una resolución judicial en la que se suprima la información protegida [art. 283 bis b).5 5.^a LEC]; y (vi) limitar el acceso a las fuentes de prueba a determinados representantes, abogados o peritos de las partes sujetos a obli-

338. MASSAGUER, J., *Acciones y procesos*, *op. cit.*, pp. 229-230.

339. MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX», *op. cit.*

gaciones de confidencialidad —i.e., círculos de confidencialidad— [art. 283 bis b).5 6.ª LEC].

Una interpretación sistemática del artículo 283 bis b).5 6.ª LEC, puesto en relación con el artículo 15.2.c) LSE, lleva a sostener que el representante debe ser al menos una persona física de cada una de las partes y sus abogados (*vid.* cap. VI, apartado 3).

Es de interés señalar que la disociación de pasajes sensibles y la aportación de una versión no confidencial de la fuente de prueba supone, en estos casos, una inmunidad procesal de exclusión: la información no entra en la esfera procesal [art. 283 bis b).5 1.ª LEC].

El artículo 283 bis b).5 LEC incorpora una lista abierta —*numerus apertus*— y, por ello, será posible adoptar cualquier otra medida que sea proporcional y útil para proteger la información. Entre ellas, en la práctica judicial se han consolidado las llamadas salas de datos —*data rooms*— a través de las que se vuelca la información en un sistema que permite la consulta del resto de las partes o los terceros, sin hacerse una entrega o puesta a disposición de ella.³⁴⁰

Las medidas de protección de la información del artículo 283 bis b).5 LEC pueden considerarse, junto con el artículo 15 LSE que se examinará más adelante, una suerte de regulación general sobre las inmunidades procesales de protección. Este *corpus* puede aplicarse por analogía a todos los demás casos en los que la ley ordena expresamente proteger dentro del proceso determinada información.

La solicitud de protección de la información confidencial deberá efectuarse en la «vistilla» de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis f).3 LEC] y, en cualquier caso, antes o en el momento procesal en el que se deba o se tenga la carga de aportar la información. No es razonable —y debe ser rechazado— todo intento de no aportar la fuente de prueba en el plazo señalado e intentar eludir preclusiones con el pretexto de que contiene información confidencial (*vid.* cap. VI, apartado 4). De hacerlo posteriormente, la solicitud de que se adopten medidas de protección deberá realizarse antes o junto con la aportación de la fuente de prueba ordenada.

Se ha dicho que cada escrito y documento que es presentado deberá trasladarse a los procuradores del resto de las partes (art. 276 LEC). El incumplimiento de la obligación supondrá la inadmisión del escrito (art. 277 LEC). Por ello, para que

340. AJM 3 de Valencia núm. 717/19 [ECLI:ES:JMV:2020:391A]; HITCHINGS, P., *La influencia del Derecho europeo*, op. cit., pp. 278-285, 574-585; PASTOR MARTÍNEZ, E., *La responsabilidad por daño*, op. cit., pp. 613-640

sean realmente efectivas las medidas de protección solicitadas junto con la aportación (completa de la información), debería flexibilizarse la aplicación del artículo 277 LEC (*vid.* cap. VI, apartado 4). Una solución razonable sería exigir a la parte que presente una versión original y otra en la que se haya ocultado la información protegida, que será aquella que se trasladará al resto de las partes conforme al artículo 276 LEC.³⁴¹

El tribunal deberá enjuiciar incidentalmente si la fuente de prueba solicitada contiene información confidencial. Este enjuiciamiento no exige una convicción plena sobre el carácter confidencial de la información, bastará con que sea creíble que tiene tal consideración. La carga de alegar y de hacer creíble la condición secreta de la información corresponde a aquella parte o tercero que tiene en su poder la fuente de prueba y que solicita la protección.

Además, lo razonable es que durante la tramitación del incidente en el que se decida sobre el tratamiento confidencial de la información se implementen cautelarmente ya las medidas de protección solicitadas. Una vez resuelta la cuestión, estas medidas se alzarán o mantendrán conforme a lo decidido por el juez.

De especial interés para la efectividad de la protección y el tratamiento confidencial de la información son las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. Entre las medidas procesales que pueden adoptarse frente al incumplimiento están (i) la desestimación total o parcial de las acciones o excepciones ejercitadas [art. 283 bis k).1.a) LEC]; (ii) que se declare al infractor civilmente responsable por los daños causados y se le condene a indemnizarlos —*v.gr.*, por la pérdida de un secreto empresarial divulgado o por la reputación dañada— [art. 283 bis k).1.b) LEC]; (iii) la condena al pago de las costas causadas en el incidente de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis k).1.c) LEC]; (iv) la imposición de multas de hasta un millón de euros a las partes, sus representantes o abogados [art. 283 bis k).2 LEC].

Todas estas son medidas intraprocesales que podrán adoptarse y hacerse efectivas en el procedimiento principal. Para ello se regula la tramitación de un incidente para la imposición de las sanciones, que se resolverá por medio de un auto que es recurrible en apelación [art. 283 bis k).3 LEC].

La liquidación de los daños y perjuicios que el incumplimiento de las obligaciones de secreto haya podido ocasionar a las partes o a los terceros se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los artículos 712 *et seq.* de la LEC [art. 283 bis k).1 b) LEC].

341. Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles de la Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es], p. 10.

El mecanismo regulado también permite, se ha dicho, acceder a fuentes de prueba en poder de un tercero [art. 283 bis a) LEC]. En ese caso, es posible que el incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad genere un daño a esos terceros, que también pueden ser resarcidos dentro del proceso. En ese caso, la declaración de responsabilidad y la condena al pago de los daños causados en el proceso principal supone un eficaz y potente sistema de tutela de la esfera jurídica de los terceros. De no permitírsele, estos tendrían que ejercitar en un proceso paralelo o posterior las acciones que les correspondan.

Es posible que los terceros a los que se les solicita la aportación de las fuentes de prueba sean otros participantes del cártel no demandados o sujetos sin ninguna relación con ellos, por ejemplo, por encontrarse en otro nivel de la cadena de suministro. En el primer caso, como se sabe, todos los participantes del cártel son responsables solidariamente por los daños ocasionados (art. 73 LDC); y ello con independencia de que no hayan sido los vendedores o los suministradores de los productos o los servicios adquiridos o contratados por el perjudicado. De ser así, no será inusual que sea pertinente y necesario acceder a fuentes de prueba en poder de estos otros participantes del cártel para conocer o acreditar información relativa a la existencia de la práctica anticompetitiva o los daños producidos. En el segundo caso, como también se sabe, es posible que el sobre o infra precio pagado como consecuencia del cártel —de compra o de venta— sea repercutido o absorbido «aguas arriba» o «aguas abajo» progresivamente por los distintos niveles de las cadenas de suministro. De ser así, es posible que sea necesario acceder a fuentes de prueba en los distintos eslabones para calcular el daño efectivamente sufrido por el actor (art. 78 LDC).

Por último, debe hacerse referencia a la Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE [2020/C 242/01]. Este es un texto no vinculante que pretende ser «fuente de inspiración y orientación» para los órganos jurisdiccionales nacionales (párr. 8 de la Comunicación). Con ello la Comisión Europea dota de cierto contenido al artículo 4 de la Directiva 2014/104/UE, que impone a los Estados Miembros la obligación de adoptar medidas que permitan a los tribunales proteger la información confidencial contenida en las fuentes de prueba.

En ordenamientos jurídicos —como el alemán— el legislador se ha limitado a incluir mandatos generales de protección de la información confidencial sin especificar medidas concretas.³⁴² La Comunicación de la Comisión va dirigida a suplir

342. HORNKOHL, L., «La protección de la información», *op. cit.*, pp. 649-671.

esas lagunas en aquellos ordenamientos. En el ordenamiento español en el que el legislador ha desarrollado el mandato de protección de la información confidencial [arts. 283 bis b) y 283 bis h) LEC], la Comunicación tiene un interesante valor para la interpretación y la integración de las normas nacionales. De cualquier modo, lo que en ella se propone deberá aplicarse dentro del marco del ordenamiento procesal positivo.

En la Comunicación son de especial interés los ya señalados criterios que se proponen para la determinación de qué es información confidencial —además de los secretos empresariales— (párr. 20); así como los elementos que debería tomar en consideración el tribunal nacional para elegir entre una y otra medida de protección (párr. 32) (*vid.* cap. VI, apartado 3). Además, la Comunicación propone pautas detalladas para la adopción de distintas medidas de protección: la censura o la confidencialidad de fuentes de prueba (párrs. 36-49), la constitución de círculos de confidencialidad (párrs. 50-85), el nombramiento de expertos que hagan versiones no confidenciales de la fuente de prueba (párrs. 86-100), la celebración de vistas a puerta cerrada (párrs. 101-104), la publicación de versiones no confidenciales de la sentencia (párrs. 100, 105) o la restricción de acceso a los registros del órgano jurisdiccional (párrs. 107-110).

La Comunicación ofrece un estándar europeo claro de protección de la información confidencial dentro del proceso que, junto con los artículos 283 bis b) LEC y 15 LSE, constituyen un *corpus* general para la protección intraprocesal de la información confidencial.

5. La protección de los secretos empresariales en el proceso civil

El artículo 15 LSE regula una inmunidad procesal que protege los secretos empresariales en el proceso civil.³⁴³ Esta protección será operativa en aquellos procesos en los que se pretenda a título principal la tutela civil del secreto empresarial, pero también en cualquier otro proceso o incidente en el que se acceda a información que pueda tener tal carácter: por ejemplo, en procesos en materia de competencia desleal, Derecho de la competencia o de infracción y nulidad de otros títulos de propiedad industrial, incidentes sobre medidas cau-

343. De especial interés para la aplicación del artículo 15 LSE es el *Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles*, Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es]. En relación con el artículo 9 de la Directiva (UE) 2016/943, que transpone el artículo 9 de la LSE, *vid.* LLOPIS NADAL, P., «Harmonisation of confidential information protection in legal proceedings» en GASCÓN INCHAUSTI, HESS, B. (eds.), *The future of the European law of civil procedure : coordination or harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 161-172.

telares o diligencias preliminares.³⁴⁴ Además, podrá activarse para proteger cualquier secreto empresarial que haya sido aportado al proceso, ya sea de las partes o de cualquier otro tercero.³⁴⁵

La Ley de secretos empresariales no contempla que la existencia de secretos empresariales permita a las partes o a un tercero negarse a la aportación de información o de fuentes de prueba: no se reconoce, en definitiva, una inmunidad procesal de exclusión.³⁴⁶ En su caso, esta será una de las circunstancias que deberán valorarse e integrarse en los correspondientes juicios de ponderación de los que dependa la adopción de cada una de las herramientas de acceso a fuentes de prueba [v.gr., 283 bis a) LEC], así como en la aplicación de los mecanismos generales para evitar el abuso del proceso y el fraude de ley (art. 247 LEC).³⁴⁷

El secreto empresarial es una modalidad más de los derechos que conforman la propiedad industrial. El tratamiento diferenciado de los secretos empresariales del resto de los títulos de propiedad industrial se justifica aquí solo a efectos didácticos por la regulación específica y detallada que existe de su protección (intra)procesal. Eso supone que deba hacerse una remisión en bloque e integrarse en este apartado todo lo dicho en relación con las medidas de protección de la información en los procesos en materia de (el resto de) propiedad industrial (*vid.* cap. VIII, apartado 3).

El artículo 15.1 LSE incorpora una obligación de secreto que nace *ex lege*. Conforme a esta, «[l]as partes, sus abogados o procuradores, el personal de la Administración de Justicia, los testigos, los peritos y cualesquiera otras personas que intervengan en un procedimiento [...] no podrán utilizar ni revelar aquella información que pueda constituir secreto empresarial y que los jueces o tribunales, de oficio o a petición debidamente motivada de cualquiera de las partes, hayan declarado confidencial». Es un precepto que, como gráficamente afirma GASCÓN INCHAUSTI, incorpora una obligación «por contacto»: cualquier persona que tenga relación con el (declarado incidentalmente) secreto empresarial, estará obligada a no revelarlo.³⁴⁸ Esta obligación de sigilo se mantiene después de terminado el proceso.

344. MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos*, op. cit., pp. 324-325; PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso», op. cit., pp. 314-317.

345. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales», *Indret*, 2021, núm. 3, pp. 219-220, 222-223.

346. MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos*, op. cit., p. 328.

347. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», op. cit., p. 17.

348. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», op. cit., p. 26.

Si incidentalmente se declara que la información constituye un secreto empresarial y se activa esta obligación de secreto *ex lege*, los sujetos que han tenido conocimiento de él de forma directa en el proceso serán titulares de una inmunidad procesal de exclusión que les permitirá negarse a revelarlo en otros procesos (*vid.* cap. V).

Además de esta obligación, la Ley de secretos empresariales faculta al tribunal para adoptar cualquier medida que pueda ser útil para la protección intraprocesal de los secretos empresariales. Entre ellas, y a título ejemplificativo, se incorpora la posibilidad de (i) restringir a un número determinado de personas el acceso a una fuente de prueba [art. 15.2.a) LSE]; (ii) restringir a un número limitado de personas el acceso a las vistas [art. 15.2.a) LSE]; y (iii) poner a disposición de cualquier persona a la que se haya excluido del acceso a la fuente de prueba o a la vista, una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte. De este modo, las medidas que a modo de *numerus apertus* incorpora la Ley de secretos empresariales suponen la creación de círculos de confidencialidad (*vid.* cap. VI, apartado 3 y cap. VIII, apartado 4).

En el círculo de confidencialidad habrá de incluirse «al menos, una persona física de cada una de las partes y sus respectivos abogados y procuradores». En consecuencia, uno de los límites legales al diseño de los círculos de confidencialidad es la imposibilidad de excluir totalmente la publicidad *ad intra* del proceso: el derecho de defensa del resto de las partes impone que, cuando menos, una persona física de la parte pueda tener contacto con la fuente de prueba constitutiva de secreto empresarial.³⁴⁹

Es interesante la posibilidad de establecer varios círculos de confidencialidad con distintos permisos de acceso. De este modo *v.gr.*, en el círculo más próximo al secreto empresarial podría incluirse a la persona física de la parte y sus abogados, en otro círculo a sus asesores externos y, en el último, a los asesores internos y demás sujetos integrantes de la persona jurídica.³⁵⁰ Aunque el esfuerzo para diseñar este tipo de arquitectura solo puede tener sentido en litigios complejos, la posibilidad abstracta de armar círculos asimétricos es una herramienta interesante para mantener el equilibrio entre todos los derechos e intereses de las partes.

349. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 29-31.

350. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 29-31. Comunicación de la Comisión Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE [2020/C 242/01], párr., 50-78. Aunque pensado para operar en procesos administrativos, de especial interés son también las pautas contenidas en los documentos de la Comisión Europea *Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation; Standard Data Room Rules y Guidance on the use of voluntary confidentiality rings* [Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/index/data-rooms-and-confidentiality-rings_en].

Las medidas de protección del secreto empresarial de los artículos 15.2.a) LSE y 283 bis b) LEC tienen un ámbito objetivo similar y, por tanto, se solapan entre sí. A pesar de ello, la consideración de *numerus apertus* de las medidas y el mandato general de protección en ambos casos permiten integrar los dos preceptos y extraer de ellos un *corpus* general que sea aplicable al resto de las inmunidades procesales de protección.

Entre las medidas eficaces de protección de la información están los *data rooms* que se han desarrollado en la litigación asociada al Derecho de la competencia. Además, especialmente interesante es la posibilidad propuesta por GASCÓN INCHAUSTI de acordar la prestación de cauciones o la incorporación de cláusulas penales en los contratos o pactos de confidencialidad —ex artículo 283 bis c) LEC—. En el caso de que la parte incumpla con sus deberes de sigilo, la caución o la cláusula penal se imputará al resarcimiento de los daños por ella ocasionados.³⁵¹

La carga de alegar y de hacer creíble que la información es un secreto empresarial corresponde a la parte o al tercero que la tiene en su poder y que tiene la carga o el deber de aportar.³⁵² En la solicitud deberá indicarse la información concreta que se considera que debe ser protegida.

La Ley de Secretos Empresariales no regula la solicitud y el incidente para resolver sobre las medidas de protección. En todo caso, es razonable sostener que la solicitud de protección debería llevarse a cabo en el correspondiente incidente de acceso a fuentes de prueba —si lo hubiese— y, en otro caso, antes o junto con la aportación de la información que se tiene la carga o el deber de entregar.³⁵³ De cualquier modo, y debe insistirse en la idea, es inaceptable que el titular de la inmunidad se ampare en ella para no aportar la información en el plazo que tiene para ello con el pretexto de que lo hará cuando se adopten las medidas de protección.

Para que sean realmente efectivas las medidas de protección solicitadas junto con la aportación (completa de la información), debería flexibilizarse la aplicación del artículo 277 LEC relativo al traslado de copias entre las partes.³⁵⁴ Una solución razonable sería exigir a la parte que presente una versión original y otra

351. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 20-22, 38-42.

352. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «El tratamiento procesal de la información», *op. cit.*, p. 227.

353. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», *op. cit.*, pp. 44-46.

354. Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles de la Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es], p. 7.

en la que se haya ocultado la información protegida, que será aquella que se trasladará al resto de las partes conforme al artículo 276 LEC.³⁵⁵

Durante el incidente deberían aplicarse cautelarmente las medidas de protección solicitadas por la parte —que después serán alzadas o mantenidas en función de aquello que se resuelva—.

Es interesante señalar que las medidas de protección de la información confidencial del artículo 15 LSE están regidas por el principio dispositivo. Por ello, si las partes están de acuerdo con la adopción de medidas determinadas, el tribunal debería acceder a ellas (art. 19.1 LEC).³⁵⁶ De este modo, se amplía exponencialmente la eficacia que la autonomía de la voluntad tiene para influir en lo que se protege y en cómo se protege.

Por último, debe señalarse que el incumplimiento de las obligaciones de sigilo impuestas con base en el artículo 15.1 LSE tendrá consecuencias penales —un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556.1 CP) o de revelación de secretos empresariales (arts. 279-280 CP)— y civiles (art. 3 LSE).³⁵⁷

6. La protección de los secretos empresariales en el proceso penal

Aunque con poco desarrollo en la práctica judicial, tiene interés analizar la posible aplicación de las medidas de protección del artículo 15 LSE a los procesos penales en materia de propiedad industrial.³⁵⁸

Como sucede en el proceso civil, existe una tensión siempre presente en la tutela penal de los secretos empresariales: la publicidad asociada al proceso como garantía institucional y constitucional de las partes puede suponer la pérdida del secreto cuya protección se pretende [art. 1 a) LSE]. Los delitos relativos al secreto empresarial (arts. 278 a 280 CP) son delitos semipúblicos, por lo que solo pueden ser perseguidos previa denuncia del agraviado (art. 287 CP). Esto hace que

355. Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles de la Sección de Derecho de la competencia, Tribunal Mercantil de Barcelona [Disponible en: www.oepm.es], p. 10.

356. GASCÓN INCHAUSTI, F., *La protección de los secretos empresariales*, op. cit., pp. 24-26; HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz*, op. cit., pp. 299-301.

357. Puede encontrarse un análisis de los distintos delitos en los que pueden estar incurriendo aquellos que revelan la información confidencial en GASCÓN INCHAUSTI, F., «La protección de los secretos empresariales», op. cit., pp. 49-51.

358. En relación con ello, vid. SCHUMANN BARRAGÁN, G. «Capítulo XXXIII. Procesos penales relativos a delitos sobre la propiedad industrial» en MASSAGUER, J., PALAU, F., (dirs.), *Tratado sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, Civitas, Madrid, 2025.

el titular del secreto empresarial pueda mantener un cierto control sobre la protección penal por parte del Estado de su derecho de exclusiva.

Como regla general, durante la fase de instrucción existe un secreto externo de las actuaciones (art. 301 LECrim), lo que significa que no serán accesibles para terceros ajenos al proceso. Por ello, normalmente no debería existir ningún problema de divulgación del secreto —al menos de cara al exterior—. Por la naturaleza semipública del delito, no parece posible que pueda adoptarse el secreto interno de las actuaciones (art. 302 LECrim) cuando se considere que puede ponerse en peligro el propio secreto empresarial que se pretende tutelar penalmente. Y esto puede ser un problema grave si el proceso penal se está utilizando abusivamente como un instrumento para acceder a información confidencial en poder de los investigados o de terceros. En ese caso, deberá tenerse presente la posibilidad de imponer multas al abogado o al procurador que revelen indebidamente el contenido del sumario o las diligencias (art. 301 LECrim), así como la responsabilidad penal en la que pueden incurrir tanto ellos como los funcionarios de la administración de justicia (arts. 415, 417 o 466 CP). Con todo, y sobre la base de una interpretación expansiva del artículo 301 bis LECrim puesto en relación con el artículo 15 LSE, será posible la adopción de medidas específicas de protección del secreto empresarial en la fase de instrucción.

En cualquier caso, los problemas relacionados con la protección procesal del secreto empresarial se centran en la fase de enjuiciamiento. Esta es pública y solo excepcionalmente puede excluirse la publicidad de ciertas actuaciones judiciales por razones de seguridad, orden público o para evitar «a las víctimas perjuicio relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso» (art. 681.1 LECrim).

Una interpretación literal y teleológica de los artículos 301 bis y 681.1 LECrim puestos en relación con el bien jurídico protegido por los artículos 278 a 280 CP permitiría la aplicación en el proceso penal de las medidas contempladas en el artículo 15 LSE para la protección de la información confidencial. Podría por ello restringirse el número de personas con acceso a las actuaciones judiciales escritas [art. 15.2 a) LSE] u orales [art. 15.2 b) LSE], la puesta a disposición del público de versiones no confidenciales de las resoluciones judiciales [art. 15.2 c) LSE] o cualquier otra medida que pueda ser eficaz para proteger el secreto —*v.gr.*, *data rooms* o la prestación de cauciones (*vid.* cap. VII, apartado 5)—.

La adopción de estas medidas de protección debe también llevarse a cabo cuando exista el riesgo de revelar secretos empresariales en procesos penales sobre cualquier otro delito —*v.gr.*, delitos en materia de propiedad industrial,

delitos societarios, entre otros—. No es necesario —como no lo es en la esfera civil— que el objeto del proceso penal esté directamente relacionado con la tutela penal del secreto empresarial.

La adopción de todas estas medidas, desde luego, debe estar condicionada al cumplimiento de un estricto juicio de proporcionalidad. Y, además, deben extremarse las precauciones dirigidas a respetar el derecho de defensa de las partes y los intereses de los terceros (art. 15.2 LSE). La exclusión de la publicidad propia de la protección procesal del secreto empresarial es necesaria para asegurar una tutela penal adecuada. Sin embargo, cualquier medida debe aplicarse restrictivamente y deben extremarse las garantías de defensa para las partes; especialmente en un proceso en el que se encauza el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y en el que la publicidad supone una medida importante de control y legitimación de su actuación.

7. La protección de los secretos empresariales en el proceso contencioso-administrativo

Por último, puede tener interés examinar la aplicación de las medidas de protección de la información confidencial del artículo 15 LSE en procesos contencioso-administrativos. Esto tiene relevancia e interés práctico, por ejemplo, en procesos en materia de contratación pública, medio ambiente o de acceso a información pública.³⁵⁹

El artículo 21.1 Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública impone al poder adjudicador la obligación de no divulgar «la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas». Pese a ello, es posible que el resto de los licitadores tengan interés en conocer esta información para impugnar la decisión final de adjudicación del contrato público. El eventual rechazo para acceder a esta información podrá ser recurrido ante la jurisdicción. Y en este proceso, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la UE, el tribunal deberá tomar conocimiento de la información y de «todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes» que le permitan valorar la negativa del ente público de revelar la información [STJUE *Klaipėdos* (C-927/19) y STJUE *Antea* (C-54/21)].³⁶⁰ Es también posible que el operador eco-

359. LÓPEZ MORA, E., «El acceso al expediente de licitación: el justo equilibrio entre el derecho a la tutela efectiva, los principios de transparencia y de buena administración versus la protección de la información no accesible», *Contratación Administrativa Práctica*, 2023, núm. 186.

360. STJUE *Klaipėdos* (C-927/19) [ECLI:EU:C:2021:700]: «130. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional nacional competente debe comprobar —teniendo plenamente en cuenta tanto la necesidad de salvaguardar el interés

nómico impugne la legalidad del proceso adjudicador o la decisión final y la información confidencial esté incorporada en el expediente administrativo que debe remitirse al juez (art. 48 LJCA).³⁶¹ En todos estos casos, la protección de la información confidencial en el proceso adquiere una importancia capital.

El Tribunal de Justicia de la UE acepta la posibilidad de que en el proceso contencioso-administrativo la protección de la información confidencial pase por excluir totalmente a las partes y a sus abogados del conocimiento del secreto empresarial.³⁶² En este y en otros muchos casos debe tenerse especial cuidado con la aplicación automática de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. En primer lugar, es oportuno preguntarse si la exclusión del conocimiento a las partes y a sus abogados es una exigencia del principio de eficacia y de supremacía de alguna norma europea —entre ellas, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE— o, simplemente, una opción del legislador nacional que es compatible con el Derecho de la UE. Y, en segundo lugar, tampoco puede olvidarse que los derechos fundamentales en la Constitución española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la UE pueden tener distintos niveles de protección. Aunque los derechos fundamentales de la Constitución deben interpretarse conforme a los primeros (art. 10.2 CE), es posible —y usual— que tengan un nivel de protección más alto. Esto supone que una medida como la exclusión total de la publicidad que puede ser compatible con el Derecho de la UE, no lo sea con el derecho de defensa reconocido en la Constitución (art. 24.1 CE).

público relativo al mantenimiento de una competencia leal en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos como la de proteger la información verdaderamente confidencial y especialmente los secretos comerciales de los participantes en el procedimiento de licitación— que el poder adjudicador consideró acertadamente que la información que se negó a comunicar al demandante era confidencial. A tal efecto, el órgano jurisdiccional nacional competente debe proceder a un examen completo de todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. En consecuencia, es necesario que pueda disponer de la información precisa, con inclusión de la información confidencial y los secretos comerciales, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 53)»; STJUE *Antea* (C-54/21) [ECLI:EU:C:2022:888]

361. Conforme al art. 48.6 de la LJCA «Se excluirán del expediente, mediante resolución motivada, los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontrarán los documentos excluidos». Se contemplan así medidas para la protección de los secretos oficiales, pero no del resto de información confidencial o secretos empresariales que puedan obrar en el expediente administrativo.

362. STJUE *Klaipėdos* (C-927/19) [ECLI:EU:C:2021:700]: «si bien el principio de contradicción implica, por regla general, el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutir las, en algunos casos puede resultar necesario no comunicar determinada información a las partes [...] Pues bien, entre los derechos fundamentales que pueden ser así protegidos figuran el derecho al respeto de la vida privada y de las comunicaciones consagrado en el artículo 7 de la Carta y el derecho a la protección de los secretos comerciales, reconocido por el Tribunal de Justicia como un principio general del Derecho de la Unión (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, apartados 48 y 49). [...] Así, habida cuenta de la importancia de la protección de la información confidencial, señalada, en particular, en los apartados 131 y 132 de la presente sentencia, el organismo responsable de un procedimiento de recurso en materia de adjudicación de un contrato público debe poder decidir, si es necesario, que determinada información contenida en el expediente de que dispone no debe transmitirse a las partes ni a sus abogados (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, apartado 43)].

La Ley 27/2006 sobre derechos en materia de medioambiente —que transpone las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE— regula el derecho de acceso a información pública que tenga algún impacto medioambiental.³⁶³ El artículo 13 de la Ley 27/2006 regula los casos en los que podrán denegarse las solicitudes de información. En especial, podrá denegarse la solicitud para proteger la «confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley o en la normativa comunitaria, a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal» [art. 13.2 d) Ley 27/2006].³⁶⁴ Desde luego, el eventual rechazo de la administración a proporcionar la información podrá ser impugnado ante la jurisdicción (art. 20 Ley 27/2006). En este proceso el juez también debería tomar conocimiento de la información y de todos los elementos necesarios para valorar la negativa del ente público [STJUE *Klaipėdos* (C-927/19) y STJUE *Antea* (C-54/21)]. Y, en este proceso, la protección de la información confidencial a través de la aplicación del artículo 15 LSE al proceso contencioso-administrativo adquiere también una importancia capital.

El problema de la protección de la información confidencial está también presente en el ejercicio de los derechos de acceso a información pública reconocidos en el artículo 2 del Reglamento (CE) 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos o en el artículo 12 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esto sucede, por poner un último ejemplo, en los procedimientos administrativos de autorización de medicamentos y de productos fitosanitarios.³⁶⁵ En efecto, los datos de los informes y ensayos clínicos o fitosanitarios para solicitar su autorización están protegidos como una modalidad de propiedad industrial (art. 39.3 Acuerdo ADPIC).³⁶⁶ En este marco, es posible que individuos soliciten el acceso a los informes sobre los estudios clínicos para la autorización del medicamento o el producto a la autoridad europea o nacional en ejercicio de sus derechos de acceso a la información pública. La negativa a la solicitud de acceso podrá ser

363. SCHUMANN BARRAGÁN, G., «La litigación civil por daños al medio ambiente. ¿Son los derechos de la naturaleza una alternativa razonable?», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 8, 2023, pp. 187-193.

364. En estos casos se contempla también la posibilidad de que la administración pública suministre parcialmente de la información solicitada, excluyendo la información protegida (art. 14 Ley 27/2006).

365. En relación con ello, *vid.* PALAU RAMÍREZ, F., «Exclusividad de los datos de prueba utilizados en los procedimientos de autorización de medicamentos y productos fitosanitarios», *La Ley Mercantil*, núm. 118, 2024, pp. 21-26.

366. PALAU RAMÍREZ, F., «Exclusividad de los datos», *op. cit.*, pp. 3-21. Artículo 39.2 Acuerdo ADPIC: «Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal».

recurrida ante los tribunales, lo que activa la necesidad del juez europeo o nacional de conocer la información en cuestión [STJUE *Klaipėdos* (C-927/19) y STJUE *Antea* (C-54/21)] y de su necesaria protección procesal.

En definitiva, existen distintos procedimientos administrativos en los que se limita al ciudadano el acceso a información confidencial. El derecho a la tutela judicial efectiva impone que en la impugnación judicial de estas decisiones administrativas el juez tome contacto directo con la información que se mantiene en secreto. Y, por ello, se vuelve imprescindible la incorporación de medidas de protección de la información en el proceso contencioso-administrativo.

Capítulo VIII | Las inmunidades procesales y la litigación transfronteriza

Se examinará ahora cómo operan los privilegios procesales en supuestos de litigación internacional, esto es, cuando el proceso en el que se pretenda ejercitar una inmunidad procesal tenga algún elemento transfronterizo.³⁶⁷

Además de su utilidad práctica, el análisis de las inmunidades procesales en supuestos de litigación transfronteriza permite apreciar de forma clara la diferente naturaleza *procesal* de las inmunidades y el deber legal o la protección *material* que se dispensa a la información o la fuente de prueba.

Ejemplo. Ticio y Cayo negocian en España a través de sus abogados la venta de una unidad productiva en Francia. En el contrato acuerdan que la ley aplicable será la de aquel país, pero incorporan un pacto de sumisión expresa a los tribunales de España —país en el que el comprador tiene sus activos principales—. Unos meses después Ticio demanda a Cayo en España por no pagar parte del precio en la fecha acordada. En el proceso Cayo propone que el abogado de Ticio declare como testigo, pues considera que su declaración ayudaría a interpretar el acuerdo entre las partes (art. 360 LEC). En este caso tendría que fijarse conforme a qué ley se determina si el abogado de Ticio tiene el deber de guardar secreto y conforme a qué ley se determina si puede negarse a contestar las preguntas que se le formulan en el juicio.

367. Existen trabajos monográficos e interesantes sobre el tema, aunque en algunos de ellos se identifica una cierta oscuridad en el análisis de la cuestión. La razón de ello está en la falta de diferenciación conceptual entre la inmunidad procesal —reconocida por el ordenamiento *procesal*— y el deber legal de secreto —impuesto por el Derecho *material*—. Entre ellos, JANSE, R., *Legal Privilege and Transnational Evidence-Taking A Comparative Study on Cross-Border Disclosure, Evidence-Shopping and Legal Privilege*, Intersentia, Cambridge, 2022.

1.1. La ley aplicable a la determinación de la condición de la información y las inmunidades procesales

Conforme al ámbito de aplicación territorial de la Ley de Enjuiciamiento Civil «los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas» (art. 3 LEC): *lex fori regit processum*. Se ha explicado ya que las inmunidades procesales tienen *naturaleza procesal*. Son poderes que reconoce la ley para enervar derechos y potestades relacionados con el acceso a información y a fuentes de prueba. En este marco, las inmunidades procesales reconocidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables a cualquier proceso judicial o incidente que se siga en España, y ello con independencia de la ley aplicable al fondo del asunto.

Por lo anterior, serán también aplicables las inmunidades procesales reconocidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el marco de la adopción de medidas cautelares en apoyo de procesos judiciales o arbitrales extranjeros (art. 722 LEC).

Ahora bien, muchas veces la inmunidad procesal no especifica qué concreta información o fuente de prueba está protegida, sino que se remite al Derecho material para integrar su contenido. En estos casos—que son los usuales en la Ley de Enjuiciamiento Civil—, será necesario acudir al ordenamiento sustantivo para calificar la información o la fuente de prueba protegidas (*vid.* cap. III, apartado 4). Y, en este marco, deberá determinarse la ley sustantiva que regulará la *calificación material de la información como confidencial*.

Imagínese un hipotético artículo 371 LEC que contemple que los abogados tienen el derecho a negarse a declarar sobre cualquier hecho relacionado con la negociación y la celebración de un contrato entre las partes.

Imagínese un hipotético artículo 371 LEC que contemple que los abogados tienen el derecho a negarse a declarar sobre cualquier hecho que conforme a la ley tienen el deber de guardar en secreto.

La técnica legislativa adoptada en cada uno de estos hipotéticos artículos influirá en la forma en la que opera la inmunidad procesal en supuestos de litigación transfronteriza.

En abstracto se plantean tres soluciones para estos casos. En primer lugar, podría aplicarse la ley material del foro, por considerar que ello es acorde con la *ratio legis* de la inmunidad procesal y el juicio de ponderación realizado por el legislador nacional. En segundo lugar, podría emplearse la ley material aplicable al fondo del asunto con el fundamento de que eso da previsibilidad a las partes y coherencia a la solución del conflicto. En tercer lugar, podría utilizarse

la ley material del Estado en el que la información o la fuente de prueba haya sido producida o intercambiada. Cada una de estas opciones tiene sus ventajas y desventajas.

La determinación de la ley aplicable a los deberes legales de secreto es un tema recurrente en los procesos ante el Tribunal Unificado de Patentes y en el arbitraje comercial internacional.³⁶⁸

Ante este panorama, lo más razonable es aplicar simultáneamente la ley sustantiva del foro y la ley del Estado en el que la información ha sido producida o intercambiada para calificarla. Así, se asegura que la información esté protegida con el régimen más garantista. Este es el denominado criterio del trato más favorable —*Meistbegünstigung*— o de nación más favorecida. Con ello se asegura que la futura sentencia pueda ser ejecutada sin problemas en el resto de los Estados miembros de la UE y se evite un *evidence forum shopping* (vid. cap. VIII, apartado 1.2). Esta es la solución que incorporan los instrumentos en materia de cooperación judicial internacional y que ha sido adoptada mayoritariamente en la práctica arbitral.

Para mantener la igualdad entre las partes, en el ámbito del arbitraje internacional se plantean otros criterios como el de la ley del Estado más favorecido o menos favorecido (para la efectividad de la inmunidad). De este modo, se aplicaría a todas las partes el mismo privilegio, con independencia del nivel de protección que otorgue el Estado en el que la información o la fuente de prueba haya sido generada o intercambiada.

1.2. La efectividad de las inmunidades procesales en la obtención de pruebas en el extranjero

Corresponde ahora centrarse en el análisis de la eficacia de las inmunidades procesales en la obtención de pruebas en el extranjero a través de los distintos instrumentos de cooperación jurídica internacional.

En España el marco de referencia para la obtención de pruebas en el extranjero está integrado por el régimen interno contemplado en la Ley 29/2015³⁶⁹, el

368. «Welche nationalen berufsrechtlichen Regeln anzuwenden sind, richtet sich nach dem Personalstatut des Zeugen kraft seiner Berufsangehörigkeit, nicht kraft seiner Staatsangehörigkeit oder seines gewöhnlichen oder schlichten Aufenthaltsortes» (TILMANN-PLASSMANN/AHRENS, «Regel 179 EPGVerfO», Rn. 28-29); SUTTON, D., et al., *Russell on arbitration*, Sweet & Maxwell, 24ª ed., London, 2015, p. 256; MAGNUS, R., *Das Anwaltsprivileg*, op. cit., pp. 4-5).

369. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

régimen europeo consistente en el Reglamento (UE) 2020/1783³⁷⁰, el Convenio de la Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero y los respectivos convenios bilaterales sobre la materia.³⁷¹

En relación con el régimen interno, la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil determina que la prueba practicada en España que deba surtir efectos en un proceso extranjero deberá «practicarse conforme a la normativa procesal española» (art. 29 Ley 29/2015). Por ello, en la obtención de prueba en España para un proceso extranjero son aplicables las inmunidades procesales contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las diligencias para la obtención de la prueba en el extranjero deberán detallar, entre otros extremos, si con la solicitud se pretende (i) la declaración de personas que sean titulares de «un derecho a no prestar declaración con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado requirente» [art. 31 a) Ley 29/2015]; (ii) el examen de testigos que tengan un «derecho a negarse a testificar según la legislación del Estado requirente» [art. 31 a) Ley 29/2015]; (iii) la aportación de cualquier otra prueba, documentos y objetos, sobre los que exista «el derecho a no aportar documentos según la legislación del Estado requirente» [art. 31 a) Ley 29/2015]. Además de lo anterior, «la prueba no se practicará cuando la persona designada justifique su negativa en una exención o una prohibición de declarar o de aportar documentos, establecida o reconocida por la ley española o por la ley del Estado requirente» (art. 32 Ley 29/2015).

De este modo, para la obtención de prueba en el extranjero serán operativas las inmunidades procesales del Estado del tribunal requirente detalladas en la diligencia de obtención de la prueba y las del Estado del tribunal requerido.

El régimen legal interno de cooperación judicial reconoce de este modo la existencia de inmunidades procesales en materia probatoria relativas a la declaración, la aportación de documentos y otras fuentes de prueba de las partes, los testigos y los demás terceros que puedan intervenir en el proceso. Así se asegura de la forma más amplia posible el respeto de los privilegios reconocidos en el ordenamiento del Estado en el que se desarrolla el proceso y en el que se obtiene la prueba.

370. Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida)

371. Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970.

Además, esta es una solución coherente y acorde con la naturaleza, el fundamento y el objeto de protección de los privilegios procesales. En efecto, no puede olvidarse que en no pocas ocasiones la inmunidad tiene como finalidad la protección de información o fuentes de prueba estrechamente ligadas con la intimidad de la persona o que facilitan el ejercicio de un derecho fundamental. Ante una materia como esta, fuertemente vinculada con la noción de orden público nacional e internacional, el respeto de las inmunidades procesales de ambos Estados permite que la obtención de la prueba y la cooperación se lleve a cabo en cumplimiento de los principios fundamentales de cada uno de ellos. Y, también con ello, que la decisión que en el proceso se dicte pueda ser reconocida y ejecutada en distintos países.

En relación con el régimen comunitario, el Reglamento 2020/1783 sobre obtención de pruebas establece que en el requerimiento de obtención de pruebas el tribunal requirente deberá indicar, entre otras cuestiones, «la existencia del derecho de negarse a testificar según el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente» [art. 5.1 e) Reglamento 2020/1783]. Además, «[e]l órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud aplicando su Derecho nacional» (art. 12.2 Reglamento 2020/1783). Por ello, se indica que «[n]o se ejecutará la solicitud de tomar declaración o interrogar a una persona cuando dicha persona invoque el derecho de negarse a declarar o la prohibición de declarar» previstos en el Estado miembro requerido o requirente (art. 16.1 Reglamento 2020/1783).³⁷²

El tomar en consideración la existencia de derechos a negarse a declarar tanto en el Estado requirente como requerido supone incorporar el criterio del trato más favorable —*Meistbegünstigung*—. Con ello, se evita que exista una suerte de *evidence forum shopping*, de manera que se pretenda la obtención de la prueba en aquellos Estados en los que la información no está protegida. Y, además, de este modo se respetan los valores fundamentales de los dos Estados cuyos órganos jurisdiccionales están cooperando.³⁷³

El artículo 16.1 Reglamento 2020/1783 reconoce la eficacia de los derechos a negarse a declarar de cualquier «persona». Debe considerarse, por tanto, que las partes, los testigos, los peritos y cualquier otro sujeto que pueda intervenir en el proceso podrá hacer valer su derecho a negarse a declarar.³⁷⁴

372. Artículo 16.1 Reglamento 2020/1783: «1. No se ejecutará la solicitud de tomar declaración o interrogar a una persona cuando dicha persona invoque el derecho de negarse a declarar o la prohibición de declarar: a) previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido, o b) previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente e indicados en la solicitud o, si fuera necesario, confirmados por el órgano jurisdiccional requirente a instancias del órgano jurisdiccional requerido».

373. MüKoZPO/Rauscher, «Art. 14 EG-BewVO», *op. cit.* Rn. 3; BeckOKZPO/ZIMMERMANN, «Art. 16 EG-BewVO», Rn. 1; RAUSCHER/VON HEIN, «Art. 14 EG-BewVO», Rn. 1.

374. BeckOKZPO/ZIMMERMANN, «Art. 16 EG-BewVO», Rn. 2; RAUSCHER/VON HEIN, «Art. 14 EG-BewVO», Rn. 6.

A diferencia del régimen interno, el Reglamento 2020/1783 (solo) reconoce expresamente el derecho a negarse a declarar, pero no a no aportar otras fuentes de prueba. Se reconoce pues la existencia y la eficacia de inmunidades procesales, pero con un alcance menor que la Ley 29/2015. En la doctrina alemana se ha planteado la posibilidad de reconocer otros derechos a negarse a aportar documentos o fuentes de prueba a través de una interpretación sistemática y teleológica del Reglamento.³⁷⁵ De no hacerlo, podría evitarse la activación de inmunidades procesales requiriendo la obtención de otras fuentes de prueba subsidiarias no protegidas —*Beweissurrogat*—. Con ello se permitiría que «aquello que no tiene que revelar la boca, sí se pueda arrancar de la mano».

Es de interés señalar que el artículo 19 del Reglamento 2020/1783 permite que la prueba se obtenga directamente por el tribunal requirente. Existe así la posibilidad de practicar el interrogatorio de las partes y de los testigos que residen en el extranjero a través de videoconferencia [art. 20 Reglamento 2020/1783]. De este modo, el precepto expande el ámbito territorial en el que puede ser efectivo el artículo 137 *bis* LEC relativo a la realización de actuaciones judiciales mediante videoconferencia. En estos casos, la obtención de la prueba en el extranjero deberá realizarse voluntariamente y sin aplicación de medidas coercitivas [art. 20.2 Reglamento 2020/1783]. En relación con su ejecución, se señala expresamente que «el órgano jurisdiccional requirente realizará la obtención directa de pruebas de conformidad con el Derecho de su Estado miembro» [art. 20.8 Reglamento 2020/1783]. Por ello, si se utiliza esta vía voluntaria y directa serán aplicables (únicamente) las inmunidades procesales del Estado miembro del tribunal que está practicando la prueba. En el caso de que el testigo o la parte se nieguen a declarar voluntariamente será necesario acudir a la «vía ordinaria» de obtención de pruebas [art. 12 *et seq.* Reglamento 2020/1783], en la que deberán tomarse en consideración los derechos a negarse a declarar del Estado requirente y requerido conforme a lo ya expuesto.

Además de lo anterior, no es descartable que el Estado miembro requerido se niegue a ejecutar la solicitud de la obtención de la prueba por considerar que la información o la fuente está protegida por una inmunidad procesal reconocida en su Constitución o en algún instrumento supranacional. Como se ha dicho, es posible que el privilegio suponga una protección procesal de la intimidad de la persona o del ejercicio de otro derecho fundamental. En estos casos, el tribunal requerido se planteará rechazar la ejecución de la solicitud de la obtención de la prueba por considerar que es contraria a un derecho fundamental reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o el Con-

375. MüKoZPO/Rauscher, «Art. 14 EG-BewVO», *op. cit.* Rn. 6; BeckOKZPO/ZIMMERMANN, «Art. 16 EG-BewVO», Rn. 2; SCHLOSSER-HESS/ SCHLOSSER, «Art. 14 EuBVO», Rn. 7. Con argumentos en contra RAUSCHER/VON HEIN, «Art. 14 EG-BewVO», Rn. 7-8.

venio Europeo de Derechos Humanos [STJUE *Real Madrid* (C-633/22)]. De este modo se conseguiría una suerte de eficacia *ad extra* de la inmunidad procesal.

Por último, el Convenio de la Haya sobre la obtención de pruebas en el extranjero determina que «la autoridad judicial que proceda a la ejecución de una comisión rogatoria aplicará en cuanto a la forma las leyes de su propio país» (art. 9 Convenio de la Haya 1970). También se contempla que «la comisión rogatoria no se ejecutará cuando la persona designada en la misma alegare una exención o una prohibición de prestar declaración que haya establecido» la ley del Estado requerido o requirente (art. 11 Convenio de la Haya 1970).³⁷⁶ Además, «todo Estado contratante podrá declarar que reconoce las exenciones y prohibiciones establecidas por la ley de otros Estados distintos del Estado requirente y del Estado requerido, en la medida en que se especifique en tal declaración» (art. 11 Convenio de la Haya 1970).

Como ha señalado la doctrina alemana, existe una clara falta de precisión en las versiones lingüísticas del Convenio de la Haya. La versión auténtica en inglés dice que «the person concerned *may refuse to give evidence*» y en francés «personne qu'elle vise invoque une dispense ou une interdiction de déposer».³⁷⁷ Con base en lo anterior, debe reconocerse incluida en el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1970 cualquier inmunidad procesal en materia probatoria reconocida en el ordenamiento requerido o requirente —derecho a negarse a declarar o a aportar fuentes de prueba, entre otros—. De este modo, existe un reconocimiento general de las inmunidades procesales en materia probatoria de las partes, los testigos y, en general, cualquier persona que intervenga en el proceso.

En cualquiera de los tres regímenes, la ley material aplicable a la *determinación de la condición de la información* será aquella a la que conduzca la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del Estado requerido. En el caso de España, tendrá que tomarse en consideración el ordenamiento nacional y el del país en el que la información o la fuente de prueba fue producida o intercambiada —principio de nación más favorecida— (*vid.* cap. VII, 1.1).

376. Artículo 11 Convenio de la Haya 1970: «La comisión rogatoria no se ejecutará cuando la persona designada en la misma alegare una exención o una prohibición de prestar declaración que haya establecido: a) la ley del estado requerido, o b) la ley del estado requirente, si se especifican en la comisión rogatoria o, en su caso, si así lo confirmara la autoridad requirente a instancias de la autoridad requerida»; ZEKOLL, J., *et al.*, *Transnational Civil Litigation*, West, 2ª ed., St. Paul, (Minn), 2023, pp. 464-465.

377. SCHLOSSER-HESS/ SCHLOSSER, «Art. 11 HBÜ», Rn. 1.

Capítulo IX | Las inmunidades procesales en el arbitraje

1. Las inmunidades procesales en el procedimiento arbitral

En el arbitraje las partes son libres de «convenir libremente el procedimiento» (art. 25.1 LA) sin más límites que el respeto de los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 23.1 LA). En la práctica es habitual que el procedimiento arbitral se desarrolle conforme a las reglas de alguna institución arbitral —aquella que lo administrará u otra que se considere de interés— (art. 14 LA). Si las partes no acuerdan nada, serán los árbitros los que dirigirán el arbitraje del «modo que consideren apropiado» (art. 25.2 LA). Dentro de esa discrecionalidad arbitral se incluye la de «decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración».

Las partes serán libres de configurar cómo se acreditan los hechos fundamentales de las acciones y excepciones —debe insistirse, con los límites marcados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 23.1 LA)—. Y, en este marco, las partes podrán pactar los derechos para acceder a información o a fuentes de prueba en poder de la otra parte y las inmunidades procesales que permiten enervarlos.

Los reglamentos arbitrales de distintas instituciones incorporan mecanismos de acceso a información y fuentes de prueba y distintas inmunidades procesales de exclusión y de protección. Además, es una práctica también recurrente en el arbitraje internacional la posibilidad de nombrar a un tercero imparcial para que sea él quien califique el carácter confidencial de la información (*vid.*

cap. IV, apartado 4).³⁷⁸ Puede afirmarse así que las inmunidades procesales también son una realidad en el arbitraje comercial.³⁷⁹

En relación con la ley aplicable a la *clasificación material de la información* o del deber de secreto, deberán aplicarse las normas contempladas en el propio reglamento arbitral. De no existir estas previsiones y de ser la sede del arbitraje España, deberían aplicarse las reglas ya expuestas sobre la operatividad de las inmunidades en supuestos de litigación transfronteriza: es decir, aplicar la ley material del foro y la de aquel país en el que la información se produjo o se intercambió —criterio de trato más favorable (*Meistbegünstigung*) o nación más favorecida— (*vid.* cap. VIII, apartado 1.1).

Especial atención tendrá que prestarse en el arbitraje a las inmunidades procesales que protejan directamente derechos fundamentales —tanto del foro en el que se desarrolla el procedimiento arbitral como de los Estados miembros en los que se pretenderá el reconocimiento y la ejecución del laudo—. No es descartable que en algunos casos excepcionales un laudo basado en una prueba obtenida desconociendo algún privilegio alegado por las partes pueda ser anulado por ser contrario al orden público [art. 41.1 f) LA] (*vid.* cap. VIII, apartado 1.2).

378. Según el artículo 3.8 Reglas de la *Internacional Bar Association* sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional: «En circunstancias excepcionales, si la pertinencia de la objeción sólo pueda ser determinada mediante la revisión del Documento, el Tribunal Arbitral podrá resolver que no revisará tal Documento. En este caso, el Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar un perito independiente e imparcial, sujeto a confidencialidad, para que revise el Documento e informe sobre la objeción. En la medida en que el Tribunal Arbitral admita la objeción, el perito no podrá dar a conocer el contenido del Documento revisado ni al Tribunal Arbitral ni a las demás Partes»; OBERHAMMER, P., «Evidence: learning from arbitration» en VAN RHEE, C. H., UZELAC, A. (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, Intersentia, Cambridge, 2015, p. 249.

379. Conforme al artículo 9.2 de las Reglas de la *Internacional Bar Association* sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional «[...] El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: [...] b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral». Conforme el artículo 9.3 del mismo texto «[...] Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el artículo 9.2 (b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas obligatorias cuya aplicación fuera determinada por el Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración: (a) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con o al efecto de proporcionar u obtener asesoramiento jurídico; (b) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con y al efecto de negociaciones con el objeto de arribar a una transacción; (c) las expectativas de las Partes y de sus asesores el tiempo en que se alega que ha surgido el impedimento o privilegio legal; (d) cualquier posible dispensa de un impedimento o privilegio legal aplicable en virtud de consentimiento, revelación anterior, uso favorable del Documento, declaración, comunicación oral o recomendación contenida en ella, o de cualquier otro modo; y (e) la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes, particularmente si ellas estuvieran sujetas a normas jurídicas o éticas diferentes». En sentido similar, el artículo 31.7 Reglamento CIMA «[...] el tribunal arbitral podrá recabar de las partes información sobre la controversia, invitándoles a la exhibición, la aportación o la remisión al procedimiento o a los peritos de instrumentos probatorios que obren en su poder o bajo su control o disponer la identificación de fuentes de pruebas relevantes de las que tengan conocimiento». En este marco, y conforme el artículo 31.8 «[...] el tribunal arbitral tendrá la facultad de decidir sobre dicha aportación, atendiendo a los legítimos intereses de la otra parte, incluido el relativo a la confidencialidad, y a las circunstancias concurrentes al caso. El tribunal arbitral y la parte contraria garantizarán la confidencialidad de todos los documentos aportados por la otra parte, de los que harán uso únicamente en relación con el arbitraje en cuestión» (énfasis añadido).

2. La exclusión de la publicidad y la confidencialidad del arbitraje

El procedimiento arbitral y el laudo que en él se dicte no son públicos —o al menos no tienen necesariamente que serlo—. Esta característica —que no en pocas ocasiones es el principal atractivo de la institución arbitral— deriva de la naturaleza privada del arbitraje como sistema de resolución de controversias.

Conforme al artículo 24 LA «[l]os árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales». Existe, por tanto, un *deber legal de guardar secreto* impuesto a todos los actores que participan en el arbitraje, lo que permitirá la activación de distintas inmunidades procesales de exclusión en futuros procesos judiciales (*vid.* cap. V).

En cualquier caso, el incumplimiento de este deber legal de secreto, además de las consecuencias intraprocesales y materiales contempladas en el reglamento arbitral, supondrá el incumplimiento de una obligación accesoria del convenio arbitral (art. 24 LA en relación con el art. 1258 CC).³⁸⁰ Esto puede tener como consecuencia que deban indemnizarse los daños asociados a la revelación de la información confidencial (arts. 1101 o 1902 CC, según los casos).

3. La asistencia judicial al arbitraje para la práctica de las pruebas

Los árbitros no están investidos de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). La autoridad que tienen para resolver el conflicto de las partes —con efectos similares a los de la cosa juzgada (art. 43 LA)— deriva de la autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral (art. 9.1 LA). Esto supone que los árbitros no tengan ningún poder para requerir a terceros que aporten información o que exhiban fuentes de prueba: no existe, en definitiva, un deber general de colaborar con el desarrollo de un arbitraje (art. 118 CE).

En relación con las partes, lo normal será que el reglamento arbitral o ellas mismas hayan acordado medidas para forzar directa o indirectamente el cumplimiento de los requerimientos del árbitro.³⁸¹ A pesar de ello, en algunos casos

380. Una de las cuestiones discutidas es cuál es la ley material aplicable al deber (contractual) de secreto que nace del convenio arbitral: la ley del foro en el que se desarrolla el arbitraje o la que regula el propio convenio arbitral. En relación con ello, COLLINS, L., «Reflections on the law governing confidentiality in arbitration», *UCL Research Paper Series*, núm. 13/2023.

381. En este sentido los apartados 5, 6 y 7 del artículo 9 de las Reglas de la *Internacional Bar Association* sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional: «4. El Tribunal Arbitral podrá, cuando considere apropiado, adoptar las medidas

es posible que persista la negativa injustificada y se tengan que buscar otras medidas para forzar la entrega de la información o la fuente de prueba.

En esos casos, las partes o los árbitros podrán solicitar la asistencia del tribunal en la práctica de las pruebas. En el uso del *imperium* que le otorga su potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), el juez podrá acordar todas las medidas reconocidas en la ley procesal para la obtención de la fuente de prueba —entre ellas, aquellas que suponen el uso de la fuerza pública—.

Conforme al artículo 33 LA, la asistencia judicial al arbitraje «podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros». En la medida en que se está ante actuaciones *judiciales*, esta labor de asistencia se desarrollará «de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba» (art. 33.1 LA).

El principio de legalidad procesal supone que sea aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil a estas labores de asistencia *judicial* al arbitraje (art. 1 LEC). Y, por ello, serán plenamente aplicables los derechos de acceso a la información y a la fuente de la prueba contemplados en el ordenamiento procesal (*vid.* cap. II) así como las inmunidades procesales en materia probatoria que en ella se reconocen (*vid.* caps. V y VII).

4. La confidencialidad y la exclusión de la publicidad en los incidentes de apoyo judicial al arbitraje y en el proceso de anulación del laudo arbitral

La relación entre el arbitraje y la jurisdicción se centra en las medidas de apoyo judicial al arbitraje —nombramiento judicial de árbitros (art. 15.3 LA), asistencia para la práctica de la prueba (art. 33 LA) o la adopción de medidas cautelares (art. 8 LA)— y en el proceso de anulación del laudo (arts. 40 *et seq.* LA).

necesarias para permitir que la prueba sea presentada o considerarla sujeta a una adecuada protección de confidencialidad. 5. Si una Parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentará un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte. 6. Si una Parte no cumpliera, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una Parte frente a la cual la Parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado practicar, el Tribunal Arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte. 7. Si el Tribunal Arbitral determina que una Parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba».

En todos estos casos, el conflicto jurídico —o parte de él— que ingresa en el sistema de administración de justicia se somete a la publicidad que le es propia (art. 120.1 CE). Este es un riesgo para la confidencialidad del arbitraje, especialmente en relación con el proceso de anulación del laudo.

Como se ha dicho, en todas las actuaciones judiciales las partes podrán hacer uso de las inmunidades procesales de exclusión y de protección que reconoce el ordenamiento procesal. Entre ellas, puede tener especial interés en arbitrajes comerciales la protección (intra)procesal del secreto empresarial (art. 15 LSE).

Dentro de este marco, en algunos casos podrá encontrarse en los artículos 138 y 140 LEC y 232.3 LOPJ un fundamento legal para solicitar la exclusión *ad extra* de la publicidad de las actuaciones judiciales orales y escritas. Estos artículos, se ha explicado ya, permiten la exclusión de la publicidad cuando sea adecuado para la protección de la vida privada de las partes, de otros derechos y libertades o cuando se considere adecuado para los intereses de la Justicia (*vid.* cap. VII, apartado 2). Aunque la publicidad asociada a las medidas de apoyo judicial al arbitraje y al proceso de anulación del laudo no afecta de ningún modo a «los intereses de la justicia», sí que podría entenderse que en algunos casos puede afectar a la vida privada o a los derechos o los intereses de los sujetos intervinientes en el proceso arbitral o de terceros.

En Austria el § 616 de la ZPO contempla expresamente la posibilidad de excluir la publicidad de los procesos de anulación del laudo arbitral cuando se demuestre que existe un interés legítimo que proteger.³⁸²

Debe recordarse que una de las circunstancias de las que depende que determinada información sea calificada de confidencial es que los sujetos adopten medidas materiales y jurídicas para protegerla (*vid.* cap. III, apartado 7.13). Y, con esta lógica, podría afirmarse que la propia existencia de un convenio arbitral es una medida jurídica idónea para que determinada información no pueda ser accesible a terceros.

Ejemplo. Ticio, con múltiples títulos nobiliarios, tiene un importante patrimonio. Para proteger su intimidad y evitar que cualquier conflicto relacionado con su sucesión trascienda a la esfera pública, decide incorporar una cláusula de arbitraje en su testamento (art. 10 LA).

382. § 616 ZPO «(1) Das Verfahren über die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs und die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs richtet sich nach den Bestimmungen dieses Gesetzes über das Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz, das Verfahren in Angelegenheiten nach dem dritten Titel richtet sich nach den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes über das Verfahren erster Instanz. (2) Auf Antrag einer Partei kann die Öffentlichkeit auch ausgeschlossen werden, wenn ein berechtigtes Interesse daran dargetan wird»; SCHUMACHER, H., «Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht», ZJP, 2010, vol. 3, p. 285.

Después de la muerte de Ticio, Cayo y Sempronio inician un arbitraje testamentario por desavenencias. Después de unos años, se dicta un laudo arbitral, cuya anulación pretende Cayo en un proceso de anulación del laudo arbitral (arts. 40 et seq. LA).

En este marco, Sempronio teme que en el proceso judicial y en la sentencia de anulación que se dicte aflore información relacionada con el patrimonio y la última voluntad de Ticio. Por ello, solicita que se adopten medidas para excluir la publicidad *ad extra* del proceso para proteger la información confidencial.

- ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2012.
- AHRENS, H. J., *Der Beweis Im Zivilprozess*, Otto Schmidt KG, Verlag, 2014.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. C. BERNAL PULIDO), 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 1993, pp. 57-122.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil» en CORTÉS DOMÍNGUEZ et al., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ANDINO LÓPEZ, J. A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, Bosch, 2021.
- ANDREWS, N., *On Civil Processes I, Court Proceedings*, Intersentia, Cambridge, 2013.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», *Diario La Ley*, 2007, núm. 6819.
- BACHMAIER WINTER, L., «Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2004.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003.
- BASTIDA FREJEIDO, F. J. et al., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BAUM, I., *Professional Testimonial Privileges. A Law and Economics Perspective*, Gabler Edition Wissenschaft, Wiesbaden, 2008.
- BAUMGÄRTEL, et al., *Handbuch der Beweislast*, Band 1, Carl Heymanns Verlag, 5ª ed., Köln, 2023.
- BEKRITSKY, G., «Der Nemo-Tenetur-Grundsatz im Kapitalmarktrecht», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, Heft 340, 2021.
- BENKARD, *Patentgesetz*, C. H. Beck, 12ª ed., München, 2023 (Cita corta: BENKARDPatG/).
- BULÖW, O., «Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung», *AcP*, núm. 64, 1881.
- CANTOS PARDO, M., *El proceso civil para la cesación de la infracción de patentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CHAINAIS, C., «Open Justice and the Principle of Public Access to Hearings in the Age of Information Technology: Theoretical Perspectives and Comparative Law» en HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A. (eds.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

- CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994.
- CHASE, O., et al., *Civil litigation in comparative context*, West, St. Paul (MN), 2007.
- CHOZAS ALONSO, J. M., *El interrogatorio de los testigos en el proceso civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- CLEARY, E. (ed.), *McCormick on Evidence*, West, 3ª ed., St. Paul (Minn), 1984.
- COLLINS, L., «Reflections on the law governing confidentiality in arbitration», *UCL Research Paper Series*, núm. 13/2023.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- DAMIÁN MORENO, J., «Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil» en CORTÉS DOMÍNGUEZ et al., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario del art. 218» en DE LA OLIVA SANTOS, A. et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario del art. 329» en DE LA OLIVA SANTOS, A. et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 4ª ed., Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario del art. 732» en DE LA OLIVA SANTOS, A. et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario del art. 24» en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo III. Artículos 24 a 38*, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- DO PASSO CABRAL, A., *Convenções processuais*, 2ª ed., JusPodivm, Salvador da Bahia, 2018.
- FABBI, A., «New "Sources" of Civil Procedure Law: First Notes of a Study» en CADIET, L., HESS, B., REQUEJO ISIDRO, M. (eds.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- FENECH, M., CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., et al., *Derecho procesal práctico. Tomo III*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario del art. 217» en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Iurium, Barcelona, 2000.
- FRIEDENTHAL, J., et al., *Civil Procedure*, West, 4ª ed., St. Paul (Minn), 2005.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, pp. 125-152.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules of Civil Procedure ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las medidas para la protección de los secretos empresariales en el proceso civil: El problema de su efectividad», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 10, 2024, pp. 9-58.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, 7ª ed., Madrid, 2025.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, 7ª ed., Madrid, 2025.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados Extranjeros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario del art. 138» en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Iurgium, Barcelona, 2000.
- HANS-RAINER, G., *Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Zivilprozeß*, Zeitungs-Verlag und Zeitschriften-Verlag, Bonn, 1973.
- HAU, W., «Die Klagelast als Rechtsfigur und Regelungsproblem», *ZZP*, Band 129, Heft 2, 2016, pp. 133-152.
- HAZARD, G., TARUFFO, M., *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. F. GASCÓN), Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- HELLWIG, H. J., *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968.
- 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*, núm. 6, pp. 47-70.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Capítulo 2. Los principios vertebradores del nuevo régimen legal» en HERRERO PEREZAGUA, J. F. (dir.), *Soluciones negociadas y eficiencia procesal*, Aranzadi, Madrid, 2025.
- HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A., «Open Justice in Modern Societies: What Role for Courts?» en HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A. (eds.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- HIMMELSBACH, G., *Der Schutz des Medieninformanten im Zivilprozeß*, VVF, München, 1998.
- HITCHINGS, P., *La influencia del Derecho europeo en los procesos de daños por infracción del Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (trad. G. R. CARRÍO), 3ª ed., Fontamara, México, 1995.
- HORNKOHL, L., «La protección de la información confidencial: Una visión desde la aplicación privada del Derecho de la competencia» (trad. G. SCHUMANN) en GASCÓN INCHAUSTI, F., PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares Europeos y Proceso Civil*, Barcelona, Atelier.
- HORNKOHL, L., *Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozes*, Morh Siebeck, Tübingen, 2021.
- JANSE, R., *Legal Privilege and Transnational Evidence-Taking A Comparative Study on Cross-Border Disclosure, Evidence-Shopping and Legal Privilege*, Intersentia, Cambridge, 2022.
- JANSEN J., *Geheimhaltungsvorschriften im Prozessrecht* (tesis doctoral), Bochum, 1989.
- JENNINGS, C., «Attorney - Client Privilege - Crime-Fraud Exception - Use of in Camera Review», *Tennessee Law Review*, vol. 82, 2015, pp. 663-665.
- KEHRBERGER, R. F., *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

- LLOPIS NADAL, P., «Harmonisation of confidential information protection in legal proceedings» en GASCÓN INCHAUSTI, HESS, B. (eds.), *The future of the European law of civil procedure : coordination or harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020.
- LÓPEZ MORA, E., «El acceso al expediente de licitación: el justo equilibrio entre el derecho a la tutela efectiva, los principios de transparencia y de buena administración versus la protección de la información no accesible», *Contratación Administrativa Práctica*, 2023, núm. 186.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado “derecho de información” y la exhibición de documentos comerciales», *Diario La Ley*, 2006, núm. 6429.
- MAGNUS, R., *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- MASSAGUER FUENTES, *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, Aranzadi, Madrid, 2020.
- MASSAGUER, J., SCHUMANN G., «Capítulo XXIX. Proceso de infracción» en MASSAGUER, J., PALAU, F. (dirs.), *Tratado sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, Civitas, Madrid (en prensa).
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Capítulo 7. Causas de justificación» en VV. AA., *Memento penal*, Lefebvre, Madrid, 2024.
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional I*, Bosch, Gerona, 1987.
- MORALES PRATS, F., «Comentario del art. 199 CP» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), et al., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor, 2016.
- MOSTELLER, R. P., *McCormick on Evidence*, West, 8ª ed., St. Paul (Minn), 2020.
- MÜLLER, C., H., *Beweisverbot un Sachvortragsverbot*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva, delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MUSIELAK, VOIT, *Zivilprozessordnung*, 19ª ed., Franz Vahlen, München, 2022 Cita corta: MUSIELAK-VOIT/).
- MUTHORST, O., *Das Beweisverbot*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- NIESE, W., *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Universitätsverlag von Rober Noske, Borna-Leipzig, 1930.
- NISSEN, M., *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- OBERHAMMER, P., «Evidence: learning from arbitration» en VAN RHEE, C. H., UZELAC, A. (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, Intersentia, Cambridge, 2015.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil» en ASENSIO MELLADO, J. M. (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum a Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Comentario del art. 732» en CORDÓN MORENO, F. et al. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol. II*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2011.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales», *Indret*, 2021, núm. 3.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La investigación en el proceso civil. Hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 1, 2020, pp. 258-333.

- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, Civitas, Madrid, 2015.
- OROMI I VALL-LLOVERA, S., «Comentario del art. 138» en CORDÓN MORENO, F. et al. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol. II*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2011.
- PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculpase en el ámbito tributario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- PALAU RAMÍREZ, F., «Exclusividad de los datos de prueba utilizados en los procedimientos de autorización de medicamentos y productos fitosanitarios», *La Ley Mercantil*, núm. 118, 2024.
- PASSMORE, C., *Privilege*, Sweet and Maxwell, London, 2013.
- PASTOR MARTÍNEZ, E., *La responsabilidad por daño por infracción del derecho de la competencia* [tesis doctoral], Universidad de Valencia, 2023.
- PEITEADO MARISCAL, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías y la protección de información confidencial en el proceso civil. Modelos europeos y convergencias» en GASCÓN INCHAUSTI, F., PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares Europeos y Proceso Civil*, Barcelona, Atelier.
- PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996.
- RAUSCHER, T., KRÜGER, W. (eds.), *Münchener Kommentar zur ZPO*. 6ª ed., C.H. Beck, München, 2020 (Cita corta: MüKoZPO).
- RIFÁ SOLER, F. M., «Comentario del art. 371» en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. et al. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, Iurium, Barcelona, 2000.
- ROSENBERG, et al., *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, 17ª ed., München, 2010.
- ROSENBERG, L., *La carga de la prueba* (trad. E Krotoschin), Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2019.
- SAENGER, I. (ed.), *Zivilprozessordnung*, 9ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2021 (Cita corta: SAENGER/).
- SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen in Zivilprozess*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1935.
- SCHUMACHER, H., «Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht», *ZZP*, 2010, vol. 123.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «Cuando el deber se torna en perjuicio: ¿puede utilizarse como prueba contra un testigo su declaración en otro proceso?» en ASECIO MELLADO, J. M.ª, et al. (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?» en GASCÓN INCHAUSTI, F., PEITEADO MARISCAL, P. (eds.), *Estándares europeos y proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «La litigación civil por daños al medio ambiente. ¿Son los derechos de la naturaleza una alternativa razonable?», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 8, 2023, pp. 185-216.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., «Los escritos preventivos en la Ley de Patentes», *LA LEY Mercantil*, núm. 62, 2019.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G. «Capítulo XXXIII. Procesos penales relativos a delitos sobre la propiedad industrial» en MASSAGUER, J., PALAU, F. (dirs.), *Tratado sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, Civitas, Madrid (en prensa).
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Comentario del art. 1250» en PAZ-ARES, C. et al., *Comentarios del Código Civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- SILVESTRI, E., STÜRNER, M., y KERN, C. A. sobre las *European Rules* en GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020.
- STADLER A., GASCÓN INCHAUSTI, F., et al., *European Rules of Civil Procedure. A commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Edward Eldgar, Cheltenham (UK)-Northampton (USA), 2023.
- STADLER, A., «Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht», *ZZP*, 2010, vol. 123(3).
- STADLER, A., *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1989.
- STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Mohr Siebeck, 22ª ed., Tübingen, 2008 (Cita corta: STEIN-JONAS/).
- STÜRNER, R., «La obtención de información probatoria en el proceso civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX, 2008, pp. 243-262.
- SUTTON, D., et al., *Russell on arbitration*, Sweet & Maxwell, 24ª ed., London, 2015.
- SZPUNAR, M., «Right to a Public Hearing According to Art 6 ECHR and Art 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Constitutional Perspectives» en HESS, B., KOPRIVICA HARVEY, A. (eds.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- THANKI, B., *The law of privilege*, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, 2011.
- TILMANN, W., PLASSMANN, C., *Einheitspatent, Einheitliches Patentgericht*, C. H. Beck, 2024, München (Cita corta: TILMANN-PLASSMANN/).
- TRACY BATEMAN, J. D., et al., Chapter 33 en *Federal Procedure Lawyers Edition*, Volumen 33-A.
- TUCHO MORILLO, M., «El difícil equilibrio entre la confidencialidad de los MASC y el derecho a la prueba: una necesaria delimitación a propósito del proyecto de ley de eficiencia procesal» en SÁNCHEZ RUBIO, A. (dir.), *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- UNGER, J., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1859.
- VÁZQUEZ GARRANZO, F. y TEROL GÓMEZ, R., en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) et al., *Comentario a la Ley de seguridad privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- VEENBRICK, M., «The Freedom from Self-Incrimination— A Strasbourg-Proof Approach? Cases C-466/19 P Qualcomm and C-481/19 P DB v Consob», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 10, pp. 750-752.
- VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012: mediación y proceso civil» en LÓPEZ SIMÓ, F., et al. (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M., «Confidencialidad en las comunicaciones con los abogados en España» en BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *Investigación penal, secreto Profesional del abogado, empresa y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- VORWERK, V., WOLF, C. (eds.), *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 45ª ed., München, 2022 (Cita corta: BeckOKZPO/).
- VV. AA., *Halsbury's Laws of England 12 Civil Procedure*, LexisNexis, 5ª ed., London, 2020.
- WAGNER, G., «Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte», *JuristenZeitung*, 14, 2007, pp. 706-719.
- WEICHBRODT, J., *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- ZEKOLL, J., et al., *Transnational Civil Litigation*, West, 2ª ed., St. Paul, (Minn), 2023.



PROCESSUS



IUDICIUM

Los privilegios procesales en materia probatoria —*legal privileges* en terminología anglosajona— son una institución plenamente asentada en los ordenamientos del *common law*. Desde luego, aunque con mucho menos desarrollo conceptual, estos privilegios no son una realidad desconocida en los ordenamientos europeos.

El libro tiene como objetivo desarrollar una teoría general de las inmunidades procesales en materia probatoria y estudiar cómo operan en el ordenamiento procesal civil español.

La *primera parte* del trabajo examina el acceso a información y a fuentes de prueba como una de las necesidades que tienen los justiciables para pretender la tutela de sus derechos e intereses materiales. En especial, se explorarán algunos mecanismos que de forma directa o indirecta permiten al juez o a las partes acceder a información o a fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros.

En la *segunda parte* se aborda una teoría general de las inmunidades procesales como institución jurídica, en general, y de las inmunidades procesales de exclusión y de protección, en particular. Además, se estudiará la relación entre las inmunidades procesales y la autonomía de la voluntad. Será posteriormente cuando se analice cómo operan en la práctica las concretas inmunidades procesales reconocidas en el ordenamiento español. Por último, se examinarán las inmunidades procesales en el marco de la litigación transfronteriza y el arbitraje.

ISBN 979-13-87867-63-8



9 791387 867638