

JORDI NIEVA FENOLL

**LA VALORACIÓN
DE LA PRUEBA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO DE MICHELE TARUFFO	15
INTRODUCCIÓN	19
I. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	27
1. DESCRIPCIÓN PRELIMINAR DEL CONCEPTO E IDENTIFICACIÓN PRECISA DE LA FASE PROBATORIA A ESTUDIAR	27
2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	32
3. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	34
II. PEQUEÑA HISTORIA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	37
1. EL ORIGEN: LA VALORACIÓN <i>PRIMA FACIE</i> Y LIBRE DE LA PRUEBA	37
2. LAS ORDALÍAS O JUICIOS DE DIOS	41
3. EL INTENTO DE CONTROL: LA VALORACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA	46
A) Las primeras normas de prueba legal	47
B) La llamada «carga de la prueba»	49
C) La trayectoria posterior de las normas de prueba legal y su subsistencia en las legislaciones contemporáneas.....	52
4. LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	65
A) El objetivo general: el máximo acercamiento posible a la verdad.	66
B) Las múltiples manifestaciones del objetivo general	70
a) La «intime conviction»	70
b) La «freie Beweiswürdigung». La «verdad formal» y la «verdad material»	78
c) El concepto «beyond any reasonable doubt» y otros estándares de prueba en el Derecho anglosajón	85

	Pág.
d) La apreciación según la conciencia judicial o conforme a las reglas de la sana crítica.....	88
e) Los estándares de prueba, los grados o medidas de prueba y los grados de verosimilitud. Breve referencia a la mínima actividad probatoria.....	90
III. LOS CINCO ENFOQUES EN EL ESTUDIO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SUS RESULTADOS.....	95
1. EL ENFOQUE Estrictamente JURÍDICO.....	96
2. EL ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO O GNOSEOLÓGICO.....	99
A) El sistema silogístico y sus reelaboraciones.....	99
B) Utilidad del enfoque epistemológico. La optimización de la motivación.....	107
C) El tránsito hacia los enfoques psicológicos.....	111
3. EL ENFOQUE PSICOLÓGICO.....	113
A) El sistema de los modelos mentales.....	114
B) El sistema de los heurísticos y de los sesgos.....	120
C) Utilidad de los enfoques psicológicos.....	128
4. EL ENFOQUE PROBABILÍSTICO MATEMÁTICO.....	129
A) El teorema de Bayes.....	130
B) Otros cálculos matemáticos de probabilidad. Utilidad del enfoque probabilístico matemático.....	137
5. EL ENFOQUE SOCIOLÓGICO.....	140
A) La influencia de la ideología del juez en la prueba.....	141
B) La importancia de la motivación. Utilidad del enfoque sociológico.....	143
6. CONCLUSIÓN: LA BÚSQUEDA (O NO) DE LA VERDAD.....	145
IV. BASES PARA UNA ADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA.....	151
1. LA FORMACIÓN DE LOS JUECES EN MATERIA PROBATORIA.....	152
A) La insuficiencia del estudio meramente procedimental, o presuntivo, de la prueba.....	154
B) La enseñanza en materia de valoración de la prueba.....	158
2. LA CONSERVACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD.....	165
A) El trasfondo psicológico de las causas de parcialidad.....	165
B) Posibilidad de la introducción de nuevas causas de parcialidad.....	168
C) Valoración probatoria e imparcialidad.....	174
3. LA CORRECTA RECOPIACIÓN DE TODA LA PRUEBA.....	178
A) El papel del juez en la recogida de la prueba.....	179
B) Participación judicial en la proposición y admisión de medios de prueba.....	182
C) La prueba ilícita.....	189

	Pág.
4. LA ACTIVA PARTICIPACIÓN DEL JUEZ EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA.....	192
A) La intervención judicial durante la práctica de la prueba.....	193
B) La intervención judicial en la fase de conclusiones.....	195
5. LA IMPRESCINDIBLE MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN PROBATORIA.....	196
A) Preparación de la motivación: reducción a unidad de la dispersión de ideas tras la práctica de la prueba.....	198
B) Evitación de esquemas inductivos en la fase anterior.....	199
C) El uso de esquemas inductivos en la elaboración de la motivación: la evitación del non liquet.....	204
D) La exclusión de la intuición.....	206
E) La regla «lo que no se puede motivar no existe».....	207
V. LA VALORACIÓN DE LOS DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA.....	209
1. CRÍTICA DE LA NOCIÓN DE «MÁXIMAS DE EXPERIENCIA».....	210
2. ASPECTOS COMUNES A LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE PARTES Y LA PRUEBA TESTIFICAL: LA CREDIBILIDAD DE LAS PERSONAS Y SU EVALUACIÓN TÉCNICA.....	212
A) La llamada psicología «del testimonio».....	213
B) La memoria de las personas.....	215
C) La valoración de la credibilidad.....	219
a) Circunstancias de estricta índole técnico-psicológica. La valoración de las emociones del declarante.....	220
b) Circunstancias controlables por un juez.....	222
1) La coherencia de los relatos.....	223
2) La contextualización del relato.....	225
3) Las llamadas «corroboraciones periféricas».....	226
4) La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.....	228
D) La técnica del interrogatorio en las declaraciones de personas.....	230
a) La técnica interrogativa.....	231
b) La técnica narrativa.....	234
3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE PARTES.....	236
A) El interés del litigante y la fiabilidad de su declaración.....	237
B) Puntos principales a tener en cuenta en la valoración.....	238
a) Supuestos generales.....	239
b) Casos específicos.....	243
1) La declaración del coimputado.....	243
2) La declaración del «testigo-víctima».....	247
3) El silencio del litigante.....	251
4) La declaración del representante.....	255

ÍNDICE

	Pág.
4.1) El representante con intervención en los hechos declarados	256
4.2) El representante sin intervención en los hechos declarados.....	259
C) ¿Posible valoración legal de la prueba de declaración de partes?	261
4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL	264
A) El testigo con interés directo o indirecto en el asunto. Las tachas y las dispensas	265
B) El testigo desinteresado.....	270
a) Testigos directos.....	271
1) Testigos que consten objetivamente en la causa.	272
2) Testigos traídos por los letrados de las partes	276
b) Testigos de referencia	278
1) En el proceso penal.....	279
2) En el proceso civil.....	283
C) Puntos principales a tener en cuenta en la valoración de la prueba testifical.....	284
5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.....	285
A) Perito de parte o perito de designación judicial	286
B) La profesionalidad del perito	288
C) Cumplimiento de los requisitos internos del dictamen.....	290
a) La coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial.....	291
b) El seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos	294
D) El contraste del parecer expresado en el dictamen	299
a) La contradicción entre dictámenes periciales	299
b) La contradicción del dictamen pericial con el resultado de otras pruebas.....	303
E) El seguimiento del dictamen pericial por el juez.....	305
F) La valoración de la declaración del perito	307
6. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.....	309
A) Razonabilidad de la valoración legal de algunos documentos...	310
a) Valoración legal de los documentos públicos	311
b) Valoración legal de los documentos privados	314
B) Valoración de los documentos multimedia.....	316
a) Valoración de los documentos multimedia firmados electrónicamente	317
b) Valoración de los documentos multimedia sin firma electrónica	319

ÍNDICE

	Pág.
C) La interpretación del sentido de los textos escritos.....	320
a) La importancia de la semiótica textual	321
b) La contextualización del escrito y su modalidad.....	323
1) Documentos del ámbito negocial.....	324
2) Documentos destinados a la vida íntima.....	326
3) Documentos destinados a la vida pública	329
4) Documentos del ámbito laboral o administrativo	331
7. LA VALORACIÓN DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL	333
A) ¿Escapa el reconocimiento judicial a los sistemas de valoración?	334
B) Las «máximas de experiencia» en el reconocimiento judicial: el conocimiento técnico privado del juez.....	336
C) La objetividad de la descripción judicial.....	338
a) Errores de percepción común.....	338
b) Errores de valoración técnica de lo observado	340
D) Contradictoriedad con el acta o la filmación del reconocimiento	342
E) Prevención de los errores del juzgador	345
8. LA IMPUGNACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	346
A) La impugnación de la valoración de la prueba en apelación.	349
a) La impugnación de la lógica del razonamiento judicial	350
b) La impugnación de la motivación	354
B) La impugnación de la valoración de la prueba en casación	355
BIBLIOGRAFÍA	357

una trascendencia también jurídica que no es posible en absoluto ignorar y sobre la que creo innecesario extenderme, dada su obviedad. Para la lectura de esta obra, y creo que de cualquiera sobre la prueba, debería tenerse muy en cuenta este múltiple enfoque sin el que creo que la observación no es más que incompleta, y corre el riesgo de ser desacertada.

I. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A pesar del acuerdo bastante general en cuanto a la noción de «valoración de la prueba», es necesario precisar el contenido y terminología de dicha noción, a fin de que no se confunda con otras fases del juicio jurisdiccional, como por ejemplo la motivación, que sin duda tiene una extraordinaria relevancia en cuanto a la explicación de la actividad probatoria realizada, pero que desde luego no es la valoración de la prueba en sí misma considerada, como ya quedó dicho anteriormente.

Concluido este breve capítulo y con el concepto ya plenamente identificado, estaremos en condiciones de seguir su recorrido histórico en las páginas que seguirán a las presentes.

1. DESCRIPCIÓN PRELIMINAR DEL CONCEPTO E IDENTIFICACIÓN PRECISA DE LA FASE PROBATORIA A ESTUDIAR

Se han realizado diversos intentos de clasificar la actividad probatoria. Uno de los más originales fue emprendido por SERRA DOMÍNGUEZ¹, quien distinguió entre el periodo de conversión y el periodo de comparación². El primero de los dos se dividiría en la fase de traslación y la fase de fijación. En la primera de dichas fases, a través de los medios de prueba, se trasladarían los hechos de la realidad al proceso, para que el juez pueda considerarlos. En la segunda, el juez valoraría el resultado de los medios de prueba a través de las máximas de experiencia, puesto que como afirma el Prof. SERRA, no

¹ SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., pp. 355 y ss.

² En el que el juez compara sus propias conclusiones con las afirmaciones de las partes. Y si el juez careciere de conclusión, entonces se aplicarían las reglas de carga de la prueba, siempre según SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 365. También en un sentido muy similar L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB y P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 2004, p. 765.

se trata de «valorar jurídicamente, sino más bien psicológica y humanamente»³. Y, por ello, el juez al valorar utilizará instrumentos humanos, las llamadas «máximas de experiencia», las *Erfahrungssätze* de STEIN, denominación que hizo fortuna a pesar de que ni su autor estuviera muy convencido de la misma⁴, y que quizás estaba inspirada en la obra de KANT⁵. Sea como fuere, si las máximas están escogidas por el legislador, prosigue el Prof. SERRA, estaremos ante la valoración legal. De lo contrario, la valoración será libre⁶.

Por tanto, en conclusión, siguiendo al Prof. SERRA, la valoración de la prueba sería el examen crítico de los medios de prueba, siempre con máximas de experiencia, impuestas por la ley o deducidas por el juez. Ése es justamente el momento del *iter* probatorio objeto de nuestro estudio.

La citada identificación no difiere, en general, de la que realizan otros autores. MONTERO AROCA⁷, siguiendo a CALAMANDREI⁸ —al igual que GÓMEZ ORBANEJA⁹—, centra el momento de la valoración en la decisión sobre la credibilidad que llevará a cabo el juez. Es exactamente el mismo resultado al que llegan ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD¹⁰, aunque insistiendo nuevamente en el necesario uso de máximas de experiencia por parte del juez y en la exclusión de la arbitrariedad en este juicio.

Por tanto, podemos dar el concepto en cuestión por identificado. Ante un resultado de prueba, sea la declaración de un sujeto, sea la lectura de un documento, o sea el estado de cosas que observe el juez en un reconocimiento judicial, dicho juzgador no podrá quedar indiferente al verse en la necesidad de juzgar. Por ello, utilizando su raciocinio deberá sacar unas conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto. Esa extracción de conclusiones sería la valoración de la prueba.

Pero como es sobradamente sabido, esas conclusiones no se sacan en un momento absolutamente preciso durante el proceso¹¹, sino que el juez irá deduciendo esas conclusiones sobre la marcha¹². Sería sencillo decir que el

³ SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 362.

⁴ F. STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 15: «Bleiben wir also einstweilen bei diesem Namen. Er ist nicht einwandfrei —ich weiss es und bin bereit, ihn für einen besseren aufzugeben».

⁵ I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, reimpr. de la 2.ª ed. de 1787, Berlin, 1950, p. 31: «Daß alle unsere Erkenntniß mit der Erfahrung anfangt, daran ist gar kein Zweifel».

⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 362.

⁷ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005, p. 544.

⁸ P. CALAMANDREI, «La genesi logica della sentenza civile», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, p. 21.

⁹ Que lo reconoce expresamente. Vid. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Madrid, 1976, p. 300.

¹⁰ ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 766.

¹¹ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, «La mínima actividad probatoria», cit., p. 106.

¹² De ello se hace eco M. SERRA DOMÍNGUEZ, *De la prueba de las obligaciones*, en AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1991, p. 15, cuando en la descripción de la fase de fijación introduce una explicación sobre las presunciones que desvela a las claras cuanto estoy manteniendo: «Las afirmaciones instrumentales, depuradas por el juez, pueden tener un valor probatorio por sí mismas o bien pueden constituir la base de nuevas afirmaciones relevantes. Es decir, las afirmaciones ya valoradas pueden constituir a su vez una fuente de afirmaciones nuevas íntimamente ligadas a las primeras. El ligamen está integrado de nuevo por máximas de experiencia. Pero a diferencia de las máximas de experiencia empleadas en la valoración

juez realizará esa actividad desde el instante en que tiene a su disposición el resultado del medio de prueba, y hasta el momento en que firme la sentencia. Es decir, si ponemos el ejemplo simple de la declaración de un testigo, el juez empezaría a valorar desde que el testigo responda —o no— a la primera pregunta.

Sin embargo, ello sería completamente inexacto. Desde el punto de vista simplemente teórico cabe distinguir, como acabamos de ver que lo hacía CALAMANDREI, dos momentos, el de interpretación de los resultados de la prueba para averiguar precisamente qué resultados son esos, y el de su valoración, para determinar su credibilidad. De hecho, la distinción entre traslación y fijación que antes veíamos, parte en el fondo del mismo criterio de separación y por tanto es análoga, dado que en la traslación se determinarían los resultados de la prueba y en la fijación se valorarían. Pero es que, en realidad, aunque la fase de «interpretación», o incluso la más amplia de «traslación», concebidas teóricamente, sí que podrían tener un momento concreto en el proceso, o al menos un periodo con *tempus a quo* y *tempus ad quem*, en cambio con la valoración no suceden las cosas de ese modo ni siquiera desde la perspectiva dogmática. Bien al contrario, la valoración de la prueba puede comenzar incluso antes de la práctica del medio de prueba¹³. Y lo voy a demostrar a continuación.

El juez, al admitir la prueba, ha realizado un examen de su pertinencia que analizaré más adelante. Pongamos por caso la declaración de un testigo. Si nos hallamos en un proceso civil en el que las llamadas «tachas» deben formularse antes de la declaración según la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 378), es imposible que el juez, una vez formulada la tacha, no se haya hecho una mínima idea de la objetividad del testigo, si son las propias partes las que le están advirtiendo de una posible falta de dicha objetividad. Pero es que aunque no se formulen esas tachas, el juez, al valorar dicha pertinencia realizará un juicio de «valor» sobre la utilidad de ese testigo. Y hay que reconocer que el juez no es ningún autómatas que pueda borrar todas sus impresiones previas antes de observar una nueva realidad. Lo cual quiere decir que cuando el testigo declare, el juez ya podrá tener una primera impresión sobre el mismo. Y esa primera impresión, no es sólo que influya decisivamente en su valoración sobre la prueba, sino que, siendo así, forma parte de dicha actividad de valoración.

Y nos hemos retrotraído muy atrás en el proceso. Centrémonos ahora en el momento de la declaración. Cuando se llame al testigo, simplemente observando el aspecto externo del mismo, su forma de andar, su forma de sentarse, etc., el juez ya estará empezando a valorar, y eso antes de que el testigo haya pronunciado siquiera una sola palabra. Ciertamente es que la declaración del testigo puede hacerle cambiar su valoración inicial, pero podrá

ción de las pruebas, de carácter genérico y uniforme, las máximas de experiencia utilizadas para la formación de nuevas afirmaciones tienen carácter específico y variado y su contenido depende de la naturaleza de la afirmación base».

¹³ Vid. C. ONECHA SANTAMARÍA, «Valoración de la prueba en el proceso civil», *Pretor*, núm. 63, 1971, pp. 351 y ss.

perfectamente no ser así. Y decir que esa valoración previa no influye en el juez a los efectos de valoración de la prueba no sería más que asumir una tremenda ingenuidad.

Por ello, ciertamente es posible decir, en una primera aproximación que luego completaré, que la valoración de la prueba es el uso por parte del juez de su raciocinio enfocado hacia la actividad probatoria. También se incluye en dicha actividad la aplicación judicial de las reglas legales de valoración de la prueba, lo que, por cierto, descarta una vez más, desde otro punto de vista, que en el juicio jurisdiccional pueda realizarse una auténtica distinción entre hecho y Derecho¹⁴. Pero no se puede distinguir un momento preciso, a lo largo de todo el proceso hasta sentencia, en el que se hace esa valoración más que desde el punto de vista teórico.

Sin embargo, ello nos lleva a dos importantes conclusiones. Si es cierto que la valoración de la prueba es el uso del raciocinio judicial (aunque sea legalmente impuesto en ocasiones), debe descartarse que existan momentos separados o fases en materia probatoria, porque en todas ellas se emplea ese mismo raciocinio. Cuando se trae un documento público a un proceso civil, el juez ya sabe que tiene que creer, entre otros puntos, su fecha y la identidad de los otorgantes (art. 319 LEC), o bien, si duda de su autenticidad, deberá deducir testimonio de particulares para que se abran diligencias penales en la instrucción correspondiente. Y, por tanto, en ese caso concreto la «interpretación» y la «valoración» son simultáneas. Pero es que lo mismo ocurre cuando el juez escucha la declaración de uno de los litigantes. Valora mientras escucha y comprende también mientras escucha, lo cual quiere decir que la actividad de comprensión es simultánea a la de valoración, y de hecho no se puede decir que se haya hecho la primera sin hacer la segunda, suponiendo que sea posible. El juez no es un intérprete lingüístico que simplemente traduce acríticamente de un idioma a otro. Ni siquiera un buen traductor puede hacer su trabajo sin utilizar esa capacidad crítica. Por ello, si bien es cierto que en el mundo de las ideas podemos distinguir entre «interpretar» y «valorar», en la realidad de la mente humana no existe esa distinción, ya que sin sensación no hay percepción, como recuerda la doctrina psicológica¹⁵, dado que la percepción dota de significado a las sensaciones¹⁶. Lo cual hace que la distinción jurídica entre interpretación y valoración sea en realidad estéril. Incluso aunque el juez escuchara mal lo que dice un testigo, no cabría distinguir entre interpretación y valoración, puesto que el juez valorará lo que cree haber oído. Y su valoración será tan errónea como si hubiera estimado indebidamente que el testigo es o no creíble. Son simplemente errores que, entre otros, puede cometer el juez en su actividad probatoria. Pero que no es útil distinguir con precisión porque constantemente se entremezclan.

Por otra parte, la valoración podría ser errónea, ciertamente, porque el juez escuchó mal, o bien porque valoró mal la credibilidad del testigo al no

¹⁴ Vid. NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp. 95 y ss, así como la multitud de autores allí citados.

¹⁵ A. L. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, Madrid, 2008, p. 31.

¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

inspirarle confianza, por ejemplo, su forma de hablar. O su manera de construir el relato. O la forma en que le miraba. Todo ello influye por igual en una valoración probatoria y la hace igualmente errónea. Los errores derivados de una mala comprensión son más fáciles de demostrar, pero es que los errores de valoración inspirados en prejuicios no se distinguen de los anteriores. Igualmente se traducen en una valoración defectuosa. La distinción entre unos y otros errores vuelve a ser, como digo, poco útil para definir el concepto de valoración.

Pero anuncié una segunda conclusión. He mantenido, inspirado por los autores citados, que la valoración de la prueba está compuesta por el uso de máximas de experiencia, legales o judiciales. Y ello no es que sea falso, ni muchísimo menos, pero sin embargo es una simplificación que no nos permite profundizar en la esencia de la valoración. Decir que el juez utiliza máximas de experiencia para valorar la prueba es decir lo obvio: que el juez piensa durante la prueba. Es expresar algo absolutamente evidente de una manera algo más científica, al menos terminológicamente hablando, pero no nos ayuda prácticamente en absoluto ni para estudiar la actividad de valoración, ni siquiera para que el juez valore de forma correcta, porque no se le da ninguna guía o pauta a seguir con ello, sino que se deja que utilice libremente su sentido común y lo ponga de acuerdo con su sentido de la Justicia, y poco más. Ello se descubre con mucha claridad analizando las obras epistemológicas que antes cité, así como los manuales de filosofía sobre el funcionamiento de los silogismos¹⁷, o de psicología sobre el pensamiento y la toma de decisiones o la resolución de problemas¹⁸. En ellos sí que se intenta descubrir la esencia de ese pensamiento, intentando llegar hasta lo más profundo de ese complejo mental llamado genéricamente «máximas de experiencia» por los procesalistas.

En consecuencia, nos encontramos de frente a las principales causas de la inaplicabilidad práctica de mucho de lo que la Doctrina, con gran esfuerzo, ha ido elaborando a lo largo del tiempo. Se estructura teóricamente la actividad probatoria de forma que no se refleja la realidad de dicha actividad, lo cual ya tiene que dificultar necesariamente su comprensión. Pero es que, por otra parte, cuando llegamos a la fase en la que el juez necesita más ayuda, se le deja solo diciéndole que utilice su propio raciocinio, las máximas de experiencia, que es justo lo que de todos modos habría de hacer aunque nadie se lo dijese¹⁹. Sin embargo, no se le ayuda a realizar este razonamiento. Se le dan algunas normas de valoración legal de la prueba, pero luego no se le dicen más que algunas frases embellecidas tratando de orientarle, como cuando se le pide que siga su «íntima convicción», o se le obliga a que demuestre un hecho «más allá de toda duda razonable», o incluso cuando se le dice también que realice una «mínima actividad probatoria» y otras frases

¹⁷ AISA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, cit., pp. 21 y ss.

¹⁸ Entre otros muchos, S. L. WEINBERG, S. KRULIK, J. A. RUDNICK, *Roads to reasoning: developing thinking skills through problem solving*, Chicago, 2002.

¹⁹ Vid. F. M. IACOVIELLO, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 267.

análogas que analizaremos más adelante. Ahí la doctrina se enfrasca en la correcta interpretación de cada frase —que siempre cae en un inabarcable casuismo— pero sin atacar el problema de fondo que ya fue anunciado anteriormente.

Sea como fuere, y dado que este epígrafe es una simple aproximación, baste por ahora con constatar preliminarmente las causas del fracaso doctrinal y jurisprudencial. Y añadir que provisionalmente calificaré la valoración de la prueba como una actividad mental del juez en la que evalúa críticamente los datos probatorios que percibe, y que no se realiza en una fase absolutamente precisa del proceso. Quedémonos, de momento, con esa «evaluación crítica», que es una expresión neutra que pretende recoger todas las tendencias definitorias del concepto. Pero adviértase expresamente de que se tratará más adelante sobre si en dicha evaluación se realiza algo más que un mero análisis de la credibilidad, o se utilizan otros elementos que no son sólo máximas de experiencia.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

No es que exista una especial discusión en este sentido, porque en general todos los autores hablan de «valoración» de la prueba, y de nada más. Pero cuando estudian en concreto ese momento crucial de la actividad probatoria lo cierto es que se producen algunas disonancias. CALAMANDREI²⁰ ya vimos que distinguía entre interpretación y valoración. Pero SERRA DOMÍNGUEZ²¹ habla asimismo de la fase de fijación, y dentro de la misma incluye la valoración de la prueba, aunque la fijación sería algo más, puesto que comprende tanto la fijación de las propias afirmaciones del juez sobre las afirmaciones de las partes, como todo el razonamiento presuntivo. Y al margen de todo ello, tanto de lo dicho por CALAMANDREI como por SERRA DOMÍNGUEZ, quedaría el debate sobre la carga de la prueba.

Algo muy parecido es lo que afirma MONTERO AROCA²². Este autor alude a una categoría general, la «apreciación». Y dentro de la misma distingue entre interpretación y valoración, al igual que CALAMANDREI, e intenta justificar en la práctica la distinción a través de una de las pruebas más conflictivas dogmáticamente hablando, el reconocimiento judicial²³. Y en este sentido distingue entre objetos que son el mismo *thema probandi* (tales como una cerradura en un proceso de patentes, tomando el mismo ejemplo de MONTERO), y objetos que documentan el *thema probandi*, para lo cual serviría cualquier documento, escrito o gráfico, que recoja unos datos que deben valorarse, como ocurre con una filmación de personas que hablan entre sí, por ejemplo.

²⁰ CALAMANDREI, «La genesis», cit., p. 21.

²¹ SERRA DOMÍNGUEZ, «De la prueba de las obligaciones», cit., pp. 14-16.

²² MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., p. 543. También otros autores. Vid. R. RIVERA MORALES, *Las pruebas en el Derecho venezolano*, Barquisimeto, 2009, p. 927.

²³ MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., p. 545.

No voy a volver atrás en la explicación, pero debo reafirmar que la distinción tampoco tiene sentido con estos ejemplos. En el segundo, nuevamente y como ya dije, se valora mientras se interpreta. Y en el primero, aunque pueda parecer lo contrario, también. El juez no sólo tiene que «interpretar» que el mecanismo de la cerradura es o no idéntico al patentado. Es imposible que no valore esa «interpretación», porque la interpretación dependerá casi siempre de un dictamen pericial y el mismo no es infalible, y por ello tendrá que valorar dicho dictamen. Pero es que aunque no hubiera dictamen pericial, también valoraría.

Un ejemplo más claro de ello quizás sería el que di líneas atrás con la observación del juez de un cadáver. Viendo un cadáver con evidentes signos de violencia incompatibles con la vida, el juez deberá declarar que la persona está muerta. Pero es que en esa declaración no solamente estaríamos ante una «interpretación», sino que incluso aquí existiría una «valoración» coetánea a la «interpretación», si se quieren distinguir ambas categorías. Para que un juez declare que un cadáver tiene lesiones evidentemente incompatibles con la vida, utiliza su experiencia. Es decir, hace uso de máximas de la experiencia, lo que le conduce irremediamente a valorar. Porque como ya indiqué, el juez cuando valora no solamente, o mejor dicho, no siempre hace un juicio de credibilidad, sino que puede ir más allá.

Con todo ello quiero insistir en que no tiene sentido distinguir entre interpretación y valoración. O entre apreciación y valoración²⁴. O incluso entre fijación y valoración²⁵. Porque siempre se valora mientras se interpreta, se aprecia o se fija. Es imposible hacerlo de otro modo. Porque en realidad lo que ocurre es que se percibe, y la percepción es indudablemente crítica²⁶. Incluso personas con la percepción gravemente alterada por la razón que sea, realizan un juicio crítico sobre lo que ven. Normalmente erróneo a consecuencia de su defecto de percepción. Pero siempre crítico, porque no pueden ver y escuchar sin valorar lo que ven o escuchan. Es materialmente imposible.

Es por ello que quizás sería muchísimo más sencillo prescindir de toda esta estructura terminológica, que otorga una imagen poco clara de lo que realmente existe, a pesar de que la noble intención fuera la contraria. Y de hecho hay que reconocer que el esfuerzo doctrinal inicial no ha sido para nada baldío, puesto que ha permitido profundizar en una categoría, la de la valoración de la prueba, que tantas veces se había dado por supuesta sin estudiarla, como veremos en el epígrafe histórico. Quizás por ello tendría sentido distinguir simplemente entre la fase de traslación, y la fase de valoración,

²⁴ Vid. J. BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009, p. 237.

²⁵ S. SENTÍS MELENDO, «Valoración de la prueba», en *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, p. 240: «Las pruebas practicadas hay que valorarlas o apreciarlas. Cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar el precio de algo, no son expresiones distintas etimológicamente».

²⁶ BENDER, NACK y TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, cit., p. 22: «Man kann nur etwas bewusst wahrnehmen, was man bewusst beobachtet».

dejando al margen, de momento, la problemática de la carga de la prueba²⁷. Y en dicha fase de valoración se analizaría el complejo racional que utiliza el juez para comprender y evaluar críticamente al mismo tiempo lo que ha comprendido, mientras lo va comprendiendo, claro está.

En cualquiera de los casos, la valoración de la prueba incluiría la observación y la extracción de conclusiones sobre lo observado, porque sin observación no se puede valorar, y de hecho sin valorar es imposible observar, porque todo aquello que sucede a nuestro lado y no se valora, pasa completamente desapercibido, sin poder ser realmente recordado, como si jamás hubiera existido. Ello se demuestra cuando nos presentan una de esas famosas imágenes de la tendencia *Gestalt* de Psicología, que a veces se han hecho incluso obras de arte²⁸, en los que lo que se percibe a primera vista no es la realidad que se esconde. Esa realidad está ante nuestros ojos, pero no podemos percibirla. Y por tanto tampoco la valoramos, porque sólo valoramos lo que percibimos y, como dije, sólo percibimos lo que valoramos. Por tanto, todo ese conjunto de operaciones de nuestra mente podemos denominarlo, como se ha hecho tradicionalmente, valoración. Y si nos referimos a la prueba, entonces la expresión que queda es la tradicional y la que da título a esta obra: valoración de la prueba.

3. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Llegados a este punto no queda más que realizar una definición del concepto de valoración de la prueba, a fin de identificarlo históricamente en las sucesivas épocas, así como para poder estudiar sus distintos aspectos y asistir a la actividad judicial en esta fase tan relevante de muchos procesos.

Con esa finalidad, cabe definir la valoración de la prueba como la *actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso*.

Y quede claro que en esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba²⁹.

Diferente de la valoración será la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción. Y en la misma es donde se ofrecen datos que, en ocasiones, irán más allá de esa valoración, porque el juez intentará con cierta frecuencia justificar su juicio con argumentos que, en realidad, van más allá de la valoración y que, de hecho, nada tienen

²⁷ Que añadiría complejidad a la explicación actual. Me remito a lo que comentaré sobre ese tema más adelante.

²⁸ Como sucede con el retrato de Lincoln, o el conjunto artístico de Mae West, ambas obras de Salvador Dalí.

²⁹ Vid. H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2002, p. 273.

que ver con la misma, porque simplemente son argumentos sin base real, que simplemente intentan convencer al lector. Los veremos más adelante, como auténticos defectos de la motivación, pero ese tipo de argumentos son los que han podido fundar que la doctrina se inclinara por distinguir entre interpretación y valoración.

En cualquier caso, el juez, si obra correctamente, dirá en la motivación solamente lo que sus sentidos le han hecho percibir, y en dicha actividad expresará todo su razonamiento que, como después argumentaré, acompañará al juez en esa labor. Una vez realizada esa motivación de su percepción, en la que el juez habrá tenido en cuenta el ordenamiento jurídico, especialmente —pero no solamente— en su vertiente de prueba legal cuando exista, expondrá separadamente —en la medida de lo posible— para una mejor comprensión de las partes, la aplicación del ordenamiento jurídico, a fin de facilitar la labor de los litigantes al recurrir la sentencia, pese a que, muy probablemente, buena parte de esa motivación jurídica se haya hecho ya durante la misma actividad de valoración, al tener el juez conocimientos jurídicos, dejando solamente al margen los detalles del ordenamiento que no sea capaz de recordar en el momento de la práctica de la prueba.

Con ello queda centrada la visión del concepto que se va a defender a lo largo de toda la obra, por lo que puede pasarse ya al resto de epígrafes de este estudio.

II. PEQUEÑA HISTORIA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Para comprender lo que sea la valoración de la prueba no es necesario realizar un estudio histórico completo de la misma. En ocasiones los análisis históricos sí son necesarios, a fin de descubrir fundamentalmente los errores que la doctrina comete en la aplicación de algunos conceptos, y que nadie sabe realmente de dónde provienen. Pero con la valoración de la prueba eso no ocurre. Es un tema en el que históricamente se reparó en realidad tan poco¹ desde el punto de vista teórico (no así desde el práctico), que hasta se podría prescindir de este capítulo.

Sin embargo, el estudio de dicha historia da varias claves del porqué de las defectuosas motivaciones actuales, y puede servir para descartar además algunas clasificaciones doctrinales que se han realizado en torno a los sistemas de valoración de la prueba, o en cuanto a su discurrir histórico. Por ello, empecemos la explicación desde un punto de vista fundamentalmente cronológico, en la medida que sea posible.

1. EL ORIGEN: LA VALORACIÓN *PRIMA FACIE* Y LIBRE DE LA PRUEBA

No han aparecido hasta el momento documentos históricos que atestigüen la existencia de una reflexión jurídica sobre la valoración de la prueba en tiempos muy remotos, de manera que lo cierto es que no sabemos qué sistemas se debieron de emplear entonces. Debió de haber procesos en aquella época, como necesaria derivación de que, al menos en alguna ocasión, los conflictos debían resolverse a través del respeto por la opinión de un tercero. Y es posible que a esta solución pacífica se llegara por diferentes vías. En

¹ Pese a las normas de prueba legal que luego veremos, y que, en realidad, pretendían omitir la valoración judicial de la prueba, dándole la espalda por completo.

unos casos quizás surgió todo de la frustración de una transacción y de la voluntad de un tercero, con *auctoritas* —divina o no— para los contendientes, de evitar el recurso a una solución violenta. Otras veces pudo suceder que ese tercero surgiera espontáneamente. Y cuando ese tercero no se ponía del lado de uno de los dos, debió intentar mediar. Y de una mediación infructuosa pudieron nacer los procesos jurisdiccionales cuando los contendientes, incapaces de resolver el conflicto por sí mismos con la ayuda del mediador, decidieron pedirle su opinión al mediador y simplemente respetarla². En otras ocasiones pudo ser el tercero quien impuso por la fuerza su opinión para lograr la paz entre los litigantes y, al tiempo, de todo un grupo social en el que vivían los contendientes.

En cualquiera de los casos citados, o de otras hipótesis similares, surgió esa figura del tercero que *a priori* no se pone del lado de ninguna de las dos partes y da una solución, al menos en apariencia, imparcial. Y así habrían nacido, naturalmente a trancas y barrancas, los procesos jurisdiccionales, a través de un comportamiento como el descrito que no se observa, ni en forma similar, en ningún otro ser vivo. Lo lógico es que esta forma de resolver conflictos naciera en uno o varios pueblos del mundo en diferentes tiempos y en épocas muy remotas, puesto que no de otra manera se explica que, por ejemplo, en las civilizaciones precolombinas también se conociera el *actus trium personarum*³, igual que en las euroasiáticas. Pero no surgió en todos los pueblos, ni mucho menos, puesto que de lo contrario el sistema estaría extendido por todo el mundo. Y lo cierto es que no es así, puesto que en no pocos pueblos indígenas actuales⁴, el sistema de solución de conflictos es el comunitario o asambleario⁵, no conociendo algunos de ellos nada parecido a nuestros procesos⁶.

² Este podría ser, justamente, el origen de la designación de algunos jueces entre los Aymara. Vid. A. PEÑA JUMPA, «El poder judicial comunal aymara», en A. PEÑA JUMPA, V. CABEDO MALLOL y F. LÓPEZ BARCENAS, *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América*, Lima, 2002, pp. 352-353: «Frente a tales conflictos, los órganos familiares o informales actúan con un cierto grado de especialización. Por ejemplo, los pleitos de pareja son propios de los padres y padrinos si esta es de casados, y únicamente de los padres si es de convivientes; los problemas de parcelas o linderos, precedidas generalmente de riña, recaen en los parientes mayores o en los ancianos, que conocen más que nadie sobre las extensiones de los terrenos [...]».

³ Hay multitud de testimonios de ello. Vid. por ejemplo F. FLORES GARCÍA, «Algunos aspectos de la organización judicial azteca», en: *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho mexicano* (1980), México, 1981, pp. 33 y ss.

⁴ Entre los Aymara, por ejemplo, el sistema de resolución de conflictos para los casos más graves es el comunitario. Vid. A. PEÑA JUMPA, «El poder judicial comunal aymara», cit., pp. 362 y ss.

⁵ Vid. para el proceso germánico antiguo, que seguía el sistema asambleario, F. LENT, «Dritto Processuale Civile Tedesco», trad. de la 9.ª ed. de München 1959 de *Zivilprozessrecht*, 1962, p. 360. En este sistema, a pesar de que muchas veces se ha querido ver a la asamblea como a un tercero imparcial, lo cierto es que no funciona de ese modo. La asamblea no escucha la controversia, sino que ya delibera conociendo el problema sobre la marcha y dialogando conjuntamente con los contendientes. Y eso no es un proceso, sino un sistema asambleario de resolución de conflictos que poco o nada se parece al *actus trium personarum*. Su funcionamiento es más similar al de una junta, o incluso al de un órgano legislativo que delibera sobre iniciativas parlamentarias, órganos en los que nadie ha visto nada parecido a un proceso jurisdiccional.

⁶ Ello sucede en diferentes culturas, pero tomemos ahora como ejemplo el de los melanesios de las Islas Trobriand, que estudió hace años B. MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1982, p. 75: «Las raras disputas que a veces tienen lugar toman la forma de un intercambio público de reconvenções (*yakala*), donde las dos partes contendientes, asistidas

Al margen de ello, lo que ahora interesa es determinar cómo debía valorar la prueba este tercero. Y en este sentido, lo lógico es pensar que a falta de cualquier norma jurídica escrita u oral, el juzgador no tuviera otro remedio que fallar utilizando simplemente su razón personal, es decir, su leal saber y entender, atribuyendo credibilidad a quien más le convenciera de las partes a través de sus argumentos o de los medios de prueba que le presentara. Por tanto, por pura lógica y a falta de cualquier otra posibilidad alternativa, el primer sistema de valoración de la prueba tuvo que ser, con absoluta seguridad, el libre.

Y ello no es una conjetura, sino una certeza, que probablemente nunca podrá contrastarse con datos históricos, pero que no precisa de ese contraste, puesto que cuestionarse sobre si el hombre primitivo utilizaba su intelecto para tomar decisiones (en este caso jurisdiccionales), sería tanto como poner en tela de juicio si bebía agua. Lo que es casi imposible es conocer cómo se llegó hasta el *actus trium personarum*, y sobre ello sí se pueden construir hipótesis como las que expuse unas pocas líneas más atrás. Pero la valoración libre de la prueba no precisa pesquisas de su origen, puesto que surge espontáneamente como regular uso de la mente humana en el momento en que ésta alcanzó un cierto nivel evolutivo. Y el estudio de cuándo se alcanzó ese nivel evidentemente no corresponde a un procesalista, aunque esa determinación temporal sería muy interesante para la disciplina jurisdiccional, por descontado. Por otra parte, para adivinar qué debió suceder en aquellos tiempos no nos sirve el estudio de los medios de resolución de conflictos en tribus selváticas actuales, por ejemplo, porque nada tiene por qué hacernos pensar que seres humanos que han decidido vivir en la selva con sus conocimientos ancestrales del entorno, no han modificado, incluso varias veces, la forma de dirimir sus conflictos a lo largo de los siglos o milenios.

Por otra parte, la enorme mayoría de las normas que pueden relacionarse con la prueba en los Derechos antiguos son de libre valoración, lo que confirma lo anterior⁷. Sin embargo, sí se detecta en las sociedades antiguas que

por amigos y parientes, se encuentran, se arengan una a otra y se lanzan recriminaciones mutuas. Estos litigios permiten dar rienda suelta a los sentimientos de la gente a la par que muestran la tendencia de la opinión pública, todo lo cual ayuda a resolver las disputas. Sin embargo, a veces parece como si sólo sirviesen para endurecer más a los litigantes. En ningún caso hay un tercero que pronuncie una sentencia definida y raramente se llega a un acuerdo en aquel mismo momento. El *yakala* es, por lo tanto, un dispositivo jurídico especial de pequeña importancia que en realidad no llega al corazón de la compulsión jurídica». La cursiva es mía.

⁷ Los §§ 1 o 3 del Código de Hammurabi pueden ser un buen ejemplo. Y aún mejor un extenso precepto del mismo código, el § 9, que reproduzco porque hace evidente que el sistema utilizado por los jueces era el libre, valorando conjunta y libremente la prueba: «Si uno que perdió algo lo encuentra en manos de otro, si aquel en cuya mano se encontró la cosa perdida dice: "Un vendedor me lo vendió y lo compré ante testigos"; y si el dueño del objeto perdido dice: "Traeré testigos que reconozcan mi cosa perdida", el comprador llevará al vendedor que le vendió y los testigos de la venta; y el dueño de la cosa perdida llevará los testigos que conozcan su objeto perdido; los jueces examinarán sus palabras. Y los testigos de la venta, y los testigos que conozcan la cosa perdida dirán ante el dios lo que sepan. Si el vendedor es un ladrón, será muerto. El dueño de la cosa perdida la recuperará. El comprador tomará en la casa del vendedor la plata que había pagado». La cursiva es mía. Y no cambia el sentido la traducción de la frase subrayada con la interpretación de LARA PEINADO, *op. cit.*, p. 8, que la traduce como «los jueces considerarán las pruebas». La traducción, en este caso, está extraída de Wikisource.

han dejado rastro escrito, una preocupación por la valoración de la prueba que les hizo legislar muy tempranamente en esta materia, precisamente con normas que, en cierta medida, limitaban la discrecionalidad de los juzgadores⁸, o les ayudaban a resolver el litigio en caso de acciones delictivas sucedidas en la clandestinidad, en las que, lógicamente, existía una insuficiencia de prueba⁹.

Aunque todo ello será tratado a continuación en sucesivos epígrafes, la existencia de esas normas demuestra una importante conclusión, capital en el estudio de esta materia: sin duda los jueces, como ya dije, debieron valorar libremente la prueba desde un principio, y sólo como reacción a los excesos de la libre valoración, comenzaron a surgir las normas de prueba legal u otros métodos que, de un modo u otro, limitaban la discrecionalidad judicial. Y esos métodos, que examinaremos en los sucesivos epígrafes, nunca hubieran surgido de no ser la libre valoración de la prueba el primer sistema en existir y estar absolutamente extendido, porque pocas veces surge una norma jurídica limitadora que no trata de controlar conductas anteriores que se tienen en general por abusivas o inseguras. Por consiguiente, puede concluirse ya definitivamente que el más remoto sistema de valoración de la prueba, siempre siguiendo la pura lógica¹⁰, es el sistema de valoración libre.

Como veremos después, las ordalías y los juramentos tuvieron que ser posteriores, en primer lugar porque recurren a la idea de una divinidad, abstracción metafísica que, con independencia de su veracidad intrínseca, sólo es posible en mentes con un notable grado de desarrollo. Pero por otra parte porque nadie recurre a un ser superior para juzgar lo que, según su saber y entender, le parece evidente o al menos creíble. La escasez de ordalías en las leyes antiguas podría confirmar este extremo, como se verá en el siguiente epígrafe.

La valoración debió ser *prima facie* la mayoría de las veces. El juez debía escuchar a las partes y dictar sentencia en el acto. Es poco probable que pequeñas controversias generaran largos procesos, sobre todo porque en una época en que la violencia estaba muy al orden del día, puede dudarse muy

⁸ Y es que salvo en las normas que señalaremos en el epígrafe dedicado a la prueba legal, en el resto de actividades probatorias no se prevé que el juez esté sometido a ninguna clase de limitación en su valoración, lo que hace evidente que dicha valoración era libre. De hecho, un Derecho de varios siglos más tarde, el Romano de las *Legis actiones*, ya contiene, como producto de una necesaria evolución del control a los jueces, numerosas normas de prueba legal que cercenan la libertad judicial, aunque también se trata de un Derecho muy dependiente todavía de los juramentos. Vid. KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 117 y ss.

⁹ Vid. art. B-5 del Código de Ur-Nammu, que prevé el juramento del testigo. «Un hombre que comparece como testigo y rechaza prestar juramento, estará obligado a indemnizar». E, SZLECHTER, *Les lois sumériennes*, Roma 1983, p. 23.

¹⁰ Vid. § 2 del Código de Hammurabi, que dispone la celebración de una ordalía para demostrar un hecho de muy difícil prueba como la brujería, y que después analizaremos.

¹¹ A falta de otros datos que confirmen esta conclusión. Sería utilísimo hallar el equivalente a las *Instituta* de GAYO en época sumeria, para ver si el texto nos refería algo de cómo nacieron los juramentos y las ordalías, refiriéndose a una época anterior de excesos judiciales. Ojalá ese texto, si alguna vez existió, apareciera algún día.

fundadamente que los seres humanos de entonces tuvieran tanta paciencia como para esperar mucho tiempo el fallo de un juez.

El periodo en que esa valoración simplemente *prima facie* debió tener lugar tuvo que ser bastante largo, pero es curioso observar cómo en las primeras normas jurídicas que nos han llegado, la prueba ya posee un lugar, quizás no destacadísimo, pero sí que ocupó, al menos en parte, la *mens legislatoris*. De hecho, los primeros vestigios de normas jurídicas y de sentencias que nos han llegado sugieren que los procesos no podían ser breves en todas las ocasiones. Los mismos «di-til-la»¹¹ sumerios están motivados, y no se acostumbra a motivar prolijamente los enjuiciamientos *prima facie*, ni siquiera actualmente¹². Ello nos da la clave de que la valoración de la prueba debió convertirse paulatinamente en una actividad compleja cuyos resultados prácticos preocupaban a los juristas del momento. Lo veremos en los sucesivos epígrafes.

2. LAS ORDALÍAS O JUICIOS DE DIOS

En toda esta historia nos encontramos de repente con las ordalías. Se trata de un sistema de resolución de conflictos que, aunque con frecuencia se haya afirmado lo contrario, no es en absoluto ni un medio de prueba¹³ ni un sistema de valoración de la prueba, sino que supone, en realidad, la completa anulación de dicha valoración. Ya no existe actividad alguna de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria, porque no aparece actividad probatoria en realidad. Es el azar —si no está manipulado¹⁴— el que decide, a través de los más diversos métodos¹⁵. O bien decide la destreza o la fuerza física en los duelos, que no son sino otra forma de ordalía¹⁶. El juez no aprecia absolutamente nada, sino que sucede que todos los presentes ven lo acaecido y actúan tal y como dispone la ley según sea el resultado. No se comprueba ninguno de los hechos debatidos que dieron lugar a la ordalía, sino que simplemente se realiza un acto similar al de lanzar una moneda al aire para dar la razón a uno o a otro, o declarar culpables

¹¹ A. FALKENSTEIN, *Die Neusumerischen Gerichtsurkunden*, München, 1956, segunda parte.

¹² Actualmente son *prima facie* muchos de los laudos arbitrales que emiten los árbitros de consumo. Y en ellos se aprecia, ciertamente, una motivación brevísima. Vid. los laudos de la Junta Arbitral de consumo de Barcelona que aparecen en <http://www.bcn.es/juntarbitral/ca/resoluciones.html>.

¹³ Lo cual era afirmado por M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, t. IV, Vom fünften bis achten Jahrhundert, Die Staaten der Völkerwanderung, Bonn, 1868, p. 31.

¹⁴ Vid. las manipulaciones y engaños de los brujos para favorecer a uno u otro adversario en F. PATETTA, *Le ordalie*, Torino, 1890, p. 48.

¹⁵ No es preciso realizar una enumeración por todos conocida. Basten algunos ejemplos como tocar o lamer hierro incandescente o caminar sobre brasas, como dice el centinela en la escena segunda del capítulo primero de Antígona, para dar fe de que no había enterrado el cadáver de Polinices. Otras ordalías muy conocidas son las de ingerir veneno, sumergirse en aguas turbulentas, etc. Estos y otros muchos métodos ordálicos pueden verse en PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 41 y ss.

¹⁶ Como explicó magistralmente PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 3 y 15-16.

o inocentes simplemente¹⁷. Y a veces ni eso, porque en ocasiones la ordalía sirve simplemente para purificar un hecho delictivo sin autor conocido¹⁸.

Ordalía, latinismo de la palabra germánica «*Urteil*» —«*Urteil*» en alemán moderno— no significa otra cosa que juicio o sentencia. Al parecer, proviene etimológicamente del verbo «*erteilen*»¹⁹, que significa conceder u otorgar, lo que vincularía semánticamente esta palabra con vocablos de otras lenguas indoeuropeas como «*dispositif*», «dispositivo» o «dispositiva», que significan «fallo» respectivamente en francés, italiano y catalán. Es ciertamente curioso que siendo éste el origen de la palabra, haya triunfado esta forma de denominar al sistema de resolución de conflictos que vamos a describir, puesto que literalmente significa simplemente «juicio». De hecho, en lengua alemana el sistema designado se conoce como «*Gottesurteil*»²⁰, es decir, juicio de dios, lo que hace que esta última traducción, aunque pueda parecer anticuada, sea verdaderamente la más correcta.

Existe la idea, bastante extendida aunque poco afirmada, de que las ordalías serían el sistema más remoto de valoración de la prueba. Y ello, a la vista

¹⁷ Lo explica a la perfección M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. LYNCH de la ed. de Río de Janeiro de 1978, Barcelona, 1996, pp. 61-62: «Quien ganaba la lucha ganaba también el proceso y no se le daba la posibilidad de decir la verdad; ni siquiera se le pedía que probara la verdad de sus pretensiones. En el sistema de prueba judicial feudal no se trata de investigar la verdad sino más bien de una especie de juego de estructura binaria. El individuo acepta la prueba o renuncia a ella. Si renuncia, si no quiere intentar la prueba, pierde el proceso de antemano. Si hay prueba, vence o fracasa, y no hay otra posibilidad. [...] En ningún momento aparece algo semejante a la sentencia [...]; la separación de la verdad y el error entre los individuos no desempeña papel alguno; existe simplemente la victoria o el fracaso. [...] La tercera característica es que [...] no es necesaria la presencia de un tercer personaje para distinguir a los dos adversarios: el equilibrio de las fuerzas, el juego, la suerte, el vigor, la resistencia física, la agilidad intelectual, se encargarán de establecer las diferencias entre los individuos según un mecanismo que se desarrolla automáticamente. La autoridad interviene sólo como testigo de la regularidad del procedimiento».

¹⁸ Es especialmente curiosa la contenida en *Deuteronomio*, cap. 21, vs. 1-9: «Si en la tierra que el Señor, tu Dios, te da en posesión, alguien encuentra un hombre muerto, tendido en medio del campo, y no se sabe quién lo mató, tus ancianos y tus jueces irán a medir las distancias que hay entre la víctima y las ciudades de alrededor. Luego los ancianos de la ciudad más cercana tomarán una ternera que no haya sido sometida a ningún trabajo ni haya estado bajo el yugo; la llevarán hasta un arroyo de agua perenne, a un lugar donde no se cultiva ni se siembra, y la desnucarán junto al arroyo. También se harán presentes los sacerdotes levitas, porque el Señor los eligió para que estuvieran a su servicio y para que bendijeran en su Nombre, y a ellos les corresponde resolver los litigios y los casos de agresión. Luego los ancianos de la ciudad más cercana a la víctima se lavarán las manos en el arroyo, sobre la ternera desnucada, y pronunciarán estas palabras: "Nuestras manos no han derramado esa sangre y nuestros ojos no han visto nada. Perdona, Señor, a tu pueblo Israel, ese pueblo que tú rescataste, y no dejes recaer sangre inocente sobre tu pueblo Israel". Así quedarán absueltos del delito de sangre. De esta manera harás desaparecer de entre vosotros la sangre inocente, haciendo lo que es recto a los ojos del Señor».

¹⁹ URTHEIL, n., f., *judicium*, zu ahd. irteilan, mhd. erteilen, nhd. erteilen, wie urkunde zu erkennen, urlaub zu erlauben, ursprung zu erspringen, urstände zu erstehen u. s. w. (ur- A 1); eigentlich «das erteilte», dann von anfang an auf spruch und tätigkeit des richters und der urtheiler (rechtsalterth. 2^a, 380 ff.) eingeschränkt. das ahd. v. irteilan hat schon die bedeutung judicare (Graff, 5, 411) erreicht, indem aus ältern verbindungen wie dômos adelian (Heliand, 3317; 5257) das object fiel (Paul-Braunes, beiträge 43, 366). vgl. ubartailan, —teilida, —teilari judicare, judicium, judex Graff, 5, 410 f. im ahd. steht das n. urteili neben dem f. urteilt, urteila (Graff, 5, 415; vgl. urteilida;). Vid. todo ello en J. GRIMM y W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig: S. Hirzel, 1854-1960.

²⁰ Vid. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß*, cit., p. 30.

de los datos históricos, parece que es falso. Y no sólo porque las ordalías evidentemente no sean un sistema de valoración de la prueba, como acabo de decir, sino porque en las leyes más remotas que nos han llegado las ordalías tienen una escasa presencia. Y además se observa que tienen más o menos intensidad en función de los pueblos de que se trate, y no en razón del grado de civilización de dichos pueblos, ni mucho menos. En sociedades de hoy en día que en absoluto cabe calificar de arcaicas, se están practicando ordalías²¹ y, de hecho, en época medieval costó muchísimo reprimirlas en Europa, datando de 1214²² la primera prohibición general expresa²³, no de celebración de la ordalía, sino de que los sacerdotes bendicieran el agua hirviendo o gélida que se utilizaba en los juicios de dios²⁴. Y ello porque la ordalía, insisto, no es un sistema de valoración de la prueba, sino un simple mecanismo de resolución de conflictos que depende de la intensidad de la fe de los pueblos que la practican, y nada más que de ello.

Algo querrá decir que en lo que se ha conservado del Código de Ur-Nammu²⁵ sólo aparezca la ordalía en dos ocasiones, con respecto al adulterio y la brujería²⁶. Justo lo mismo que hallamos en el Código de Hammurabi, que también prevé estas formas de resolución de conflictos en esos mismos casos²⁷, al margen de los juramentos que también aparecen²⁸. En otras leyes antiguas, como las contenidas en el libro de los Números, la presencia de

²¹ Recuerdo un reportaje emitido por Televisión Española en los años noventa del siglo XX, en el que aparecieron unas imágenes de una ordalía en la que varias mujeres egipcias acusadas de adulterio debían lamer tres veces una cuchara incandescente. Si les surgían ampollas o heridas en la lengua al cabo de unos minutos —lo que depende del grado de salivación de cada persona—, eran consideradas culpables. Por desgracia no recuerdo ni la fecha concreta ni la referencia del reportaje, pero ofrezco dos testimonios que atestiguan la veracidad de lo dicho. En <http://charlatanes.blogspot.com/2004/10/la-supersticion-del-siglo-xxi-como.html> cabe hallar una mención al que, con seguridad, es el mismo reportaje. Y por otra parte, PATETTA, *Le ordalie*, cit., p. 71 confirma la presencia de exactamente esa ordalía entre los pueblos que que denomina genéricamente «árabes».

²² Como tantas otras veces, con motivo del Concilio Lateranense IV de Inocencio III, en el pasaje que recoge J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz, 1961, p. 1007, XVIII: «Nullus quoque clericus rottiariis, aut balistariis, aut huiusmodi viris sanguinum praeponatur, nec illam chirurgiae partem subdiaconus, diaconus, vel sacerdos exerceant, quae ad ustionem vel incisionem inducit. Nec quisquam purgationi aquae ferventis vel frigidae seu ferri candentis ritum cuiuslibet benedictionis aut consecrationis impedit, salvis nihilo minus prohibitionibus de monomachiis sive duellis antea promulgatis».

²³ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 4.

²⁴ Hace esta importante matización PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 340-341, quien identifica además un precedente aislado del año 911, en el cap. 62 de los *Canones editi sub Egara rege*, de la prohibición de la presencia de sacerdotes en las ordalías.

²⁵ Según F. LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, Madrid, 1997, p. XIX, este código data de entre 2112 y 2046 a.C.

²⁶ Col. II, II, art. A 6 y Col. VI. Vid. SZLECHTER, *Les lois sumériennes*, cit., p. 23.

²⁷ §§ 129 a 133 para el adulterio. La ordalía consistía, en general, en arrojar a los sospechosos al río, considerándolos inocentes si sobrevivían, aunque esto último no se explicita en las leyes de Hammurabi, pero se deduzca de las de Ur-nammu acabadas de citar. En el § 2 se describe la ordalía en casos de brujería: «Si un señor imputa a otro señor prácticas de brujería, pero no las puede probar, el acusado de brujería irá al río y deberá arrojarse a él. Si el río logra arrastrarlo, su acusador le arrebatará su hacienda. Pero si este señor ha sido purificado por el río saliendo de él sano y salvo, el que le imputó de maniobras de brujería será castigado con la muerte, y el que se arrojó al río arrebatará la hacienda de su acusador». Trad. de LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, cit., p. 6.

²⁸ Y que no son más que residuos ordalícos. No obstante, tampoco son tan frecuentes como podría suponerse. De hecho, sólo se localizan en los §§ 20, 23 y 249.

ordalías es escasa, y curiosamente también está referida al adulterio, a través de la célebre ordalía de las aguas amargas²⁹. Y, de hecho, en el archiconocido proceso celebrado unos tres siglos después de la institución mosaica de esta ordalía, y que era especialmente apto para la celebración de un juicio de dios, se resolvió *prima facie* aplicando el juez (Salomón) simplemente su leal saber y entender³⁰, evitando de este modo la ordalía³¹.

No siendo un sistema de valoración de la prueba, podríamos prescindir de tratar más sobre esta cuestión. Sin embargo, quisiera aprovechar el presente epígrafe para desmentir una serie de ideas preconcebidas sobre la ordalía.

En primer lugar, debe decirse que las ordalías no constituyen una fase en la historia de la valoración de la prueba, no sólo porque no se trata de un sistema de valoración, como ya dije, sino porque el recurso al juicio de dios nunca ha sido sistemático³², sino que solamente se ha aplicado para juzgar casos muy dudosos de casi imposible prueba³³. Es por ello que normalmente se centra en la «averiguación» de delitos clandestinos, que a día de hoy, por cierto, siguen dando tremendos problemas, lo que ha provocado jurisprudencias más que discutibles en la actualidad³⁴. Sin embargo, como señalé, no hay tal averiguación, razón por la que he entrecomillado la palabra, sino simple resolución de un conflicto, tal y como sucede en un duelo —otra ordalía— en el que puede ser especialmente evidente que no se trata de averiguar absolutamente nada, sino de ver quién pierde y quién gana.

²⁹ Números, cap. 5, vs. 11-31.

³⁰ Utilizó el juicio presuntivo, como reconoce la Partida III, título XIV, Ley 8.

³¹ Reconociendo también el papel residual de la ordalía entre los pueblos germánicos, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 7.

³² Ni siquiera entre los pueblos germánicos, como argumenta BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess*, cit., pp. 30-31, puesto que afirma que sólo se utilizaba en caso de sospecha de perjurio, o bien en supuestos de delitos graves. De hecho, como se comprueba tras la lectura de su obra, la mayoría de esos pueblos, pese a que tuvieron las ordalías en sus ordenamientos (como demuestra PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 168 y ss), ya no las utilizaban cuando provocaron la caída del Imperio Romano de occidente, al menos por lo que se deduce de sus leyes posteriores. Sólo aparece la ordalía —normalmente el duelo— entre los longobardos (*op. cit.*, p. 380) y los francos (*op. cit.*, p. 496), quienes quizás por la localización de sus establecimientos más estables (en Lombardía los primeros y en buena parte de Europa los segundos), pudieron dar la imagen de que la ordalía era algo propio de pueblos germánicos, que es la creencia más extendida, cuando en realidad no parece que fuera completamente de ese modo. No obstante, las sombras sobre esta cuestión son notables. Sobre las leyes longobardas, *vid.* J. F. NEIGEBUR, *Edicta regum langobardorum*, Munich, 1855.

³³ Ello viene confirmado en el Deuteronomio, cap. 17, vs. 8-12: «Cuando alguna cosa te fuere difícil en el juicio, entre una clase de homicidio y otra, entre una clase de derecho legal y otra, y recurrirás al lugar que Jehová tu Dios escogiere; y vendrás a los sacerdotes levitas, y al juez que hubiere en aquellos días, y preguntarás; y ellos te enseñarán la sentencia del juicio. Y harás según la sentencia que te indiquen los del lugar que Jehová escogiere, y cuidarás de hacer según todo lo que te manifiesten. Según la ley que te enseñen, y según el juicio que te digan, harás; no te apartarás ni a diestra ni a siniestra de la sentencia que te declaren. Y el hombre que prociere con soberbia, no obedeciendo al sacerdote que está para ministrar allí delante de Jehová tu Dios, o al juez, el tal morirá; y quitarás el mal de en medio de Israel».

³⁴ Como la que está vigente para la consideración de la existencia de mínima actividad probatoria en los delitos clandestinos, siendo la víctima el único testigo. *Vid.* entre otras, STS (Sala 2.ª) 5-12-2008, núm. recurso 2438/2007, FD 1.ª1.

En segundo lugar, no es cierto que la ordalía sea el antecedente de la valoración legal de la prueba³⁵ ni que tenga algo que ver con la misma³⁶, como se ha dicho a veces con el evidentemente ánimo de descalificar este sistema de valoración³⁷. Cabría decir, eso sí, que la ordalía es el antecedente de los juramentos³⁸ en las declaraciones de personas, especialmente en el caso de testigos.

De hecho, dichos juramentos ya existían en épocas muy remotas³⁹, y tienen la misma raigambre que las ordalías. Los juramentos se formulan por Dios u otras entidades metafísicas⁴⁰, o por objetos o escrituras sagradas⁴¹. Y lo cierto es que el juramento tiene eficacia simplemente si es sólida la fe en Dios del confesante⁴² y de los que le escuchan⁴³, como ocurre con la ordalía⁴⁴. Pero si no es así, en buena medida resulta absurda la persistencia actual del juramento, al igual que la promesa, su versión laica aunque inspirada en el mismo hecho religioso. Todo ello salvo en los supuestos en que se anudan consecuencias penales al quebrantamiento de ambos, para lo cual, por cierto, no haría falta ni jurar ni prometer. Aunque en general ya no exista una consciencia de ello, si se exige el juramento es porque, en el fondo, se sigue

³⁵ R. NÚÑEZ LAGOS, «Tópicos jurídicos», *Revista de Derecho Notarial*, 1954, IV, p. 71.

³⁶ *Vid.* entre otros, CABANAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., p. 74.

³⁷ O incluso sin ese ánimo. *Vid.* KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 117.

³⁸ Nuevamente PATETTA, *Le ordalie*, cit., pp. 14-15, ofrece una explicación más que razonable de este origen: «Il processo per cui in seguito il giuramento si staccò dai giudizi di Dio, può essere stato questo. Dapprima venne meno la fede nell'immediata punizione dello spergiuro, e si tenne il giudizio in sospenso, o si pronunziò provvisoriamente la sentenza, salvo a riformarla, se accadesse all'accusato la sventura che si era imprecat: così è ancora presso i Samoiedi. In seguito il giuramento bastò a purgare definitivamente l'accusato, ma il popolo continuò a credere ai castighi, che colpiscono anche in questa vita lo spergiuro, e spesso il terrore di questi castighi poté forse servire di sufficiente garanzia della verità del giuramento. Così era nel Medio Evo, e forse è in parte anche oggi». También H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Paris, 1964, p. 59.

³⁹ Por citar otra cultura, aparece la figura del juramento entre los Griegos en el Código de Gortina, XVIII: «Si existe un testimonio escrito, el Juez resolverá según lo que se diga en dicho escrito, con independencia de la existencia de testigos o de juramentos. Pero si no existe, decidirá con arreglo a lo declarado bajo juramento». También aparecen en Roma, por supuesto. *Vid.* KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 266-267, así como mucho antes en el Código de Hammurabi, por ejemplo en el § 131.

⁴⁰ «Alguna otra cosa santa», decía la Partida III, título XI, Ley 1. Otros ejemplos según las religiones profesadas se hallan en la Partida III, título XI, Leyes 19, 20 y 21.

⁴¹ La Partida III, título XVI, Ley 24 citaba a Dios, los Santos y los Evangelios. Pero J. DE HERRERA BOLANOS, *Curia Philípica*, t. I, reimpr. de la edición de Madrid de 1797, Valladolid, 1989, p. 87, basándose en este mismo texto y en la Glosa de G. LÓPEZ, expone una fórmula distinta: «que jura a Dios y aquella Cruz, y a Santa Maria, y a las palabras de los Santos Evangelios, de decir verdad de lo que supiere en aquel pleyto, tambien por la una Parte, como por la otra, aunque no sea preguntado en ello: y de no descubrir el secreto hasta la publicacion». En los procesos españoles (y en general salvo en la jura de banderas) se permitió la sustitución de los juramentos por la promesa por el honor a través de la Ley de 24 de noviembre de 1910 (*Gaceta de Madrid*, 25-11-1910, núm. 329, p. 449).

⁴² Por eso opinan J. DOAK y C. MCGOURLAY, *Criminal evidence in context*, London, 2009, p. 27, que el juramento servía para excluir del testimonio a los ateos, y a los que profesaban otras religiones diferentes de las reconocidas oficialmente.

⁴³ En ese § 131 del Código de Hammurabi se demuestra muy claramente esta afirmación: «Si una mujer casada es acusada por su marido, pero no la sorprende cohabitando con otro hombre, pronunciará el juramento por el dios y volverá a su casa». La traducción es de LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, cit., p. 23, pero algo modificada, aunque en completa coherencia con su pensamiento expresado en la nota 395.

⁴⁴ PATETTA, *Le ordalie*, cit., p. 20.

creyendo en una justicia divina, en un vano intento humano de entrometer forzosamente a la divinidad en los pequeños asuntos de los individuos⁴⁵. Si existe aún el juramento es porque detrás de él, aunque se haya olvidado, está aquel adagio de que «si así lo hiciéreis, que Dios os lo premie, y si no que os lo demande», que le dio origen, puesto que en las sociedades que lo practican con pleno vigor, se sigue creyendo en el inmediato castigo divino del perjurio⁴⁶. Si no se confía en el mismo, el juramento no es más que un residuo de las antiguas ordalias y, por consiguiente, no tiene ninguna razón de ser⁴⁷.

Lo que ocurre es que el juramento estuvo presente en más de una norma de prueba legal, y probablemente por ello se favoreció la confusión antes anunciada. No obstante, como aparecerá evidente en el siguiente epígrafe, lo cierto es que salvo en ese detalle, las normas de prueba legal no tienen ni la más mínima relación con las ordalias. Y debe decirse además que las normas de prueba legal, en algunas ocasiones, también vienen a resolver esas situaciones de ausencia de prueba, que siempre han desconcertado a los juzgadores, y por ello han tratado de encontrar diversos subterfugios para combatirlas. Uno de ellos, que también veremos después, es la institución de la carga de la prueba, que por esas mismas razones ya descartadas, también podría vincularse con la ordalia. Pero ello, evidentemente, resulta absurdo, porque lo único que tienen en común la ordalia, su descendiente el juramento, su secuela la promesa, así como la carga de la prueba, es que tratan de luchar contra situaciones de insuficiencia de prueba.

3. EL INTENTO DE CONTROL: LA VALORACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA

En un panorama dominado por la valoración libre de la prueba, que corría el riesgo de caer en la discrecionalidad judicial más absoluta, y por las ordalias, no es de extrañar que los legisladores hicieran sucesivos intentos por controlar la arbitrariedad fruto de esos sistemas⁴⁸. Se trataba de dar

⁴⁵ Como decía F. PATETIA, *Le ordalie*, cit., p. 12, «L'ordalie è quindi una domanda fatta agli spiriti in certe condizioni e con formalità tali, da indorli o costringerli a rispondere nel modo loro prefisso».

⁴⁶ Un curioso escrito de J. KOHLER, «Über das Recht in Afrika», en BECHMANN y SENDEL, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neue Folge, t. XII, der ganzen Folge, t. XXXI, München, 1889, pp. 105-106, lo explica, a la vez que confirma plenamente la naturaleza ordalica del juramento: «Die afrikanischen Ordalien bieten ein reichhaltiges Kapitel in der Geschichte dieser Institution; bekanntlich ist namentlich das Giftordal in Gebrauch, ebenso das Bahrrecht. Die Ordalien sind bald ein-, bald zweiseitig; vielfach ist eine Stellvertretung (durch einen Sklaven oder gar durch ein Thier) hergebracht. Ofters ist das Ordal zum bloßen Eid, zur bloßen Fluchversicherung geworden, so daß bereits die Versicherung reinigt, weil nicht sofort ein bestimmtes Uebel eintritt oder weil das befürchtete Uebel so groß ist, daß man glaubt, daß Niemand dasselbe auf sich laden werde». Existen otros estudios de KOHLER poco conocidos sobre las ordalias: «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 a 376. «Beiträge zur Lehre von den Ordalien», *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 5, 681-682 y 6, 365-372.

⁴⁷ Lo cual habría de ser un motivo para hacer desaparecer estas reliquias históricas de nuestro ordenamiento, en concreto de los arts. 434 LECrim y 335.2, 342 y 365 LEC entre otros preceptos.

⁴⁸ Se percató de ello, entre otros, J. IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, pp. 36-37.

seguridad jurídica, intentando que se descubriera mejor la verdad de los hechos⁴⁹. Por ello se empezaron a positivizar exigencias en la convicción de los jueces, que a buen seguro derivaron de la práctica jurisprudencial, como se hace especialmente notorio en las primeras reglas de valoración legal⁵⁰. Veamos la evolución de las mismas.

A) Las primeras normas de prueba legal

Lo poco que sabemos de los orígenes del Derecho Romano⁵¹ ha llevado a algunos autores a la falsa convicción de que el primer sistema de valoración de la prueba fue el legal, lo que es materialmente imposible, como creo haber demostrado unas líneas más atrás.

Y es que hay que remontarse a antes de las leyes de las XII Tabas, que es a lo más remoto que suelen acudir los autores, encontrando, allí sí, normas de prueba legal⁵². Si nos desplazamos a un tiempo anterior comprobaremos cómo las normas de prueba legal debieron surgir, como acabo de decir, a fin de controlar los excesos de la libre valoración y, quizás también, reducir la incidencia de las ordalias. Ello se hace especialmente perceptible, nuevamente, en el Código de Hammurabi, donde se hallan formuladas, en modo arcaico, la mayoría de las normas de prueba legal que vinieron después, e incluso algunas de las que todavía perduran. Tiene especial interés referirse a todas ellas porque son el primer testimonio escrito casi completo de un sistema en sus albores y, por ello, es obligatorio reproducirlas y comentarlas⁵³.

Las primeras tres normas se refieren a la necesidad de la existencia de testigos para dar por probado un hecho:

§ 10. Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.

§ 11. Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que presten testimonio sobre dicho objeto, es un farsante, y puesto que denunció falsamente, será castigado con la muerte.

§ 13. Si los testigos del anterior denunciante no estuviesen localizables, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del mismo no presenta sus testigos, será considerado un farsante y sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

⁴⁹ Así, F. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 54.

⁵⁰ Aparte de deducirse claramente de la lectura del Código, que es una recopilación de casos concretos, de hecho lo reconoce el propio Hammurabi en el epílogo a sus leyes: «Que en los días venideros [...] no cambie la ley del País que he promulgado, las sentencias del País que he codificado; [...]». LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, cit., p. 43.

⁵¹ KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 117 y ss.

⁵² Y no sin profundas dudas. Vid. KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118.

⁵³ Seguiré, como siempre, las traducciones de LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, cit., p. 6. y ss, aunque serán modificadas en ocasiones para hacer el texto más comprensible, aunque, por descontado, sin modificar en absoluto el sentido de la traducción.

Esas normas, que hablan de testigos en plural, no son más que el antecedente de la máxima *testis unus testis nullus*, que fue tan popular posteriormente sobre todo por el texto que la inspiró del *Codex* de Justiniano⁵⁴, aunque lo cierto es que provenía del Antiguo Testamento la máxima que recogieron después diversas leyes, exigiendo la presencia de dos o tres testigos, cuya declaración, por cierto, se valoraba libremente⁵⁵. Después la comentaremos con mayor profundidad por ser una de las principales normas de prueba legal.

Los siguientes preceptos versan sobre la prueba documental:

§ 150. Si el marido donó a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia esos bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño.

§ 182. Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la dotó escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera.

§ 183. Si un padre tiene una hija concubina, y le da dote, le concede marido y le otorga documento sellado al respecto, a la muerte de su padre no heredará ningún bien.

Estos preceptos, aunque parezca increíble, son los precedentes más antiguos del actual valor legal de la prueba en documento público en el proceso civil. En nuestra época se restringió en algunos ordenamientos dicho valor legal a algunos extremos del documento, como es sabido⁵⁶, pero la valoración legal de la prueba documental desde luego encuentra sus raíces en los textos transcritos.

Por último, existe un precepto que combina las dos exigencias anteriores:

§ 7. Si alguien manifiesta haber adquirido o recibido en depósito plata, oro, esclavo o esclava, buey, oveja o asno o cualquiera otra cosa, sin testigos ni contrato, será considerado reo de robo y condenado a muerte.

Lo importante de estos preceptos no es exactamente haber identificado las primeras normas de prueba legal del mundo conocido. Su valor es mucho más relevante y se concreta en dos cuestiones.

⁵⁴ Codex, Libro IV, título XX, núm. 9, § 1: «*Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunq[ue] causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat*».

⁵⁵ Es el lugar donde, además, se formula la conocida ley del talión. Deuteronomio, cap. 19, vs. 15-21: «No basta un solo testigo para declarar a un hombre culpable de crimen o delito; cualquier que sea la índole del delito, la sentencia deberá fundarse en la declaración de dos o más testigos. Si un falso testigo se levanta contra un hombre y lo acusa de rebeldía, las dos partes en litigio comparecerán delante del Señor, en presencia de los sacerdotes y de los jueces en ejercicio. Los jueces investigarán el caso cuidadosamente, y si se pone de manifiesto que el acusador es un testigo falso y ha atestiguado falsamente contra su hermano, le harán a él lo mismo que él había proyectado hacer contra su hermano. Así harás desaparecer el mal de entre vosotros. Y cuando se enteren los otros, sentirán temor y no volverá a cometerse esta infamia entre vosotros. No tendrás compasión: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie».

⁵⁶ Vid. art. 319 LEC.

En primer lugar, con la lectura de lo anterior se demuestra que la prueba legal nada en absoluto tiene que ver con las ordalías. Las normas transcritas no presentan ni el más mínimo residuo de un esquema parecido al juicio de dios, por lo que, definitivamente, debe descartarse esta inveterada conclusión. Además, las normas sobre ordalías están perfectamente separadas de los preceptos en los que se introducen normas de valoración legal, por lo que el vínculo entre unas y otras puede considerarse definitivamente descartado.

Pero, en segundo lugar, se demuestra por fin que el primer sistema de valoración de la prueba fue el libre. Estas normas, aunque venga de afirmar deliberadamente lo contrario para favorecer la inteligibilidad de la explicación, en realidad no son en su totalidad auténticas normas de prueba legal en sentido completo. Las que declaran el valor tasado del documento evidentemente sí lo son, porque no parecen darle alternativa al juez en cuanto a la valoración del escrito. Pero las que exigen la presencia de testigos están a medio camino entre el sistema de valoración libre y el legal, porque si bien recogen la obligación de presentar testimonios, en realidad esos testimonios, una vez presentados, son de libre valoración, a diferencia de lo que ocurrió tiempo después y que veremos más adelante. Ello confirma que estas normas, en lo referido a los testigos, parten de un sistema de libre valoración, y simplemente tratan de conducir o guiar dicho sistema exigiendo la presencia de esos testimonios, es decir, haciendo poco a poco más legal la prueba. De hecho, la norma del Deuteronomio antes citada que exigía dos o tres testigos, no es más que una continuación de esa tendencia tomando como antecedente el precepto de Hammurabi, norma que a buen seguro se tuvo en cuenta en la redacción del Deuteronomio, como está ampliamente probado por la historiografía.

Y todo ello, como digo, arroja la conclusión de que el primer sistema de valoración de la prueba fue el libre, resultado que confirma la afirmación que se formuló líneas atrás. La prueba legal, o la valoración legal o tasada de la prueba no es más que un intento de orientar la valoración probatoria del juez, guiándola en menos o en más, hasta convertirse en una norma que no le deja margen de discrecionalidad, momento en el que se transforma en una auténtica norma de prueba legal, como más adelante se concretará.

B) La llamada «carga de la prueba»

Dentro de la historia de la valoración de la prueba, aparte de las ordalías, nos encontramos con otra institución ciertamente desconcertante: la llamada «carga de la prueba». En lo que consiste, sin entrar por el momento en más detalles, es sobradamente conocido en su formulación más tradicional: en supuestos de ausencia de prueba el ordenamiento atribuye las consecuencias negativas de dicha ausencia a una o a otra parte. Y normalmente ello determina para el perjudicado la pérdida del proceso. Como precisan con gran exactitud ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, no se utiliza el mecanismo de la carga de la prueba en supuestos de duda del juez, sino

sólo cuando no existe prueba⁵⁷. En esta conclusión está de acuerdo la manualística⁵⁸.

Desde luego, después de esa conclusión cabe preguntarse inmediatamente por la naturaleza jurídica de una institución de una formulación tan radical que parece bastante arcaica. Sin embargo, sobre ello reflexionaremos más adelante. Por ahora, en este epígrafe histórico me ocuparé solamente del origen de estas normas.

Nuevamente, y se desprende con claridad del epígrafe anterior, la carga de la prueba no tiene origen romano, sino que es mucho más remoto, y ello pese a que las expresiones con las que ha pasado a la historia, *onus probandi* u *onus probationis*⁵⁹, sí están inspiradas en el Derecho Romano⁶⁰. En las disposiciones del Código de Hammurabi antes transcritas se nos decía que a quien no presentara las pruebas exigidas se le condenaba nada menos que a muerte. Y ello no es más que una norma de carga de la prueba en sentido propio, formulada a la vez que una norma de valoración legal de la prueba, de manera que se confunden ambas, al menos en ese periodo inicial. En esos preceptos no es posible separar, por un lado, la valoración legal de la prueba y por el otro la carga de la prueba, dado que, en las normas referidas, para ganar el proceso se exige presentar testigos o un documento. Ésa es la norma de prueba legal. Y de no ser presentadas tales pruebas —probablemente las únicas posibles en aquel tiempo, al margen de la declaración de parte— se perdía el proceso⁶¹. Lo cual nos deja ante dos caras de una y la misma moneda. Al menos en este tiempo inicial, no puede hablarse de una auténtica distinción entre carga de la prueba y prueba de valoración legal.

Pero avancemos un poco más en el tiempo, aun permaneciendo en épocas remotas. KASER⁶², aun con dudas, ha identificado normas de carga de la prueba en el proceso romano de las *legis actiones*, en concreto en la *actio in rem per sponsionem*, en la que se obliga al demandante a probar su propiedad sobre la cosa, perdiendo el proceso en caso contrario, sin que el demandado parezca que tenga que probar nada. Es lo mismo que ocurre en el proceso de manumisión de la misma época, en la que el demandado gana el proceso si el demandante no prueba sus alegaciones. Y de todo ello KASER deduce, lógicamente, que estamos ante un precedente de las actuales normas de carga de la

⁵⁷ Lo que llaman los autores, en general, «Beweislosigkeit». Vid. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 780.

⁵⁸ Por todos, O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, München, 2007, p. 164. W. LÜKE, *Zivilprozessrecht*, München, 2006, p. 281.

⁵⁹ Dig. 22.3.25.3. PAULUS, «In omnibus autem visionibus quas praeposuimus licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo rei veritate iusiurandum ferre, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando».

⁶⁰ Vid. Codex, Libro IV, título XIX, 15, 16, 21.

⁶¹ Por cierto, con consecuencias especialmente dramáticas. Creo que nadie que ha hablado de las «consecuencias negativas» de la falta de prueba de un hecho, hubiera podido pensar en algo tan aterrador como la muerte de uno de los litigantes.

⁶² KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118.

prueba que obligan al demandante a probar las afirmaciones que sustentan su pretensión⁶³.

En todos los casos citados, la prueba, una vez presentada, parece ser de libre valoración. Pero si no se presenta, el litigante pierde el proceso, lo que recuerda más bien a una norma de prueba legal, ya que el juez, pese a la ausencia de prueba, podría verse tentado de fallar en sentido contrario, como no pocas veces ocurre actualmente cuando el juzgador sabe que no tiene más remedio que darle la razón a un embustero frente al ciudadano honrado que no miente, pero no puede probar lo que dice. Sobre ello reflexionaremos más tarde.

Pero vayamos, por último, a otro Derecho remoto: el germánico del *Sachsenspiegel* o Espéculo Sajón, el primer texto escrito en alemán proveniente de la Alta Edad Media. En esta fuente, según deduce BETHMANN-HOLLWEG⁶⁴, en los procesos sobre cosas muebles se privilegiaba la posición del demandado, dado que al tener la posesión también tenía más cerca la posibilidad de prueba en su defensa⁶⁵, y por ello incumbía al actor la prueba de la posesión ilegítima a través de testigos⁶⁶. Este mismo litigio, en Derecho Germánico muy remoto se habría solucionado, al parecer⁶⁷, a través de una ordalía, dulcificada o no con el juramento, su versión más civilizada. Pero al margen de ello, lo que es importante señalar es que lo que ordena el *Sachsenspiegel* no difiere de lo visto anteriormente en otros Derechos antiguos, pero la explicación del porqué se exige la prueba al demandante no deja de ser original, y descubre cuál es la esencia última de la carga de la prueba: la facilidad probatoria del demandado, que como ya expresé en otro lugar, no es más que un ingenioso resumen de las reglas actualmente existentes⁶⁸, base en el fondo de toda la institución de la carga de la prueba. Pero en este caso, curiosamente, nótese que opera en sentido contrario a lo habitual. El ordenamiento parte de la base de que el demandado puede tener mejor prueba, porque alberga la posesión. Y por ello, se deduce *a priori* que en cualquier proceso se le daría la razón. Para que ese estado de cosas cambie debe exigirse al demandante que pruebe lo contrario, y nada se le exige al demandado, al menos de momento, porque se parte de la base de que podría defender con facilidad su posición jurídica. Y de ahí la tradicional exigencia de la carga de la prueba del demandante.

⁶³ KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 118: «Dann gilt bereits hier die allgemeine, auch in späteren Recht bekannte Regel, nach der der Kläger die Grundlage seines Behrens zu beweisen hat».

⁶⁴ BETHMANN-HOLLWEG, *Der Zivilprozeß*, cit., p. 43.

⁶⁵ Lo que, por cierto, constituye un primer precedente —aunque curiosamente en sentido contrario como diré después— del principio de facilidad probatoria instituido en el art. 217.7 LEC, por sugerencia de un sector doctrinal que lo postuló o, al menos, lo inspiró (vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1.214 CC*, cit., pp. 65 y ss). Aunque tras la lectura del texto principal ciertamente cabría decir aquello de *nihil novum sub sole*.

⁶⁶ El texto, citado por el propio BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, nota 17, pese a estar escrito en alemán antiguo, no deja lugar a la duda: «be mut it mit mereme rechte behalden, jene die it in gewere hevet, dene de't anegevanget hevet».

⁶⁷ BETHMANN-HOLLWEG, *Der Zivilprozeß*, cit., p. 44.

⁶⁸ J. NIEVA FENOLL, «Imprecisiones privatistas de la Ciencia jurisdiccional», *Justicia*, 2008, núms. 3-4, p. 333.

En cualquier caso, lo anterior no es más que una positivización de una experiencia judicial⁶⁹, de una lógica⁷⁰ repetida en varios procesos, de un juicio reiterado, que se convierte en una disposición legal cuando accede a un texto jurídico: en caso de que el demandante no pueda probar lo que dice, se le dará la razón al demandado, sin posibilidad de opción para el juez ni siquiera para valorar la prueba del demandado, que ni tan sólo se le exige. Y así sigue siendo a día de hoy.

La pregunta es si todo lo descrito, y con la explicación que precede, es una regla de carga de la prueba o una norma de prueba legal⁷¹ para supuestos de ausencia de prueba. Lo veremos más adelante, pero debe adelantarse ya que desde el punto de vista histórico, sea cual fuere el Derecho antiguo considerado, una y otra cosa, prueba legal y carga de la prueba, resultan ser exactamente lo mismo en ese periodo remoto.

C) La trayectoria posterior de las normas de prueba legal y su subsistencia en las legislaciones contemporáneas

Cerremos el paréntesis que ha supuesto el epígrafe anterior, que quizás no sea tal, y volvamos a las normas de prueba legal.

Pasando revista a lo que sucedió desde época romana hasta el principio de la edad moderna, se observa que si bien se mantuvo siempre el principio de libre valoración de la prueba, lo cierto es que, con el tiempo, las normas de prueba legal fueron creciendo en número, aunque no con la intensidad que se ha solido decir, al menos según lo que se disponía en las leyes. Empecemos por la fuente de Derecho que más influyó tras las leyes mesopotámicas: el Derecho Romano.

Dicho Derecho, aunque partía de la libre valoración con algunas normas de prueba legal en sus comienzos⁷², parece que tras un largo periodo en el que se supone que se impuso la valoración libre en toda su extensión, debió acabar utilizando nuevamente algunas normas de prueba legal. Pero por la lectura de sus pasajes dedicados a la prueba⁷³, parece que sus frases en su mayoría no son sino orientaciones y recomendaciones para la libre valoración de la prueba que, como vamos a ver, algunos legisladores posteriores tomaron quizás demasiado en serio, o al menos demasiado al pie de la letra.

⁶⁹ «Die Beweislast richtet sich nun aber nicht nach "freier Überzeugung", sondern nach bestimmten Rechtsregeln, die theils aus der allgemeinen Natur der Dinge sich ergeben, theils mit der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse genau zusammenhängen». Así lo expresaba O. BAHR, «Die Grenzen der freien Beweistheorie», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. XXV (1887), p. 398. Vid. también en sentido parecido G. A. MICHELL, *La carga de la prueba*, trad. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1970, p. 5.

⁷⁰ E. BONNIER, *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal*, trad. VICENTE Y CARAVANTES, Madrid, 1869, p. 37.

⁷¹ Vid. MICHELL, *La carga de la prueba*, cit., p. 6.

⁷² Cfr. KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 117-118.

⁷³ Codex, Libro IV, título XIX, XX y XXI.

Y es que no son sino puras admoniciones —y no normas de prueba legal— los pasajes dedicados a la prueba documental. En ese sentido decía el Codex que los documentos privados no hacen prueba por sí solos, si no existen otros medios de prueba que los corroboren⁷⁴. Se concreta además que los documentos contables del difunto tampoco hacen prueba plena de lo que se le debiere⁷⁵, pero sí de lo que adeudare si el difunto hubiere jurado dicha cuenta⁷⁶. También se dice que nadie puede probar lo que le es debido con documentos elaborados por el propio acreedor⁷⁷. Sin embargo, todo ello simplemente trata de guiar la valoración de la prueba del juez de manera que no cometa crasos errores contradiciendo lo que es obvio. Es cierto que las disposiciones están promulgadas por emperadores, pero no están formuladas como pruebas legales. Bien al contrario, de lo que se trata es de que el juez no conceda un valor privilegiado a algunos documentos, renunciando así el juzgador, de hecho, a la libre valoración de la prueba. Es decir, lo que se intentaba era decirle al juez que buscara pruebas, que apreciara en su conjunto el material probatorio, y no que creyera en una sola prueba. Es exactamente lo mismo que sucede cuando el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aduce que «la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito». Y nadie se ha atrevido a mantener ni por un asomo que esta norma, cuando se aplica por analogía en el juicio oral, constituya una norma de prueba legal. Porque simplemente no lo es. Bien al contrario, este precepto, y el resto de normas análogas del Codex, son reglas que tratan de guiar y promover la libre valoración de la prueba⁷⁸.

Exactamente lo mismo sucede en el momento en que el Codex regula la prueba testifical, cuando indica que no tiene valor la declaración testifical por sí sola, si no viene corroborada por otras pruebas⁷⁹, punto este último —la valoración conjunta— que es característico de la valoración libre de la prueba. Exactamente lo mismo sucede cuando se exige que el testigo sea honesto y que deba prestar juramento⁸⁰: la honestidad la va a medir libremente el juez al valorar el testimonio, y el juramento solamente es una forma de co-

⁷⁴ Codex, Libro IV, título XIX, 5.

⁷⁵ Codex, Libro IV, título XIX, 6.

⁷⁶ Codex, Libro IV, título XIX, 6, Authent.

⁷⁷ Codex, Libro IV, título XIX, 7.

⁷⁸ Este carácter admonitivo se ve todavía más claro en Codex, Libro IV, título XXI, 1, y especialmente en el inciso 20, cuando se explica el procedimiento del cotejo de letras. Vid. también Codex, Libro IV, título XIX, 18, así como los preceptos que aluden a los procesos en que se pone en cuestión la condición de esclava de una persona, determinándose que la prueba que debe aportarse es la manumisión de la madre, y no la prueba indiciaria consistente en demostrar que los hermanos de la demandada son libres (Codex, Libro IV, título XIX, 17). Aunque al contrario, se indica que el hecho de que los hermanos sean esclavos no prueba que esa persona sea esclava también (Codex, Libro IV, título XIX, 22). También se expresan admoniciones en el siguiente caso: en caso de demostrarse el robo de los documentos de compra de una persona, se presume que dicha persona es esclava (Codex, Libro IV, título XIX, 20). Ello no es una norma de prueba legal, puesto que la existencia del robo se demostrará a través de pruebas de libre valoración.

⁷⁹ Codex, Libro IV, título XX, 4.

⁸⁰ Codex, Libro IV, título XX, 5.

roborar dicha honestidad, dado que en este caso ni siquiera tiene la fuerza de la confesión.

Pero en relación con la prueba testifical, ya se encuentran finalmente preceptos de prueba legal, simplemente porque en los casos que vamos a ver el legislador sí que da el paso final hacia la valoración tasada, consistente en prohibir otra alternativa a su mandato. Ya no permite que el juez valore la credibilidad de algunos testigos, sino que le señala que los testigos indicados por la ley simplemente no son creíbles. De ese modo, son normas de prueba legal las que prohíben declarar a ascendientes y descendientes en los procesos entre unos y otros⁸¹, o los preceptos que prohíben declarar a libertos⁸² y a esclavos sobre hechos relacionados con su dueño aunque no sobre hechos propios⁸³, pese a que se prohíbe genéricamente la declaración del testigo. También son normas de prueba legal las que prohíben el testimonio de un único testigo⁸⁴, o el testimonio en causa propia⁸⁵. O aún más evidente son las que exigen 5 testigos para acreditar el parentesco, y 3 si además se tienen documentos de dicho parentesco⁸⁶. También se exigen 5 testigos para probar la existencia de una deuda que no consta en documento. O incluso constanding, que éste se hubiere perdido por fuerza mayor⁸⁷. Todo ello sí que son normas de prueba legal, pese al matiz de que la valoración de los testimonios sea, como ya dijimos anteriormente, libre.

Por consiguiente, cabe extraer la conclusión de que el sistema romano, incluso en época justiniana, era libre, pero en él existían algunas pocas normas de prueba legal cuya trascendencia no debiera sobredimensionarse, si se tiene en cuenta la enorme cantidad de casos concretos que quedaban fuera de los mandatos de las pruebas legales referidas.

Junto al Derecho Romano, contemporáneamente contamos con el testimonio del Derecho Germánico. Sin entrar en un examen de todo él, sí conviene tener en cuenta dos de sus leyes que más influyeron posteriormente en época medieval, y que cronológicamente su promulgación ya pertenece a la más alta Edad media: el *Liber iudiciorum*⁸⁸ y la *Lex Salica*⁸⁹.

El *Liber* también contiene normas de prueba legal, pero son asimismo escasas. Se parte nuevamente de la libre valoración⁹⁰, aunque se acude en se-

⁸¹ Codex, Libro IV, título XX, 6 y 9.

⁸² Codex, Libro IV, título XX, 12.

⁸³ Codex, Libro IV, título XX, 8. Aunque la prohibición acabó alcanzando a cualquier declaración del esclavo. Vid. Codex, Libro IV, título XX, 11.

⁸⁴ Codex, Libro IV, título XX, 9.

⁸⁵ Codex, Libro IV, título XX, 10.

⁸⁶ Codex, Libro IV, título XX, 15, 1.

⁸⁷ Codex, Libro IV, título XX, 18.

⁸⁸ Se trabaja con la edición del *Fuero Juzgo*, realizada por la Real Academia Española en Madrid 1815, Reedicción facsímil de Valladolid, 1990.

⁸⁹ Se utilizará el texto publicado por BEHREND, y corregido por A. BORETTUS de Berlín, 1874. Una versión posterior, más ampliada y traducida al alemán, puede encontrarse en K. A. ECKHARDT, *Lex Salica, 100 Titel-Text*, Weimar, 1953.

⁹⁰ *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, II. «... E si la una de las partes diere otras tantas testimonias cuemo el otra parte, el iuez debe primeramente catar quales deven seer mas creydas...».

guida al juramento en caso de duda⁹¹, lo que no es más que la sustitución de la antigua ordalía y, en definitiva, la anulación de cualquier actividad de valoración probatoria, libre o legal. Las normas de valoración legal que se contienen en el *Liber*, aunque con alguna variación, no suponen cambios demasiado sustanciales con respecto a las establecidas en el *Codex*. Se concretan bastante los supuestos de testigos desleales a los que se aplica la prohibición de testificar⁹², y se establece la prohibición de testificar para los menores de 14 años⁹³ y para los familiares⁹⁴. Seguidamente se le da un valor privilegiado al documento frente al testimonio⁹⁵, y se detallan las normas para confeccionar documentos que están llamados a tener pleno valor probatorio⁹⁶, que de hecho son los antecedentes de los documentos públicos. Por tanto, como se ve, las normas de prueba legal en absoluto representan en esta compilación una parte sustancial de la misma.

Sin embargo, la *Lex Salica* carece casi por completo de estas normas. Se trata, como es sabido, de fragmentos de un texto del siglo VI promulgado por Clodoveo I, rey de los Francos, que recopilaba y actualizaba buena parte de las más antiguas leyes germánicas, y que estuvo en gran medida en vigor hasta el siglo XIII aproximadamente, sin descartar que parte de sus preceptos siguieron rigiendo mucho después⁹⁷.

Las normas contenidas en la misma disponen también, en general, la libre apreciación de la prueba. El frecuente uso de la palabra «*adprobatum*» con respecto a los más variados delitos, sin más matizaciones, así lo demuestra. Sólo se localizan unas pocas reglas que podrían calificarse, no sin alguna explicación previa, como prueba legal. En concreto la XLVI (*De hac fami-rem*)⁹⁸ y la LVI (*De eo qui ad mallum venire contemnit*)⁹⁹.

⁹¹ *Fuero Juzgo*, Libro II, título II, VI. «En los pleytos que el iues oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas e sus pruebas, y el iuez debe catar qual prueba mejor. E si por las pruebas non pudiere saber la verdad, estonze debe mandar el iues a aquel de quien se querellavan, que se salve por su sacramento, que aquella cosa quel demandan, non la ovo, nin la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello quel dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V. sueldos.»

⁹² *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, I. «Los omizeros, é los sorteros, é los siervos, é los ladrones, é los pecadores, é los que dan yervas, é los que fuerzan las muieres, é los que dixieron falso testimonio, é los que van por pedir conseio a las sorteras: estos non deven recibir por testimonio en nenguna manera». En cuanto a los siervos, vid también *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, IV y X.

⁹³ *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, XII.

⁹⁴ *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, XIII.

⁹⁵ *Fuero Juzgo*, Libro II, título IV, III. «Quando la testimonia dize una cosa, y otra cosa es escripto, en lo que él dixo, maguer que lo quiera desdezir, mas debe valer el escripto.»

⁹⁶ *Fuero Juzgo*, Libro II, título V, especialmente I, III, X, XI, XV.

⁹⁷ Uno de ellos, el LIX, 5, probablemente el más conocido, el que establece la preferencia de los varones en la herencia de tierras, que ha influido hasta en la mismísima Constitución Española de 1978 en cuanto a la sucesión al trono. «De terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit sed ad virilem sexum qui fratres fuerint, tota terra perteneat.»

⁹⁸ «I. Hoc convenit observare ut thunginus aut centenarius mallo indicant et scutum in illo mallo habere debent et tres homines tres causas demandare debent. Postea requirent hominem qui ei non perteneat et sic fistucam in laisum jactet. Et ipse in cui laisum fistucam jactavit, in casa ipsius manere debet. Et hospites tres vel amplius collegere debet et de facultatem quantum ei creditum est in potestatem suam habere debet. Et postea ipse cui isto creditum est, ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea aut ante rege aut in mallo illi cui fortuna sua depotavit reddere debet et accipiat fistucam in mallo ipso. Ante XII menses quos heredes appellavit in laisum jactet; nec minus nec ma-

(Nota 99 en página siguiente)

La primera de ellas se refiere a la transmisión de la propiedad de una forma bastante arcaica¹⁰⁰, que se exige que sea realizada en presencia de tres testigos, que posteriormente, junto con otros, tendrán que atestiguar lo que sucedió si alguien lo pusiera en duda. La segunda es similar, pero con el pretexto de acreditar el incumplimiento de una sentencia. También se exige la presencia de testigos, en este caso doce. Tres para atestiguar que la sentencia contenía la condena y que ésta ha sido incumplida, tres más que atestigüen que el condenado no cumplió la sentencia en los siguientes cuarenta días, tres más que testimonien que le citaron para que procediera al cumplimiento, y tres más que den fe de que no cumplió en esta última oportunidad.

Todo ello no son más que disposiciones de Derecho más bien privado, ciertamente, pero estaban llamadas a tener una eficacia probatoria en el proceso. Siendo así, es obvio que son normas de prueba legal, pero dichas normas, como se deduce claramente de lo anterior, no son nada frecuentes. Lo cual quiere decir que en la amplia zona de Europa en la que rigió la Ley Sálica hasta el siglo XIII, obviamente no existían apenas preceptos de prueba legal.

Este panorama es el que tenían ante sí los legisladores más influyentes de la Baja Edad Media y de la época inmediatamente posterior. Es decir, los que redactaron las Partidas¹⁰¹ y la *Constitutio criminalis Carolina*¹⁰², las dos leyes generalistas más relevantes de ese periodo. En estas leyes sí que se empiezan

jus nisi quantum ei creditum est. 2. Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit et quomodo vidissent hominem illum qui fortuna sua dare voluerit in laisum illius quem jam elegit fistucam jactare: debent denominare illo qui fortuna sua in laiso jactat et illo quem heredem appellat similiter nominent. Et alteri tres testes jurati dicere debent quod in casa illius qui fortuna sua donavit ille in cuius laisu fistuca jactata est ibidem mansisset et hospites tres vel amplius ibidem collegisset et in beodum pultis manducassent et testes collegissent et illi hospites ei de susceptione gratias egissent. Ista omnia illi alii testis jurato dicere debent et hoc quod in mallo ante regem vel legitimo mallo publico ille, qui accepit in laisum fortuna ipsa aut ante regem aut in mallo publico legitimo hoc est in mallobergo ante teoda aut thunginum fortunam illam, quos heredes appellavit publice coram populo fistucam in laiso jactasset; hoc est novem testes ista omnia debent adfirmare».

⁹⁹ «1. Si quis ad mallum venire contempserit aut quod ei a rachineburgii fuerit iudicatum adimplere distulerit, si nec de compositione nec in eo nec de ulla legem fidem facere voluerit, tunc ad regis praesentia ipso manire debet. Et ibi duodecim testes erunt qui per singulas vices tres jurati dicant, quod ibi fuerunt ubi rachineburgius iudicavit, ut aut ad in eo ambularet aut fidem de compositione faceret et ille dispexerit. Iterum alii tres jurare debent ut ibi fuissent illa die quando rachineburgii iudicaverunt, ut aut per in eo aut per compositione se educeret, hoc est de illa die in XL noctis in mallobergo iterum ei solem collocaverit et nullatenus legem voluerit adimplere. 2. Tunc eum debet manire ante regem hoc est in noctes XIV et tria testimonia jurare debent, quod ibi fuerunt ubi eum manivit et solem collocavit. Si nec tunc venit, ista novem testimonia jurati sicut superius diximus dicant. Similiter illa die si non venerit, collocet ei solem et illa tria testimonia qui ibi fuerunt ubi collocavit solem, iterum jurare debent. Tunc si ille qui admallat, ista omnia impleverit et qui admallatus est, ad nullum placitum venire voluerit, tunc rex ad quem manitus est, extra sermonem suum ponat eum. Tunc ipse culpabilis et omnes res suas erunt. Et quicumque eum aut paverit aut hospitalem dederit, etiam si uxor sua proxima, hoc est DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur, donec omnia que imputatur componat».

¹⁰⁰ Tocando el otorgante con su vara el vientre del receptor.

¹⁰¹ Se trabajará con el texto de I. SANTPONS BARBA, R. MARTÍ DE EIXALÀ y J. FERRER SUBIRANA, *Las siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, Barcelona, 1844.

¹⁰² Vid. J. KOHLER, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen. Text, Erläuterung, Geschichte*, Reed, de 1968.

a ver, con más frecuencia, normas de prueba legal. Pero tampoco se confirma en ellas la conclusión tan frecuentemente reiterada, de que el Derecho previo a las codificaciones del siglo XIX se caracterizaba por la frecuente utilización de normas de prueba legal. No obstante, la formulación de dichas leyes ya no está formulada en tono admonitivo, sino que es mucho más tajante, hasta el punto de convertir las antiguas orientaciones romanas en auténticas prohibiciones, lo que supone un cambio relevante en el sistema. Previa la exposición del contenido de las dos leyes citadas trataré de justificar dicho cambio.

Las Partidas ven la luz hacia mediados de ese mismo siglo XIII. En dicho texto, tras una detallada exposición de diversos casos de carga de la prueba¹⁰³, y una prohibición genérica de las ordalías¹⁰⁴, abundan también las admoniciones para el juez, que no excluyen la libre valoración de la prueba, como la que señala que puede probarse el fallecimiento como hecho notorio si el deceso pudo suceder hacía más de 10 años, y que en cambio son precisos testigos directos de la muerte y el entierro, si el óbito acaeció en un plazo inferior a cinco años¹⁰⁵. Pero existen muchas más a lo largo de toda la obra legislativa, puesto que es sabido que las Partidas son un texto a medio camino entre una norma y un manual.

En cambio, auténticas normas de prueba legal son las prohibiciones de testificar, y éstas son precisamente las que han propiciado la fama de que las leyes medievales contenían muchas normas de prueba legal, porque son ciertamente muy numerosas, y reflejan la mayoría de prejuicios de la época¹⁰⁶, así como algunas de las prohibiciones cuyos restos aún existen hoy en día, muchas de las cuales son copia, como puede verse, de las disposiciones del Codex y del *Liber iudiciorum*, aunque corregidas y relevantemente aumentadas. De ese modo, se estableció la prohibición de testificar a los menores de veinte años en pleitos criminales y de catorce en pleitos civiles, salvo que en ambos casos tuvieran buen entendimiento¹⁰⁷. También se prohibió testificar a los familiares en los pleitos que tuvieran entre sí¹⁰⁸, a los enemigos¹⁰⁹ así como a los vendedores en pleitos sobre la cosa vendida, a los jueces en procesos que les correspondiera juzgar o hubieran juzgado, salvo que tuvieran que declarar ante la superior instancia precisamente sobre lo que hubieran resuelto¹¹⁰. Asimismo se impidió la declaración de Abogados y Procuradores en pleitos de sus clientes, salvo que solicite su testimonio la contraparte, y

¹⁰³ Partida III, título XIV, Leyes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 10.

¹⁰⁴ Aunque concretándola en los duelos. Partida III, título XIV, Ley 8.

¹⁰⁵ Partida III, título XIV, Ley 14.

¹⁰⁶ La Partida III, título XVI prohibía testificar a muy diversas personas, incurriendo en evidentes situaciones discriminatorias: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahures, lesbianas transvestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que «tirassen mas a varon que a muger» (Ley 17).

¹⁰⁷ Partida III, título XVI, Ley 9.

¹⁰⁸ Partida III, título XVI, Leyes 14, 15 y 16.

¹⁰⁹ Partida III, título XVI, Ley 22.

¹¹⁰ Partida III, título XVI, Ley 19.

en las mismas condiciones a los representantes legales en procesos que ellos mismos promoviesen¹¹¹. Se vedó también la declaración de los compañeros de profesión, en procesos relacionados con su actividad profesional¹¹². También se prohibió declarar a las propias partes (o a sus dependientes) en pleito propio, salvo que fuere a petición de la parte contraria¹¹³.

Al margen de esas prohibiciones, existían también otras normas de prueba legal que se inmiscuían aún más en la valoración. De ese modo se establecieron las siguientes reglas tasadas:

- Prohibición de probar sólo por presunciones en el proceso penal, salvo en el caso de adulterio¹¹⁴.
- Exigencia de la presencia de dos testigos en cualquier pleito para dar por probado un hecho, o incluso de más en casos particulares¹¹⁵.
- Prohibición del testimonio de referencia¹¹⁶.
- Los documentos, en general, realizados según lo establecido en las leyes¹¹⁷ tenían valor de prueba plena en cuanto al contenido de dichos documentos. Indudablemente la tenían los documentos públicos¹¹⁸, estableciéndose el valor privilegiado del testimonio del escribano (de buena fama) sobre su autoría de un documento público, salvo prueba de falsedad¹¹⁹.

Por último, existía la figura del juramento¹²⁰, que no era en realidad prueba, dado que excluía la celebración de dicha prueba¹²¹ y, de hecho, en ocasiones trataba de ser evitado si existían pruebas sobre el hecho¹²². Además, ni siquiera podía realizarse en todo caso, sino que existían excepciones¹²³. Desde luego, lo declarado bajo juramento tenía valor legal en lo que perjudicase al declarante, pero lo lógico es que lo más frecuente fuera que ambas partes jurasen y que los juramentos se anulasen entre sí. Pero insisto en que el juramento no es una prueba. Como ya indiqué, es un residuo de la ordalía y, al igual que ésta, excluye la prueba.

¹¹¹ Partida III, título XVI, Ley 20.

¹¹² Partida III, título XVI, Ley 21.

¹¹³ Partida III, título XVI, Ley 18.

¹¹⁴ Partida III, título XIV, Ley 12.

¹¹⁵ Partida III, título XVI, Ley 32. Se exigían, como digo, dos testigos, salvo que quien testificara fuera el Rey, en cuyo caso podía declarar como único testigo. Se exigían en cambio 5 testigos si no existía prueba documental en los procesos de reclamación de cantidad. Y en los procesos testamentarios se exigían 7 testigos, 8 si el finado era ciego. O 5 en casos de mandas. El número máximo de testigos en cualquier pleito era de 12.

¹¹⁶ Partida III, título XVI, Ley 28. En esta importante ley se detallan bastantes orientaciones sobre cómo interrogar a un testigo. Una puntual excepción a la prohibición del testimonio de referencia se halla en la Partida III, título XVI, Ley 29, en los procesos sobre obras antiguas, si no vivieren testigos directos de su ejecución.

¹¹⁷ Las múltiples de la Partida III, título XVIII, en especial la Ley 114.

¹¹⁸ Partida III, título XVIII, Leyes 28, 54 y 55.

¹¹⁹ Partida III, título XVIII, Leyes 115 y 117.

¹²⁰ Su regulación es detallada y extensísima. Está en todo el título XI de la Partida III.

¹²¹ Así se reconoce en la Partida III, título XI, Ley 18: «...si le dieren la jura en lugar de prueba...».

¹²² Partida III, título XI, Ley 10.

¹²³ Partida III, título XI, Leyes 9 y 18 especialmente.

Diferente del juramento era la confesión (*Conocencia*)¹²⁴. Si se lee solamente la Ley 2 del título XIII de la Partida III, es posible quedarse con la conclusión de que la confesión realizada bajo juramento tenía valor legal, porque así se dice literalmente tanto para los procesos civiles como para los penales. Pero en realidad no es así. Si se avanza en la lectura hasta las Leyes 6 y 7, volvemos a encontrar preceptos simplemente admonitivos que detallan a modo de ejemplo diversas situaciones en las que la confesión no debe ser creída. Y una de ellas, la más genérica, impide que la confesión haga prueba plena si lo declarado «no es cierto», o es «*contra natura*». Es decir, que el juez, como le dice la Ley 6, debía preguntar a las partes para averiguar la verdad de los hechos, y por supuesto debía aplicar las máximas de experiencia para comprobar si lo declarado era posible o no. Por tanto, en estas condiciones, la única conclusión posible es declarar que en las Partidas la confesión no tenía valor legal. Y que solamente fueron las leyes posteriores, y la práctica, las que confundieron¹²⁵ y mezclaron la eficacia del juramento, especialmente el deferido¹²⁶, con la confesión¹²⁷, y le dieron finalmente un valor absolutamente privilegiado a dicha confesión, confundidos probablemente por el tenor un tanto vehemente de las frases del preámbulo del título XIII de la Partida III que describían la *Conocencia*¹²⁸, pero que se desmentía claramente por las leyes posteriores.

Y, como siempre, todo el resto de la prueba era, sin duda, de libre valoración¹²⁹, recordándose ello específicamente con respecto a la prueba en documento privado, aunque no sin posibilidades de que pudiera tener valor tasado¹³⁰. Sin embargo, con las Partidas el número de normas de prueba legal aumentó, aunque sin excluir normalmente la libre valoración sino que, bien al contrario, tratando de propiciarla cuando fuera posible. Las pruebas más frecuentes, es decir, los testimonios y los documentos privados, seguían siendo de libre valoración. Es cierto que en los puntos señalados el margen de maniobra del juez castellano se redujo mucho más allá de lo que se había reducido para los jueces romanos. Pero en ningún caso se anuló la libre valoración en el mayor número de casos.

¹²⁴ Partida III, título XIII.

¹²⁵ Vid. al respecto F. JIMÉNEZ CONDE, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Madrid, 2007, pp. 22 y ss.

¹²⁶ Partida III, título XIII, Ley 2.

¹²⁷ Se comprueba perfectamente este extremo leyendo a L. GÓMEZ NEGRO, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1838, p. 99: «Como la confesión es un medio de prueba [...] A este medio de prueba pertenece también la del juramento, como que realmente no es otra cosa que una relación jurada».

¹²⁸ «*Conocencias fazen a las vegadas las partes, de la cosa, o del fecho sobre que les facen preguntas en juyzio; de manera que non ha menester sobre aquel pleyto otra prueba, nin otro averiguamiento*».

¹²⁹ Prueba documental: Partida III, título XVIII, Leyes 112, 116, 117, 118. Prueba testifical: Partida III, título XVI, Leyes 26, 28, 30, 31. Vid. especialmente las Leyes 40, 41, en donde se explica muy detalladamente la mecánica de la libre valoración de esta última prueba.

¹³⁰ Partida III, título XVIII, Ley 119: valor libre del documento privado, salvo juramento de la contraria sobre su autoría o que comparecieran dos testigos diciendo que la contraria realizó ese documento. Ley 121: valor libre del documento contable, salvo juramento del finado sobre dicho documento, o testimonio de un presente en la confección del mismo.

En la *Constitutio criminalis Carolina* de 1532, la tendencia creciente hacia la prueba legal se invierte, menguando considerablemente, puesto que se parte en todo momento de la libre valoración del juez¹³¹, sólo con algunas pocas restricciones copiadas quizás de las Partidas. En este sentido, se prohíbe testificar a testigos cuya fama se desconozca, así como a aquellos que fueron sobornados. No obstante, las tres normas por las que la *Carolina* ha pasado por ser —entiendo que erróneamente— un texto legislativo que impulsaba decididamente la prueba legal, son el valor legal de la confesión¹³², la prohibición del testimonio de referencia¹³³, así como la necesaria existencia de dos o tres testigos para probar un hecho¹³⁴. Y entiendo que es una exageración inferir que de la existencia de esas pocas reglas, por frecuentes que fueran —especialmente la confesión, que se forzaba no pocas veces— el sistema probatorio de la *Carolina* fuera el legal. Nada más lejos de la realidad. Más que la confesión, lo que excluía la labor probatoria del juez era el juramento, que insisto en que no es ningún medio de prueba. Los testimonios de los testigos que comparecían a declarar, una vez cubierto su número, eran de libre valoración. Que se prohibiera el testimonio de referencia sí que es una norma de valoración legal, pero me parece que solamente por la existencia de esa regla no se puede calificar todo un sistema de legal, o de predominantemente legal, puesto que queda al margen todo el resto de la actividad probatoria.

En resumidas cuentas, con la *Carolina* sucedió exactamente lo mismo que con las Partidas. Existen pruebas de valoración legal. Sorprenden bastante al lector y se convierten en normas de uso frecuente en la práctica porque impiden toda discusión y simplifican el trabajo judicial. Y a partir de ahí es fácil pasar a la errónea creencia de que la libre labor probatoria del juez no venía impulsada por las leyes. Según se acaba de ver, en realidad la intención era justamente la contraria.

Se han intentado dar explicaciones dignas a esta situación, como que el modo de pensar de la época estaba lastrado por el pensamiento escolástico¹³⁵, que usualmente buscaba un argumento corroborador en un texto de autoridad para dar por probada una conclusión. En materia probatoria, el texto de autoridad habría sido la ley¹³⁶. Pero me parece un argumento poco ajustado a la realidad, aunque esté cargado de erudición. A buen seguro, la

¹³¹ Lo que se confirma indirectamente en el art. 62. *Von beweisung der missethat. Item wo der beclagt nichts bekennen oder der anclager die geclagten misshandlung beweisen wollte, damit solle er, als Recht ist, zugelassen werden.*

¹³² Art. 62. *Art. 65. Wie zeugen sagen sollen. Item die zeugen sollen sagen von jrem selbs eigen waren wissen mit antzeigung jrs wissens gründlicher vrsach. So sy aber von frembden hören sagenn wurden, das soll nit genugsam geacht werden.*

¹³³ Art. 67. *Vonn genugsamen Bezeugknus. Item so ein Missethat zum wenigstenn mit zweien oder dreien glauphaftigenn guten zeugen, die vonn einem waren wissen sagen, bewisen würdt, daruff soll nach gestalt der verhandlung mit peintlichem rechten vollnfaren vnnnd geurteilt werden.*

¹³⁴ Cfr. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, p. 75.
¹³⁵ Es la explicación que ofrece, entre otros, W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860, p. 630.

escolástica tuvo un papel destacado en la instrucción de los juristas de la época, pero no creo que pueda hacerse responsable a esta corriente de pensamiento de los excesos acaecidos, entre otras cosas, porque era muy escasa la instrucción de muchos de los jueces que aplicaban estrictamente esas normas de prueba legal.

Lo que probablemente debió ocurrir es que igual que para los abogados debía ser más cómodo recurrir a estas normas de valoración legal, también lo era para los jueces, porque podían resolver los casos de forma prácticamente matemática, renunciando a todos los instrumentos que más adelante describiré para proceder a una auténtica valoración de la prueba¹³⁷. Llevados del valor privilegiado del juramento, debieron dejar de tomar auténtica declaración a testigos y partes, lo que hizo probablemente que a las partes ya ni las escucharan, sino que como se ordenó en Castilla en 1387, los litigantes en la confesión debieran contestar simplemente «niego o confieso, o la creo o no la creo; y si respondiére que no sabe, no le sea recibida la tal respuesta»¹³⁸. Con los testigos debió suceder algo muy similar¹³⁹, siendo valorados estos últimos simplemente «a peso»¹⁴⁰, puesto que a buen seguro que acabaron declarando de la misma forma escueta y manifiestamente inútil que las partes, como es notorio que sucedía en España con enorme frecuencia bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, hasta que fue derogada en el año 2000. La prueba testifical se acabó desvalorando, porque nada surgía de ella y nadie creía a los testigos. Lo mismo que ocurría con las partes que simplemente debían contestar «es cierto» o «no es cierto» a las llamadas «posiciones», es decir, las afirmaciones que la parte contraria le invitaba a reconocer, suprimiéndose del uso forense algo que nada tenía que ver con las posiciones, que eran las «preguntas» que podían ser formuladas en la confesión¹⁴¹, pero que no se utilizaban en la realidad práctica. Se llegó realmente a una negación de la actividad probatoria a través de estos dos medios, que sólo ha contribuido a paliar parcialmente la actual libertad del interrogatorio al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, pese a lo mucho que se arrastra, y aún se arrastrará, de los usos forenses anteriores, básicamente porque existe un

¹³⁷ Aunque tenía otras implicaciones más importantes, de ahí también el brocardo *iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. Vid. K. W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967.

¹³⁸ Nov. Recop. Libro XI, título IX, Ley 1.

¹³⁹ Nov. Recop. Libro XII, Título XXXII, Leyes X, XVI y XVII.

¹⁴⁰ Vid. J. JAUMAR Y CARRERA, *Práctica forense*, Barcelona, 1840, p. 48: «Hacen prueba plena las confesiones judiciales, las declaraciones de dos testigos contestes y mayores de toda escepcion, los instrumentos ó escrituras públicas y auténticas, las privadas contra el que las firmó siendo reconocidas por él mismo, las evidencias ó pruebas materiales, y las presunciones *juris et de iure* y hasta las *juris* solamente, mientras no se justifique lo contrario. La constituyen semiplena las confesiones extrajudiciales, las declaraciones de un solo testigo, la fama pública, el cotejo de letras en sumas de gran cuantía, y las presunciones judiciales. Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale á una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta á las dos semiplenas una de plena».

¹⁴¹ Art. 582. LEC 1881. La parte interesada podrá presentar las posiciones en pliego cerrado, que conservará el Juez sin abrirlo hasta el acto de la comparecencia para absolverlas.

También podrá reservarse para dicho acto la presentación del interrogatorio, solicitando sea citada al efecto la parte que haya de declarar.

déficit en la formación de los juristas en general en cuanto a las técnicas de los interrogatorios. Pero de este tema me ocuparé más adelante.

Por todo ello, cabe concluir que el sistema de valoración probatoria previo a las codificaciones del siglo XIX no era predominantemente el legal, sino el libre, aunque con más normas de prueba legal que las que existen actualmente. Solamente los usos forenses debieron hacer que sucediera lo contrario¹⁴² y que el sistema se hiciera predominantemente legal, creando una realidad que, en efecto, contravenía lo ordenado claramente por las leyes¹⁴³ y lo que, en definitiva, se deducía de la pura lógica: que el sistema de pruebas legales no podía estar concebido para anular por completo la racionalidad del juez¹⁴⁴.

Esta situación propició que los legisladores del siglo XIX se esforzaran en podar el ordenamiento de la mayoría de estas normas, para evitar esa interpretación manifestamente extensiva. Algunas de ellas quedaron en el proceso civil, pero fueron eliminadas casi por completo en el proceso penal.

Quedaron las normas que otorgaban valor privilegiado a la prueba documental, a la confesión y en ocasiones al juramento. Fue lo acaecido en Francia, donde el *Code civil* previó, y aún prevé, que el documento público (el «titre» o «acte authentique»), haga prueba plena de lo acordado entre las partes¹⁴⁵. Y, como digo, asimismo poseen valoración legal la confesión¹⁴⁶ y el juramento decisorio¹⁴⁷.

Esas normas han tenido una influencia extraordinaria en el resto de legislaciones europeas, en las que, de hecho, aún se encuentran exactamente esas normas de valoración legal junto al juramento. Es lo que ha sucedido en Bélgica¹⁴⁸, así como con respecto a la prueba documental en Italia¹⁴⁹, Portu-

¹⁴² Y que se dijeran frases como la siguiente, reproducida por KROLL, *Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß*, cit., p. 12, de un manual antiguo de Derecho de los Estados alemanes: «Nur der Richter, nicht der Mensch als solcher braucht überzeugt zu werden».

¹⁴³ Testimonio de esa realidad que superaba y contravenía el texto legal, y que obligaba a «pesar» las pruebas, es la obra de J. JAUMAR Y CARRERA, *Práctica forense*, Barcelona, 1840, p. 48, antes citada y reproducida.

¹⁴⁴ Así, V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, p. 129.

¹⁴⁵ **Article 1319.** L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.

Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

¹⁴⁶ **Article 1356.** L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre lui.

Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

¹⁴⁷ **Article 1363.** Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

¹⁴⁸ Vid. D. MOUGENOT, «La preuve en Droit belge», en: AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, pp. 69 y ss.

¹⁴⁹ **Art. 2700.** Efficacia dell'atto pubblico. L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichia-

gal¹⁵⁰ y Grecia¹⁵¹. En estos cuatro últimos países, los documentos privados no impugnados también hacen prueba plena¹⁵². Incluso en Alemania¹⁵³, donde rige en toda su extensión la libre valoración¹⁵⁴, tienen valor legal los documentos públicos¹⁵⁵ y privados firmados por su autor¹⁵⁶, los actos del proceso y la sentencia¹⁵⁷. Con respecto a la confesión, mantiene su valor legal en Italia¹⁵⁸,

razioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

¹⁵⁰ **Artigo 371. (Força probatória)** 1. Os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respectivo, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador.

2. Se o documento contiver palavras emendadas, truncadas ou escritas sobre rasuras ou entrelinhas, sem a devida ressalva, determinará o julgador livremente a medida em que os vícios externos do documento excluem ou reduzem a sua força probatória.

¹⁵¹ Arts. 352 y 354 del Κόδικος Πολιτική Δικονομία. Vid. G. ORFANIDES, «Das Beweisrecht in Griechenland», en: AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, pp. 217-218.

¹⁵² **Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados.** 1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

Art. 2702. Efficacia della scrittura privata. La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Artigo 376. (Força probatória) 1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento.

2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão.

3. Se o documento contiver notas marginais, palavras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento.

¹⁵³ Vid. J. W. BRITZ, «Beschränkungen der freien Beweiswürdigung durch gesetzliche Beweisregeln?», ZJP, 110 (1997), pp. 61 y ss.

¹⁵⁴ **§ 286 Freie Beweiswürdigung** 1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

¹⁵⁵ **§ 415 Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen** 1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

Vid. también §§ 416.a) a 418 ZPO.

¹⁵⁶ **§ 416 Beweiskraft von Privaturkunden.** Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

¹⁵⁷ §§ 165.II y 314 ZPO.

¹⁵⁸ **Art. 2733. Confessione giudiziale.** È giudiziale la confessione resa in giudizio. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili.

Portugal¹⁵⁹, Grecia¹⁶⁰, Suecia¹⁶¹ y Finlandia¹⁶². Subsiste el juramento en Italia¹⁶³.

En España los documentos públicos¹⁶⁴ hacen prueba plena de la fecha del documento, de la identidad de los intervinientes, así como del hecho documentado, aunque no sobre la realidad de este hecho¹⁶⁵. Y la declaración de las partes tiene un valor ciertamente controvertido en la doctrina¹⁶⁶, sobre el que más adelante se abundará, pese a que a mi juicio la valoración de este medio de prueba es libre¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Artigo 358.º (Força probatória da confissão) 1. A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente.

2. A confissão extrajudicial, em documento autêntico ou particular, considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena.

¹⁶⁰ ORFANIDES, *Das Beweisrecht in Griechenland*, cit., pp. 217-218.

¹⁶¹ Cap. 35, Sec. 3 del Código de procedimiento judicial. If, in a case amenable to out of court settlement, a party admits a certain circumstances, his admission constitutes full proof against him. If the party withdraws his admission, the court shall determine, in view of the alleged reasons for the withdrawal and other circumstances, the evidentiary value of the admission, if any.

In cases other than those mentioned in the first paragraph, the court shall determine the evidentiary value of the admission with respect to the particular circumstances.

Hay que decir, no obstante, que en este país, salvo en el medio de prueba indicado, todo el resto de la prueba es de libre valoración: Cap. 35, Secc. 1 del Código de procedimiento judicial. After evaluating everything that has occurred in accordance with the dictates of its conscience, the court shall determine what has been proved in the case.

¹⁶² Sobre el sistema sueco, vid. B. LINDELL, «Evidence in Sweden», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 427.

Cap. 17, Section 4 del Código de procedimiento judicial. 1) If, in a case amenable to settlement, a party has admitted a fact in court, this admission shall be binding upon him/her. If the party retracts the admission, the court shall, on the basis of the grounds that the party presents as reasons for the retraction and other circumstances, consider what effect the admission has as evidence.

2) In a case other than that referred to in paragraph 1) the court shall consider what effect the admission of the party has as evidence.

Igual que en Suecia, salvo en el medio de prueba indicado, todo el resto de la prueba es de libre valoración: Cap. 17, Section 2. 1) After having carefully evaluated all the facts that have been presented, the court shall decide what is to be regarded as the truth in the case.

Sobre el sistema fines, vid. S. LAUKKANEN, «The Law of Evidence in the Finnish Judicial System», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 120.

¹⁶³ Arts. 2736-2739 del Codice civile.

¹⁶⁴ Art. 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos. 1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

¹⁶⁵ Igual que en Derecho Portugués. Vid. art. 347 del Código Civil portugués: «(Modo de contrariar a prova legal plena) A prova legal plena só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que dela for objecto, sem prejuízo de outras restrições especialmente determinadas na lei».

¹⁶⁶ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, p. 317. J. L. GÓMEZ COLOMER (con MONTERO y otros), *Derecho Jurisdiccional*, II, Valencia, 2002, p. 290. A. DÍAZ FUENTES, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002, pp. 161 y 162. J. GARBÉRÍ LLOBREGAT, *Introducción al nuevo proceso civil*, Valencia, 2002, p. 248. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal civil*, Cizur Menor, 2007, p. 387. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2007, p. 438.

¹⁶⁷ Artículo 316. Valoración del interrogatorio de las partes. 1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya

La tendencia ascendente hacia la prueba de valoración completamente libre¹⁶⁸ se ha culminado, en realidad, en pocos lugares. Solamente en Austria¹⁶⁹ se encuentra un sistema claramente libre, así como en Irlanda¹⁷⁰ y Reino Unido¹⁷¹, pese a que su modelo se encuentra lastrado por frecuentes reglas jurisprudenciales que son lo más parecido a reglas legales de valoración de la prueba, y que de hecho provienen de esas antiguas reglas, prácticamente idénticas a las que regían en el continente porque también tenían muchas de ellas un origen romano. Más adelante abundaremos en este punto.

En conclusión, el sistema de valoración legal ha conocido tendencias verdaderamente discontinuas, y nunca se ha llegado a imponer por completo en las leyes, dado que las norimas generalistas más importantes nunca renunciaron a la valoración libre de la prueba. Quizás hayan sido las complejidades de este último sistema, así como sus peligros en manos de jueces inexpertos, las razones por las que surgieron históricamente con mayor o menor fuerza. Pero para captar por qué ello pudo ser así, es imprescindible adentrarse en el sistema de libre valoración de la prueba, que se explicará a continuación.

4. LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Como ya se dijo, el sistema de valoración libre de la prueba no nace en ningún momento histórico concreto, o bien podría decirse que surge en el mismo momento en que se realizaron los primeros juicios jurisdiccionales. Se describe muy simplemente. Basta con decir que se trata del sistema que se genera espontáneamente, sin más reflexión ni directriz, del uso cotidiano de la mente humana. Y por ello, como vimos, normas muy remotas lo daban por sentado sin prestarle una especial atención¹⁷².

reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. [...]

¹⁶⁸ Como la defendida, por ejemplo, por H. DEVIS ECHANDIA, «Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial», *RDProc.*, núm. 1, 1996, p. 11.

¹⁶⁹ §. 272. 1) Das Gericht hat, sofern in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurtheilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.

2) Es hat insbesondere in gleicher Weise zu entscheiden, welchen Einfluss es auf die Beurtheilung des Falles hat, wenn eine Partei die Beantwortung von Fragen verweigert, welche durch den Vorsitzenden oder mit dessen oder des Senates Zustimmung an sie gestellt werden.

3) Die Umstände und Erwägungen, welche für die Überzeugung des Gerichtes maßgebend waren, sind in der Begründung der Entscheidung anzugeben.

Vid. también H. W. FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1990, pp. 431-432.

¹⁷⁰ D. MCGRATH, «Irish report on Evidence», en AAVV (ed. Lebre de Freitas), *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Den Haag, 2004, p. 250.

¹⁷¹ P. MURPHY, *Murphy on evidence*, Oxford, 2005, pp. 66-67.

¹⁷² Tales como la contenida en el Deuteronomio 25: 1. Si hubiere pleito entre algunos, y acudieren al tribunal para que los jueces los juzguen, éstos absolverán al justo, y condenarán al culpable.

Por consiguiente, como se explicará más adelante, se trata de un sistema en el que no se intenta otra cosa que el juez utilice las llamadas máximas de experiencia, reglas del criterio humano, leyes del pensamiento, etc. Pero tiene la dificultad de que *a priori* no se establece ningún camino por el que el juez pueda discurrir para realizar la valoración. Se le deja solo con sus pensamientos¹⁷³ y con los materiales que surgieron de la actividad probatoria desempeñada en el proceso.

A) El objetivo general: el máximo acercamiento posible a la verdad

La doctrina ha reflexionado fundamentalmente acerca del objetivo general de la actividad probatoria: la averiguación de... ¿la verdad? En ese punto, y con ese interrogante, se ha desarrollado buena parte de la investigación doctrinal en este sentido, y ahí se ha concentrado también la imaginación de los diversos legisladores. En realidad, se trataba de decirle al juez el objetivo que tiene que conseguir, a fin de que pudiera encauzar mejor su pensamiento, lo cual ha tenido muy diferentes manifestaciones que serán examinadas a continuación. En este sentido se ha querido distinguir entre certeza, verdad, verosimilitud, probabilidad, credibilidad, íntima convicción, duda razonable y algunas otras categorías que, en realidad, sólo tratan de guiar al juez en la realización de una actividad compleja: valorar la prueba y, en definitiva, juzgar.

Debe comenzarse por decir que hasta el siglo XIX nadie había dudado realmente sobre que el fin del proceso era la averiguación de la verdad. Podría decirse que el tema no se había planteado realmente, y probablemente sea cierto, pero la realidad es que hasta ese momento no había habido discusión acerca de que la prueba, como decían las Partidas, tenía por finalidad averiguar una «cosa dudosa»¹⁷⁴. Es decir, que con la actividad probatoria de lo que se trata es de determinar la verdad¹⁷⁵. Ésa había sido sin duda la tradición romana¹⁷⁶, y no parece que se modificara con posterioridad.

¹⁷³ RIVERA MORALES, *Las pruebas*, cit., p. 937.

¹⁷⁴ Partida III, título XIV, Ley 1.

¹⁷⁵ Lo decía en el siglo XIX F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, p. 323: «*Le but de toutes les opérations judiciaires est d'acquérir la connaissance de la vérité*». En el siglo XVIII puede leerse la obra del CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, t. I, 2.ª ed., Valladolid, 1794, p. 94: «*Síguese á la conclusión el auto de prueba, cuya execucion debe limitarse á los hechos del proceso conducentes á descubrir la verdad...*». Del mismo modo, en Francia, lo afirmaba DUMONT, *Nouveau Style Criminel*, t. I, Paris, 1776, p. 81: «*Les accusés ont tant de peine à s'avouer coupables, que les questions qu'on leur fait, les objections qu'on leur oppose, et les contradictions qu'on leur fait remarquer dans leur réponses, ne sauroient être trop vives et trop pressantes pour percer les ténèbres dont ils s'enveloppent, et en faire sortir la vérité*». Y añade: «*Ah! qu'on coupable a fort à faire avec un juge habile qui l'arrête à chaque pas!*». En Inglaterra hacia el año 1765 se publica por primera vez la obra de W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro III, Philadelphia, 1867, pp. 282-283, y en ella se lee: «*And, first, evidence signifies that which demonstrates, makes clear or ascertains the truth of the very fact or point in issue...*». Y yendo aún más atrás, al siglo XVII L. FIGUERA, *Praxis civilis*, Barcelona, 1674, p. 114, se expresa en estos términos: «*quia positio, secundum Doctores est quaedam brevis narratio factum continens ad eliciendam veritatem concepta*», y en la p. 121, con todavía mayor claridad: «*Interrogatoria contra testes ad veritatem*

(Nota 176 en página siguiente)

Pero decir algo así en la actualidad parece que se ha convertido en algo demasiado comprometido, y hasta existen autores que llegan a derivar graves implicaciones políticas de ello¹⁷⁷. Partiendo, en el fondo, de una visión del proceso como patrimonio de las partes, propia del Liberalismo¹⁷⁸, se dice, en concreto, que el objetivo de la búsqueda de la verdad es algo propio de la teoría objetiva de la jurisdicción, que sería publicista y autoritaria porque desde esa perspectiva el fin de la jurisdicción sería únicamente asegurar el respeto del derecho objetivo¹⁷⁹. Y se añade que, al contrario, si la jurisdicción persigue la actuación de los derechos subjetivos de las partes, la búsqueda de la verdad es siempre relativa, puesto que la tutela de los derechos —propia de un sistema dispositivo— se antepone a la búsqueda de la verdad, que sería característica de un sistema inquisitivo¹⁸⁰, propio de sistemas autoritarios como el vigente en la antigua Unión Soviética¹⁸¹.

De ese modo, y desde la perspectiva supuestamente «no autoritaria», en el proceso sólo cabría aspirar legítimamente a una «certeza moral», que no es sino la convicción judicial («medida psicológica de la certeza»). Tal conclusión viene dada por el hecho de que en el proceso civil se tengan por ciertas las afirmaciones concordes de las partes, o que las leyes contengan normas de prueba legal, o de que se persiga el convencimiento psicológico del juez. Todo lo cual, lógicamente, se opone al descubrimiento de la verdad sin matices, lo que se justifica manteniendo que en el proceso obtener la certeza absoluta sería imposible¹⁸². A partir de ahí, se razona lo anterior profundizando en el proceso del Derecho soviético, en el que la verdad objetiva era una de sus máximas aspiraciones¹⁸³, lo que lleva a una implicación oficial del juez en la prueba, que haría el proceso, supuestamente, autoritario¹⁸⁴. Y, curiosamente, lo mismo habría sucedido en el proceso italiano fascista, o en el proceso alemán nacionalsocialista, por haberse propuesto de similar ma-

indagantam post articulos dari deberi docent Specul...», basándose además, este último autor en la opinión de comentaristas muy anteriores como Baldo de Ubaldis, lo que demuestra que la búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba probablemente fue una constante al menos en la mayoría de autores. En todo caso, todos los autores citados, que parten de distintos ordenamientos jurídicos vigentes en cada uno de sus territorios, llegaban a una misma conclusión.

¹⁷⁶ Las referencias a la averiguación de la verdad son múltiples y de diferentes periodos del Derecho romano. Vid. Codex, Libro IV, título XIX, 25, título XX, 5, 11, título XXI, 3, 7.

¹⁷⁷ Vid. J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 49 y ss.

¹⁷⁸ Vid. BREHM, Wolfgang, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen der freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen 1982, pp. 10-11.

¹⁷⁹ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 43.

¹⁸⁰ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 44-45.

¹⁸¹ Al respecto pueden traerse a colación las palabras de TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 94-95: «*D'altronde, come ben sapevano il dottor Goebbels, Stalin e molti altri prima e dopo di loro, l'uso sistematico dell' menzogna e dell'inganno è stato storicamente un tratto caratteristico dei regimi totalitari*».

¹⁸² J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 47-48.

¹⁸³ Lo cual, por otro lado, es cierto, al estar basado su sistema en la libre valoración de la prueba desde el Decreto de Tribunales núm. 1 de 1917, como aclara A. Y. WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, Berlin, 1955, p. 178. Vid. también M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 140. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La valoración de la prueba penal*, en AAVV, «*Escritos en Homenaje al Profesor Prieto-Castro*», t. II, Madrid, 1979, p. 119.

¹⁸⁴ También en este sentido, COHN, «*Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts*», en AAVV, *Erinuerungsgabe für Max Grünhut*, 1965, pp. 31 y ss.

nera el aumento de los poderes del juez en aras de la búsqueda de la verdad objetiva¹⁸⁵.

Todo lo anterior es profundamente discutible, aunque sólo sea por la constatación, fácil de comprobar como acabamos de ver, de que cualquier autor previo al siglo xx, de un modo o de otro afirmaba que la finalidad de la prueba era la averiguación de la verdad, como ya había sucedido en diferentes épocas romanas no sospechosas de inquisición. Además, no todo proceso previo al siglo xx era penal inquisitivo, como es sobradamente sabido. Y por añadidura, probablemente el autor de referencia en esta materia, que propuso el aumento de los poderes del Juez en materia probatoria para hacer el proceso más justo en una época de desarrollismo industrial salvaje, fue Franz KLEIN¹⁸⁶, que se dio cuenta de que el proceso civil, en ese nuevo contexto, debía tener un interés público al formar parte esencial de la economía la protección del crédito¹⁸⁷, lo que hoy en día es una conclusión comunmente aceptada. KLEIN fue una figura de referencia en el procesalismo mundial, lo que provocó que sus ideas influyeran en los más variados contextos político-legislativos, por lo que constituye una conclusión al menos discutible anudar el seguimiento de sus ideas al mantenimiento de un determinado sistema político autoritario. Es posible —y muy frecuente— que un sistema autoritario se aproveche de unas ideas y las canalice en su propio interés¹⁸⁸, pero una conclusión muy diferente es que esas ideas fueran formuladas para construir un sistema autoritario, porque afirmar algo así supone realizar un salto argumental que carece de justificación directa.

También es posible que todo sea fruto, en realidad, de un cierto temor por que el proceso civil se transforme en inquisitivo¹⁸⁹. Pero no puedo extenderme más sobre este tema en este momento. Simplemente he querido dejar en este lugar una mínima reseña de los fundamentos de la citada opinión, sólo a modo de ejemplo, a fin de que se tome conciencia de que podría no ser absolutamente neutral la decisión sobre qué fines concretamente posee la actividad probatoria. No ya doctrinalmente, sino ni tan siquiera políticamente hablando, lo que no deja de resultar un poco insólito en el estudio del Derecho Procesal.

¹⁸⁵ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 49-52.

¹⁸⁶ Una explicación breve de cuál pudo ser el pensamiento de KLEIN, puede hallarse en J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 47 a 49.

¹⁸⁷ Lo explica BREHM, *Bindung des Richters*, cit., pp. 14-15.

¹⁸⁸ Lo cual se demuestra muy claramente leyendo a A. Y. WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, Berlin, 1955, p. 180, cuando mezcla la íntima convicción judicial con la conciencia jurídica socialista del Juez. Pero eso no es culpa del principio de íntima convicción, sino de su indebida utilización política: «Das Dekret vom 30. November 1918 [...] lehnte formale Beweise jeder Art ab und erkannte als alleinige Grundlage für die Entscheidungen in gerichtlichen Verfahren die persönliche Überzeugung und das sozialistische Rechtsbewußtsein des Richters an». Vid. también H. NAGEL, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß*, Baden-Baden, 1967, p. 82, quien subraya precisamente, al hilo de la «conciencia jurídica socialista», no hablaban las normas soviéticas de «libre» apreciación de la prueba, sino de «íntima convicción».

¹⁸⁹ Lo había dicho H. DEVIS ECHANDIA, «El moderno proceso civil inquisitivo y con la libertad para apreciar las pruebas», *RDProc.*, 1965, núm. 1, p. 15: «No existe una evolución histórica uniforme en esta materia, pero puede afirmarse que el camino del progreso va hacia el proceso inquisitivo».

Pero volvamos al tema principal. La reflexión sobre la libre valoración de la prueba no hubiera existido nunca si no se hubiera pensado al menos en que el objetivo de la prueba habría de ser la búsqueda de la verdad, o al menos de algo parecido a la misma ante la evidente imposibilidad ontológica, en muchas ocasiones, de obtenerla. En realidad, la reflexión sobre la libre valoración de la prueba —que no el sistema, que es remotísimo— surge como reacción a los excesos que había provocado el sistema de valoración legal durante la Edad Media y la Edad Moderna. Ya vimos que las legislaciones vigentes en esos tiempos no imponían la valoración legal de forma generalizada, ni tan siquiera la valoración legal del juramento en realidad. Debió ser solamente la corrupción de los usos forenses la que hizo simplificar la realidad y resolver sistemáticamente los litigios a base de juramentos y cómputo del número de testigos, eludiendo una auténtica valoración de la prueba, cuando las leyes, en realidad, nunca ordenaron una actividad reduccionista semejante, sino más bien todo lo contrario.

Como reacción a esa situación del todo inaceptable, surge un movimiento a favor de la recuperación de la búsqueda de la verdad, cuyos exponentes más destacados —aunque no eran originales— finalmente fueron la *intime conviction* en Francia, y la discusión sobre verdad formal y verdad material en Alemania al hilo de la *freie Beweiswürdigung*. Pero ello será explicado a continuación. Vaya por delante que lo único de lo que se trataba con esas novedades era de recuperar unos orígenes —que ya referí— que se habían perdido por completo, hasta el punto de que los autores no se refieren a los mismos prácticamente en absoluto. La doctrina¹⁹⁰ partió de la base de que en el Derecho muy antiguo todo había sido *ordalia*, y que después, con algún paréntesis en Roma, todo había sido prueba legal, creencia que actualmente aún es muy extendida entre la doctrina. Y en verdad lo que sucedía es que los jueces, originariamente, valoraron libremente la prueba, y sólo cuando se hallaban ante una ausencia total de pruebas acudían a una *ordalia*. Y en época romana y medieval lo que en realidad había acontecido es que las leyes orientaron algo más esa libre valoración. Pero que, finalmente, una interpretación fetichista de esas orientaciones había propiciado que en la práctica, dichas guías acabaran por suprimir, no ya la libre valoración del juez, sino la propia valoración de la prueba, realizando una interpretación abusivamente extensiva de esas guías probatorias del legislador.

Y ello, como se puede suponer, había provocado situaciones tremendamente injustas, porque el juez ya no hacía de juez, sino que su labor hubiese podido ser sustituida hoy en día por un ordenador que tuviera en su disco duro las reglas legales de valoración probatoria, habiendo creído el programador que esas reglas legales eran omnicomprendivas. Desde luego, algo

¹⁹⁰ Al menos desde W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, London, 1836 que realiza justamente este relato, pp. 342 y ss, y cuya obra, pese a la edición consultada (la décimonovena) apareció en 1765. De hecho, BLACKSTONE reconoce basarse en la obra de Tácito, que pese a la cita que hace de la misma tiene que referirse a *De origine et situ Germanorum*, que no consta en absoluto que estuviera basada en un conocimiento directo de la realidad germánica estudiada y que, por tanto, puede estar llena de tópicos, como el de la extensión de las *ordalias* entre los pueblos germánicos, que ya vimos que no era tal.

así hoy en día hubiera sido perfectamente posible, técnicamente hablando. Suerte que algunos juristas del siglo XVIII reaccionaron contra esa intolerable y absurda deriva de siglos, y pusieron las bases necesarias para disponer el renacimiento de la valoración libre de la prueba.

Pero es importante destacar que todo ello nació de la búsqueda de la verdad. Si a esos autores no les hubiera preocupado la averiguación de la verdad, desde luego que la reflexión no habría surgido. Sin embargo, percibieron la injusticia derivada de que en el proceso, verdaderamente, se daba cauce a una verdad completamente ficticia, que podía coincidir con la realidad o no. Poco importaba mientras se pudiera dictar la sentencia y despachar burocráticamente el asunto.

Veamos a continuación cuáles fueron los albores y las manifestaciones de dicho despertar, corroborándolo con los datos concretos que atestiguan lo enunciado.

B) Las múltiples manifestaciones del objetivo general

Es este uno de los temas del Derecho procesal en los que, queriendo decir exactamente una y la misma cosa, los legisladores y la doctrina han diferido más en la rúbrica de sus conclusiones y en la manera de explicar el camino que lleva al resultado final de sus elucubraciones. Y ello es verdaderamente sorprendente porque ese resultado final es siempre el mismo: la convicción del juez según un estándar razonable de creencia en unos hechos, lo más coincidente posible con la verdad.

Pero la relación de esas diferentes formas de explicar ese resultado arroja interesantes conclusiones que serán destacadas ahora, en aras de la explicación posterior que se realizará a lo largo de toda la obra.

a) La «intime conviction»

La *intime conviction* que se introdujo en los arts. 312 y 342 del *Code d'instruction Criminelle* francés de 1808 pasa por ser la primera referencia moderna a la libre apreciación de la prueba, y de la que habrían surgido todas las demás manifestaciones de este principio en las legislaciones europeas. Pues bien, dicha afirmación solamente es cierta a medias, ya que si bien es verdad que la mayoría de códigos europeos bebieron en las fuentes de los códigos napoleónicos, no es cierto que la idea de la *intime conviction* naciera en Francia, ni tampoco que dicha idea naciera con ese código. Ni siquiera es verdad que las primeras restricciones a las pruebas legales irracionales vengan de ese periodo, puesto que, por ejemplo, en la misma Francia cabe encontrar la *Ordonnance* de Moulins de 1566, en la que se prohibió que un cierto número de testigos dieran fe de la existencia de un acto jurídico, si no existía un documento que lo ratificase¹⁹¹.

¹⁹¹ Vid. esta referencia a la *Ordonnance sur la réforme de la Justice*, de Moulins de febrero de 1566, en C. LE BRUN DE LA ROCHE, *Les Procez civil et criminel*, Rouen, 1647, p. 418. El texto se

La idea, en realidad, era el resultado de un sentir general de unos cuantos juristas del siglo XVIII¹⁹² que se arrastraba ya de atrás. Existía un gran descontento por el funcionamiento de los tribunales por muchas razones, pero especialmente en cuanto a la valoración probatoria, habida cuenta de la aplicación excesivamente estricta y en buena medida absurda que se estaba realizando de las normas de prueba legal. De ese modo surgió, a caballo entre Italia e Inglaterra¹⁹³, una especie de movimiento contra el sistema de valoración legal de la prueba que habría de culminar con su casi total derogación, al menos en el proceso penal. En 1764 BECCARIA reclamó el valor del «*buon senso*» en la valoración de la prueba¹⁹⁴. Pero en Inglaterra se había desarrollado más esta idea casi al mismo tiempo. Es bien conocida la influencia de LOCKE sobre las ideas políticas de la Ilustración francesa, y también es muy sabido el peso de las ideas de BECCARIA en muchos juristas de los siglos XVIII y XIX. Pero es mucho más oculta la influencia de la obra de 1765 de William BLACKSTONE en materia jurídica en general (su obra fue traducida al francés en 1774¹⁹⁵), y de Jeremy BENTHAM en materia probatoria en particular. Y su estudio es capital porque de sus trabajos se extraen las causas y consecuencias del tránsito hacia el sistema de valoración libre de la prueba.

En la obra de BLACKSTONE no se encuentran en realidad referencias absolutamente directas a la *intime conviction*, pero sí que, indudablemente, se ponen las bases de ese sistema. Cuando BLACKSTONE escribe, en el proceso

encuentra en los puntos 54 y 55 de la citada *Ordonnance*, que cabe localizar en el *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XIV, Paris, 1829, p. 203: «(54) Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vu cidevant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès: avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçue toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières, et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. (55) Les preuves de tortures et professions du vœu monachal, seront reçues par lettres et non par témoins: comme aussi les preuves des jugemens condamnatoires ou absolutoires, dont on voudra s'aider pour reproches, ou salvations de témoins es matières, où lesdits témoignages auront lieu, sauf si la perte des registres estoit alléguée, dont la preuve en tout cas sera reçue».

¹⁹² Así lo reconoce M. TARUFFO, «Libero convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)», *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1.

¹⁹³ Y quizás en los Estados alemanes, a decir de G. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, p. 65, nota 24, quien cita sin más datos a JUSTI (probablemente se refiere Johann Heinrich Gottlob von JUSTI, quizás en los *historische und juristische Schriften*, ed. Garbe, Frankfurt y Leipzig, 1760) que habría dicho en ese año las siguientes palabras: «das corpus delicti ist nicht anderes als die vollkommene Überzeugung des Richters, daß eine Missethat wahrhaftig geschehen sei». Lo que ocurre es que WALTER cita a través de otro autor, K. A. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, Stuttgart, 1933, p. 93, por lo que no me ha sido posible contrastar la referencia. En todo caso, creo que hay que reconocer que las palabras de JUSTI son un tanto indirectas en cuanto a una referencia a la libre valoración.

¹⁹⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, reed. de Acquarelli de Bussolengo, 1996, de la ed. de 1764, p. 45. «Se nel cercare le prove di un delittorichiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi».

¹⁹⁵ *Commentaires sur les loix angloises de M. Blackstone*, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrième édition d'Oxford, Bruselas, 1774.

inglés existían todavía muchas de las exigencias de las pruebas legales de origen romano¹⁹⁶, interpretadas extensivamente, como en casi todos los territorios. Y es que, pese a ser el proceso inglés (civil y penal) un proceso mayoritariamente por jurado, las normas legales existían y se hacían observar por el juez que presidía el jurado.

Pues bien, BLACKSTONE propuso de manera muy discreta su relajación. Dicho autor relata, por ejemplo, cómo una de las más características normas de prueba legal, la exigencia de más de un testigo para dar probado un hecho, se había simplificado en la práctica al permitir que la propia parte litigante aportara su propia declaración en el proceso, constituyendo de ese modo la ficción de un segundo testimonio que corroboraba el primero¹⁹⁷. En cualquier caso, de la lectura del cap. XXIII del libro III de la obra de BLACKSTONE dedicado al juicio por jurado¹⁹⁸, se deduce claramente que pese a la existencia de pruebas legales, el jurado gozaba de una amplia libertad para valorar la prueba, intentando recuperar de ese modo el carácter de directrices admonitivas —que no de instrucciones obligatorias sin matices— que originariamente habían tenido las normas de prueba legal. Al amparo de la obra de BLACKSTONE se potenciaba especialmente la prueba de presunciones, lo que suponía contravenir, como vimos, una de las más antiguas prohibiciones probatorias en el proceso penal¹⁹⁹.

Ello se demuestra en el pasaje en que BLACKSTONE reconoce que pese a que sea algo que deba evitarse, el jurado puede emitir su veredicto en un caso concreto en que exista una ausencia de pruebas. Y el pasaje es especialmente importante porque en estos casos se autoriza al jurado a juzgar según la prueba que tengan «en sus propias conciencias», de acuerdo con «lo mejor de su propio conocimiento»²⁰⁰. Es cierto que BLACKSTONE se estaba refiriendo

¹⁹⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro III, Philadelphia, 1867, pp. 283 y ss.

¹⁹⁷ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 287.

¹⁹⁸ Que debería ser lectura básica para entender los orígenes y realidad de esta institución en la Inglaterra del siglo XVIII, lo que contribuiría a deshacer no pocos equívocos sobre esta conflictiva figura. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 271 y ss.

¹⁹⁹ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 288. «Positive proof is always required, where from the nature of the case it appears it might possibly have been had. But next to positive proof, circumstantial evidence or the doctrine of presumptions must take place; for when the fact itself cannot be demonstratively evinced, that which comes nearest to the proof of the fact is the proof of such circumstances which either necessarily, or usually, attend such facts; and these are called presumptions, which are only to be relied upon till the contrary be actually proved».

²⁰⁰ La lectura de estas líneas es verdaderamente esclarecedora. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 290-291 «As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol evidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attainments came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attainment, in case they could shew by any additional

solamente a los casos en que los jurados tuviesen un conocimiento personal de los hechos, pero no cuesta mucho darse cuenta de que ello debió ser interpretado extensivamente y constituyó la base para que estas frases, así como las ideas de BLACKSTONE relajando las exigencias de las pruebas legales, estuvieran en el origen de la *intime conviction* francesa.

Ahora bien, aun teniendo en cuenta todo lo anterior, no debe desdeñarse la importancia de la obra de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Dicha obra fue la que más influyó al elaborarse el *Code de délits et de peines* de 3 de brumario del año 4²⁰¹, ya que dicho código copia su título precisamente de la obra de BECCARIA, por lo que es evidente que sus ideas fueron tenidas en cuenta.

Pero sea como fuere, la primera referencia a la *intime conviction* se contiene en la Ley de 16-21 de septiembre de 1791²⁰² que desarrolla las instrucciones al jurado, institución creada pocos días antes²⁰³:

proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attainments began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows any thing of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court».

²⁰¹ 25 de octubre de 1795. Aunque no debe olvidarse tampoco la influencia de los enciclopedistas sobre las nociones de «sentido común» y «sentimiento íntimo», que destaca IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, cit., p. 82.

²⁰² Que fue precedido de unos intensos debates que tuvieron lugar en los primeros días de 1791 (hasta el 18 de enero) sobre la oralidad en los procesos, la introducción del jurado y, en fin, sobre el sistema de prueba legal y la *intime conviction*. En concreto, en la sesión de 3 de enero de 1791 afirmó ROBESPIERRE un equilibrio entre prueba libre y legal: «La loi ne peut pas abandonner à la seule conscience du juge le droit de décider arbitrairement; elle lui dit: Vous ne condamnerez personne, à moins qu'il n'existe contre l'accusé des preuves plus claires que le jour. La loi a été plus loin. Elle a même posé des règles pour l'examen et pour l'admission des preuves, règles sans l'observation desquelles les juges ne sauraient condamner, quelle que soit leur conviction. S'il existe des règles, il faut constater qu'elles ont été remplies; le moyen de le constater, c'est l'écriture; sans cela il n'y a plus de barrière à l'arbitraire et au despotisme. La société doit s'assurer que l'accusé n'a été condamné que sur des preuves indubitables... Il faut donc réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge». La posición de A. DUPORT, que fue la que finalmente se impuso, era completamente favorable a la oralidad y a la *intime conviction*, sin ataduras legales. Y así lo indicó en la sesión de 4 de enero de 1791: «Lorsqu'un fait devient l'objet des recherches de la justice, son attention doit se porter à en connaître la vérité. Est-il arrivé, n'est-il pas arrivé? Voilà la seule question. Quels sont les moyens employés pour la connaître? Il y en a de deux sortes. Déterminer d'avance quelles seront les preuves à l'aide desquelles on connaîtra la vérité; astreindre les juges à décider sur ces preuves et à les prendre pour constantes, quelle que soit leur conviction, on bien rassembler devant les juges tous les moyens de connaître la vérité et s'en rapporter à leur opinion et à leur intime conviction. Le premier moyen, ce sont les preuves légales, et le second les preuves morales. Or, je prétends que les preuves légales sont une méthode absurde en soi, dangereuse pour l'accusé, dangereuse pour la société; l'absurde en soi, car n'est-il pas ridicule que la loi ait déterminé d'avance comment on prouvera un fait qu'elle ne connaît pas et dont la combinaison varie à l'infini? Quel fait n'a pas sa preuve particulière et propre? La vérité peut-elle être réduite en formules? 2.° Dangereuse à la société; ici, je suis forcé de le dire, une vaine démonstration d'humanité ne m'égara pas. Si vous établissiez des preuves légales, si vous disiez, par exemple, qu'on ne pourra condamner qu'avec deux témoins oculaires ou autres preuves semblables, vous donneriez un brevet d'impunité à tous les scélérats en leur présentant un point d'appui sûr, dans leurs criminels calculs. 3.° Dangereuse à l'accusé: en effet, si vous établissiez qu'on peut juger sur deux témoins qui ont assisté à la confrontation, sans examiner

(Nota 203 en página siguiente)

«La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formés une conviction; elle ne leur prescrit point de règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé, et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point: "Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins, ou vous ne regarderez pas comme suffisamment établi toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices"; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction? [...]».

Esa *intime conviction* fue reproducida por todas las leyes posteriores, cambiando en ocasiones la terminología por «conviction personnelle»²⁰⁴ o «intime et profonde conviction»²⁰⁵. Y básicamente se explica que la *intime conviction* significa la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de «la sinceridad de su conciencia». Y

la moralité de ces témoins, s'ils sont ou non dignes de foi, vous faites de sang-froid la plus détestable et la plus cruelle absurdité; vous vous jouez de la vie et de l'honneur des hommes avec plus de légèreté que vous n'en mettez dans la plus simple affaire. Lorsqu'un homme est appelé à juger sur des preuves écrites, sur quoi se décide-t-il pour les admettre? Ce n'est pas sur la confiance dans le témoin, ce n'est pas encore sur la conviction, c'est sur des règles qu'il se fait ou qu'il reçoit de la loi pour découvrir la vérité. La loi lui remet un instrument avec lequel il mesure tant bien que mal la déposition, et voilà ce qu'on appelle rendre la justice! Dans ce système on ne cherche pas si telle chose est vraie, mais si elle est prouvée».

Meses después, todavía resonaban los ecos de aquella larga discusión en un debate en la asamblea constituyente sobre el proceso para juzgar los delitos contra la libertad de prensa, que tuvo lugar el 22 de agosto de 1791. En el curso de dicho debate A. DUPORT afirmó: «si vous mettez le mot formellement, les jurés peuvent-ils désirer ce qui est formel, ou bien est-ce pour eux une obligation de regarder si la forme de conseil de désobéissance est exprimée dans l'idée. Si les jurés peuvent examiner, si une telle désobéissance est conseillée formellement ou non, il me semble que cette latitude seroit infiniment préférable pour la liberté de leur jugement, celle de savoir si l'intention étoit criminelle ou non; car, il est possible qu'un homme, dans un bon ouvrage, laisse échapper des pages qui pourroient être répréhensibles, et que les jurés se trouvent dans le devoir de l'absoudre par les considérations générales que l'intention dans laquelle il a écrit, n'est pas mauvaise. Si donc on ne peut déterminer que tels articles d'un livre conseillent formellement ou non la désobéissance, c'est-à-dire, si les jurés peuvent juger, suivant leur bon sens, suivant leur conviction intime, si la désobéissance est ou non formelle [...]». Vid. *Journal des États Généraux*, t. XXXII, Paris, 1791, p. 187.

²⁰³ Sin hacer referencia a la *intime conviction*, el jurado se instituyó a través de la Constitución francesa de 3-9-1791, cap. V, art. 9: «En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation.—Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés.—L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs.—Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze.—L'application de la loi sera faite par des juges.—L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil.—Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait».

²⁰⁴ Art. 206 del *Code de délits et de peines de 1795*. Los jurados son des citoyens appelés à l'occasion d'un délit pour examiner le fait allégué contre le prévenu ou l'accusé, et déclarer, d'après les preuves qui leur sont fournies et leur conviction personnelle, si le délit existe, et quel est le coupable.

²⁰⁵ Art. 343 del *Code de délits et de peines de 1795*. Après avoir reçu cette promesse, le président du tribunal adresse aux jurés et à leurs adjoints le discours suivant: «Citoyens, Vous promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre un tel; ... de n'en communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime et profonde conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre». Chacun des jurés et de leurs adjoints, appelé nominativement par le président, répond: «Je le promets».

ello no se hacía para que el jurado cometiera arbitrariedades, sino para excluir por completo que los jurados pudieran caer en cualquier tentación de aplicar reglas legales de valoración de la prueba de la manera que se había venido haciendo, porque eso sí que constituía una arbitrariedad. Y así se recogía expresamente en las citadas instrucciones, en las que se llegaban a citar algunas de esas antiguas reglas legales de valoración²⁰⁶.

El texto de 1791 fue prácticamente copiado en el art. 342 del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808²⁰⁷, con escasos cambios. Y siendo este último el texto más conocido, por ello se ha llevado la fama de haber sido el que introduce la *intime conviction*, aunque ello no se ajuste a la realidad.

No obstante, las ideas de BLACKSTONE también tuvieron que influir al legislador francés. Ello se comprueba completamente a través de la obra de BENTHAM, discípulo del primero. Pero no en su trabajo sobre legislación civil y penal²⁰⁸, publicado por primera vez en francés en 1802, y que puso muchas de las bases de la obra codificadora acaecida en los años posteriores en ese país, y de la que forma parte el *Code d'instruction criminelle*. Y es que en dicha obra, como dijo en 1822 Ramon SALAS, BENTHAM pasa sobre la materia procesal «como sobre brasas o sobre espinas»²⁰⁹. En el trabajo en el que BENTHAM expone sus conclusiones sobre la prueba es en su conocido *Traité des*

²⁰⁶ Art. 372 del *Code de délits et de peines de 1795*. Le président résume l'affaire, et la réduit à ses points les plus simples. Il fait remarquer aux jurés les principales preuves pour et contre l'accusé. Il leur rappelle les fonctions qu'ils ont à remplir, et, pour cet effet, il leur donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères dans la chambre destinée à leurs délibérations: «Les jurés doivent examiner l'acte d'accusation, les procès-verbaux, et toutes les autres pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins, des notes écrites des interrogatoires subis par l'accusé devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel. C'est sur ces bases, et particulièrement sur les dépositions et les débats qui ont eu lieu en leur présence, qu'ils doivent asseoir leur conviction personnelle: car c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici; c'est cette conviction que la loi les charge d'énoncer; c'est à cette conviction que la société, que l'accusé, s'en rapportent».

La loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins. Elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices. Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction? [...]

²⁰⁷ «Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fera lecture de l'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre: «La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus: elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction? [...]».

²⁰⁸ J. BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, 2.^a ed., t. III, Paris, 1820.

²⁰⁹ J. BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada por E. DUMONT y traducida al castellano con comentarios por R. SALAS, t. IV, Madrid, 1822, p. 321.

preuves judiciaires publicado en París en 1823²¹⁰, y que no hay que olvidar que se trata de una obra extractada por Stéphane DUPONT sobre los manuscritos que BENTHAM²¹¹ había realizado quizás a finales del siglo XVIII durante su estancia en Francia²¹², lo que hace posible que el legislador francés tuviera acceso a esos manuscritos antes de 1808, e incluso en 1791, o al menos el jurista inglés fuera escuchado de algún modo.

Pues bien, en dicha obra se leen críticas feroces contra la prueba legal²¹³ —especialmente contra los juramentos, la pluralidad de testigos exigidos en la prueba testifical y el valor tasado de la prueba documental—²¹⁴, remitiendo a los jueces a la sencillez de la valoración según lo que dicta el sentido común²¹⁵, recomendando la valoración conjunta de todas las pruebas, sin las ataduras de la prueba legal, incluyendo en la explicación las exclusiones de testigos, que rechaza de plano²¹⁶, dando a través de todas estas disquisicio-

²¹⁰ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823.

²¹¹ Como ya había hecho el mismo DUPONT en 1802 con los *Traité de Législation civile et pénale*.

²¹² Que tuvo lugar al parecer entre 1791 y 1792, fecha en la que forzosamente tuvo que coincidir con el principal inspirador del Code, J. B. TREILHARD, presidente de la *Convention* entre 1792 y 1793.

²¹³ BENTHAM, *Traité*, cit., p. 9. «...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets».

²¹⁴ BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 11-12. «Mais l'homme de loi peut-il ignorer ce qui est connu de tout le monde? Non, sans doute, mais il faut distinguer en lui deux êtres étrangers l'un à l'autre, l'homme naturel, et l'homme artificiel. L'homme naturel peut être l'ami de la vérité: l'homme artificiel en est l'ennemi. L'homme naturel peut raisonner avec justesse et avec simplicité: l'homme artificiel ne sait raisonner qu'à l'aide de subtilités, de suppositions et de fictions. L'homme naturel peut aller à son but par le droit chemin: l'homme artificiel, ne sait arriver au sien que par des détours infinis; et s'il avait à vous demander, quelle lieure est-il? quel temps fait-il? il faudrait qu'il commençât par mettre deux ou trois personnes entre vous et lui, qu'il inventât quelque fiction d'astrologie, et qu'il employât quelques semaines ou quelques mois en écritures et en questions préliminaires...».

²¹⁵ BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 10-11. «Le tribunal domestique est le vrai type du tribunal politique. Les familles ont existé avant les états; elles existent dans les états mêmes. Elles ont un gouvernement, des lois à faire exécuter, des disputes à décider. Elles ont une méthode pour arriver à la connaissance des faits: cette méthode ne se trouve pas dans les livres; le législateur primitif, le sens commun, l'a enseignée au premier père de famille, et l'enseigne encore à tous ses successeurs. Cependant la révélation de ce système de procédure, toujours suivi, toujours méconnu, est, en législation, une véritable découverte. L'homme des champs le suit par instinct, l'homme de loi s'en éloigne par érudition».

²¹⁶ BENTHAM, *Traité*, cit., pp. 13-14. «Voyons maintenant quels sont les traits les plus éminents de cette procédure domestique ou naturelle. Le père de famille, dès qu'il s'élève une contestation entre les personnes qui dépendent de lui, ou qu'il est dans le cas de prononcer sur quelque contravention à ses ordres, appelle les parties intéressées à paraître devant lui; il les admet à témoigner en leur propre faveur; il exige une réponse à toutes ses questions, même à leur désavantage; et il considère leur silence comme un aveu, à moins qu'il n'entrevoie des motifs qui peuvent engager l'innocent même à se taire. Il fait son interrogatoire sur le lieu même; la réponse est donnée immédiatement après chaque question, sans qu'on connaisse celle qui doit suivre. Il n'exclut aucun témoin: il écoute tout, en se réservant d'apprécier chaque témoignage; et ce n'est pas d'après le nombre, mais d'après la valeur des témoins, qu'il prononce. Il permet à chacun d'eux de faire son narré de suite, à sa manière, et avec les circonstances nécessaires pour la liaison du tout. S'il y en a qui se contredisent, il les confronte immédiatement, il les met aux prises l'un avec l'autre, et c'est de ce conflit que la vérité jaillira. Il cherche

nes la imagen de lo que debe ser un buen juez, es decir, justamente el que no aplica normas de prueba legal²¹⁷.

Todo ello pudo dar lugar a la *intime conviction* en el proceso penal²¹⁸. Pero el impulso de las ideas expuestas no fue capaz de suprimir las pruebas legales del proceso civil, puesto que sobre éste pesaban quizás demasiado las ideas de POTHIER²¹⁹ a la hora de redactar el *Code civil*, dado que en su obra sí se recogían algunas de las antiguas pruebas legales. Pero al menos dieron luz en un texto legal a la libre apreciación de la prueba, lo que constituye el principal mérito de la *intime conviction* del ordenamiento francés.

La importancia de este hito, que superaba el antiguo *secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*²²⁰, no tardó en ser destacada por la Doctrina, que se dedicó a hacer reflexiones similares a las de BECCARIA, BLACKSTONE y BENTHAM, aunque normalmente sin citarles en este punto²²¹. Sea como fuere, sin mayores explicaciones ni desarrollo, el sistema se extendió de los tribunales de jurados al resto de tribunales²²². Pero quisiera concluir este epígrafe diciendo que si bien BLACKSTONE habló de este sistema con respecto a los jurados, no lo hizo así BENTHAM, por lo que sólo concibiendo que el sistema inglés era mayoritariamente de jurados tanto en el proceso civil como en el penal, se puede llegar a la errónea conclusión de que la libre apreciación de la prueba y el jurado van siempre de la mano, lo que se ha afirmado con gran frecuencia, y hasta incluso se ha dicho que el sistema de valoración legal fue derogado para permitir la implantación del jurado.

Pero no es así en absoluto, puesto que implantación del jurado y valoración libre de la prueba fueron y son asuntos por completo diferentes. En Inglaterra, por ejemplo, coexistieron jurados y pruebas legales, simplemente porque el llamado a aplicarlas era el juez que presidía el tribunal del jurado, y no los jurados. Las reflexiones críticas de BENTHAM iban dirigidas a los juzgadores en general y expresaban un hartazgo generalizado por el absurdo funcionamiento del sistema de valoración probatoria. Se trataba únicamente de que los jueces dejaran atrás el sistema de prueba legal en beneficio de

à arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomentier des germes de dissension dans sa famille; et parce que des faits récents sont plus aisément connus et prouvés, il n'accordera de délais que pour des raisons spéciales».

²¹⁷ BENTHAM, *Traité*, cit., p. 10: «Un bon père de famille, au milieu des siens, et réglant leurs contestations, et l'image d'un bon juge».

²¹⁸ De hecho, BENTHAM, *Traité*, cit., p. 5, había dicho lo siguiente: «Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi; qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme...». Es posible que estas palabras las dijera BENTHAM durante su estancia en la Francia revolucionaria antes referida, pero no puede excluirse del todo que fueran añadidas por su copista inspirándose en los textos legales.

²¹⁹ R. J. POTHIER, «Traité des obligations», en *Ouvres de Pothier*, Paris, 1825, t. I, parte IV, pp. 183 y ss.

²²⁰ Que se remontaba a DURANTE. Vid. PICÓ JUNOY, *El juez y la prueba*, cit., p. 36.

²²¹ Vid. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1866, pp. 341 y ss. R. GARRAUD, *Théorie et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1907, pp. 502 y ss, sí que cita a BENTHAM y a BECCARIA, aunque sin atribuirles la paternidad sobre la *intime conviction* que estimo que les corresponde.

²²² GARRAUD, *Théorie et pratique d'instruction*, cit., p. 515.

un modo de obrar mucho más racional en materia de la prueba. Y ello nada tenía que ver con la implantación del jurado (que ya existía en Inglaterra), sino con el recuerdo a los jueces de que a la hora de valorar la prueba y, en definitiva, de juzgar, tenían que usar su intelecto, su sentido común. Parece algo muy obvio hoy en día, pero desde luego no lo fue en la época por las razones que vimos anteriormente.

En conclusión, el sistema de la prueba libre no nació en Francia, sino que es históricamente mucho más remoto y, además, doctrinalmente habría nacido al menos en Italia y en Inglaterra casi a la vez. Por otra parte, no es posible relacionar libre apreciación de la prueba y jurado, porque el sistema de la libre apreciación trasciende manifiestamente a dicha institución, y de hecho, aunque parezca lo contrario, no se trata de instituciones inconciliables, como demostró en su día el ordenamiento inglés.

b) *La «freie Beweiswürdigung». La «verdad formal» y la «verdad material»*

Todas estas ideas influyeron en muchos países de Europa, aunque especialmente entre los juristas germánicos²²³. En los Estados alemanes del siglo XVIII también se padecían los rigores de un mal entendido sistema legal de valoración de la prueba, y se hubo de esperar a una reacción que tardó algo más en llegar, pero que una vez producida se implantó con una extensión bastante grande, pese a las reticencias de muchísimos juristas de esas latitudes²²⁴. Por añadidura, el estudio de la *freie Beweiswürdigung* es probablemente el que más polémicas futuras generó en el estudio de la valoración de la prueba.

No obstante, la discusión sobre la cuestión comenzó desorientada. Al principio el debate no fue sobre la valoración de la prueba, sino sobre la conveniencia de la implantación del jurado²²⁵, dando por buena la confusión entre jurado y valoración libre que ya destacó líneas atrás²²⁶. De hecho, no

²²³ Así lo reconoce WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 67. Vid. también C. PATERMANN, *Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre*, Bonn, 1970, pp. 79 y ss. W. KÜPER, «Historische Bemerkungen zur "freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß», en: AAVV, *Festgabe für Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, pp. 23 y ss.

²²⁴ Sobre la historia de lo que sucedió, vid. PERBAND, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, cit., pp. 27 y ss.

²²⁵ Vid. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 69. Ello se confirma leyendo a G. HERDEGEN, «Bemerkungen zur Beweiswürdigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 5, 1987, p. 194, pero sobre todo a un autor de la época, MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid 1959, pp. 115 y ss, quien además dejó para la historia una frase que puede estar en la base de la excusa de la inmediación con la que los jueces de segunda instancia suelen eludir el razonamiento probatorio: (op. cit., p. 119) «¿cómo podrán los jueces de segunda instancia reconocer la justicia o injusticia de la sentencia dada sobre las convicciones íntimas de los Magistrados de la primera?».

²²⁶ Testimonio de ello es de uno de los detractores del jurado: P. J. A. FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschworenen-Gericht*, Landshut, 1813, pp. 33-34: «Da der Ausspruch der Jury blos durch subjectives Fürwahrhalten bestimmt werden soll, so sind die Geschwornen wegen ihres Ausspruchs unverantwortlich. Sie haben kein anderes Gesetz als ihr Gewissen, keinen andern Richter als ihr eigenes Bewußtseyn. Ihr Ausspruch gleicht dem Spruche eines Orakels, welcher, sichtbar in

se puede acusar solamente a los juristas alemanes de haber confundido una cuestión con otra, sino que al hilo de los debates en la Asamblea Constituyente francesa ya se había hecho un *totum revolutum* entre jurado, oralidad, publicidad, libre apreciación de la prueba²²⁷, sistema acusatorio, absolución de la instancia, libertad de los imputados, etc.²²⁸, que sólo se puede comprender quizás leyendo esos debates. Pero que en la actualidad resulta inaceptable, aunque ésa es otra cuestión.

Volvamos a los Estados alemanes. Como decía, la polémica se centró en la cuestión del jurado. Y dado que se trataba de una institución que, quizás con razón, no gustaba a muchos, todo aquello que acompañaba al jurado —aunque no tuviera nada que ver con él— fue anatematizado. Y esa suerte le tocó a la libre valoración de la prueba, a la que se tachó de irreflexiva, dado que se observaba cómo en Francia el jurado no motivaba los veredictos²²⁹. Se llegó a decir que la valoración en estos casos no tenía una naturaleza lógica, sino simplemente «de conciencia»²³⁰, lo que sirvió incluso para defender la vigencia del sistema inquisitivo, así como la seguridad jurídica que ofrecía el hecho de que las reglas de valoración probatoria se encontraran en la ley²³¹. Como se ve, la confusión entre todo lo citado estaba servida.

Sin embargo, no tardaron en surgir autores que recordaron, simplemente, que la convicción es también una labor de reflexión y que, por tanto, también se le aplican las reglas de la lógica²³², y que es esencialmente moti-

seinen Folgen, in seinen Gründen unerforschlich und stets heilig ist. Aber dieses Orakel, das hier mit furchtbarer Gewalt über Schuld und Unschuld spricht, geht nur aus dem Gemüthe von Menschen hervor. Wer bürgt gegen ihren Leichtsin? wer bürgt gegen ihre Gewissenlosigkeit? Freilich Niemand. Doch gibt es ein mächtiges Gegengewicht gegen beides. Gibt es keinen bürgerlichen Gerichtshof, vor welchem die Geschwornen ihren Ausspruch verantworten müßten, so gibt es doch noch ein Gericht der Welt, vor welchem jeder nicht entmenschte Schuldige erröthet, und den selbst derjenige scheut, der sonst keinen andern Richterstuhl zu fürchten hat. Dies ist das Gericht der öffentlichen Meinung, das Censorat des Publikums, welches mit Ehre lohnt, aber mit Schande straft. Das Urtheil der Jury, so wie das Verfahren, worauf es gegründet wird, muß daher öffentlich seyn».

²²⁷ WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp. 331 y ss, ofrece una explicación a la ligazón entre la libre apreciación y la oralidad, la inmediación y la publicidad, en la medida en que estos principios servirían mejor a la averiguación de la verdad que los antiguos principios del proceso inquisitivo. Ciertamente, ello es válido con respecto a la prueba de declaración de personas, pero con respecto al resto de pruebas la intensidad de esa relación no es ni mucho menos tan fuerte. No obstante, cabe encontrar en esa idea una explicación bastante razonable del *totum revolutum*, al menos en un principio. Pero no se trata de una explicación omnicomprendensiva, dado que también se puede valorar libremente la prueba, e incluso con mayor libertad, en un procedimiento secreto y escrito. Lo cual no quiere decir que ello sea lo más conveniente. Más adelante abundaré en esta cuestión.

²²⁸ Vid. W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860, pp. 645-646.

²²⁹ WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp. 70-71.

²³⁰ R. GNEIST, *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin 1849, p. 67.

²³¹ GNEIST, *Die Bildung der Geschworenengerichte*, cit., p. 62: «Es ist wahr, daß dieser Inquisitionsprozeß dem Richter keine Schranken in Mitteln und Wegen setzt: aber es will deshalb den Angeklagten noch nicht der Willkür, nicht dem persönlichen Belieben dieses Richters überlassen, sondern das Gesetz selbst misst Schuld und Unschuld nach einem objektiven Maaßstab ab. Jenes freie Schalten des Inquisitionsrichters bezieht sich nur auf die Vorbereitung der einzelnen Beweisargumente; die definitive Benutzung derselben steht unter dem Gesetz, dessen Organ der Richter ist. Fällt dies Gesetz weg: so hat die ausschließliche Stellung des Richters auf diesem Gebiet keinen rechtlichen Boden mehr».

²³² JARKE, *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen*, Neues Archiv des Criminalrechts, 1826, pp. 102-103.

vable²³³. Y es en este último punto en el que algunos años más tarde incidirá SAVIGNY para defender la libre valoración de la prueba en el Reglamento penal prusiano de 17 de julio de 1846²³⁴, pero recordando expresamente que *intime conviction* no quería decir irreflexión o arbitrariedad. Destacó el Maestro el valor que debe tener la motivación de la convicción judicial para permitir la apelación ante el tribunal superior; aludiendo expresamente al hecho de que las reglas que debe seguir el juez en la valoración libre son las leyes del pensamiento, así como su propio conocimiento y experiencia²³⁵. Esa necesidad de motivación se plasmó en esa *Veordnung* prusiana de 17 de julio de 1846²³⁶.

Pero mientras todo eso sucedía en el proceso penal, en el proceso civil la situación permanecía inalterada. MITTERMEIER había destacado el sinsentido de las antiguas exclusiones de testigos²³⁷, aún vigentes entonces. Además, se publicó un criticado artículo de BUSCH²³⁸ de 1854 sobre los paralelismos entre la prueba civil y la prueba penal y la necesidad lógica²³⁹ de derogar el sistema de valoración legal de la prueba en lo civil, al igual que ya se había hecho en lo penal. Pero hubo que esperar sobre todo a los escritos que ENDEMANN publicó entre 1858 y 1860 para encontrar un decidido impulso a la libre valoración —primero referida como *freie Beweisprüfung*²⁴⁰— en el pro-

²³³ MITTERMEIER, *Die Lehre vom Beweiseim deutschen Strafprozesse*, Darmstadt, 1834, p. 66.

²³⁴ Sus palabras pueden localizarse en el Archiv für Preussisches Strafrecht Bd. 6 (1858), pp. 471 y ss, o bien bajo el título *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse*, Goldammer Archiv, 1858, pp. 469 y ss.

²³⁵ SAVIGNY, *Über Schwurgerichte*, cit., pp. 484-485.

²³⁶ En concreto, en su § 22: «Die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Aufnahme der Beweise, insbesondere auch darüber, welche Personen als Zeugen vernommen und vereidigt werden dürfen, bleiben ferner maßgebend. Dagegen treten die bisherigen positiven Regeln über die Wirkung der Beweise außer Anwendung. Der erkennende Richter hat fortan unter genauer Prüfung aller Beweise für die Anklage und Vertheidigung nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Überzeugung zu entscheiden, ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig sei. Er ist aber verpflichtet, die Gründe, welche ihn dabei geleitet haben, in dem Urtheile anzugeben». Citado por WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 74.

²³⁷ C. J. A. MITTERMEIER, «Die Fortschritte der Gesetzgebung in Bezug auf bürgerliches Verfahren mit Darstellung der neuesten Gesetzgebungsarbeiten für Weimar und Schwarzburg, für Altenburg, Anhalt und den Kanton Aargau», *AcP*, núm. 36 (1853), p. 138: «In Bezug auf den Zeugenbeweis hat der Entwurf die alte Beweistheorie beibehalten, nach welcher viele Zeugen entweder von Amtswegen als unzulässig zu verwerfen sind (§ 200), oder auf Antrag des Gegners verworfen werden (§ 201), oder als verdächtig erklärt werden (§ 202). Wir bitten dringend den Richter häufig der wichtigsten Beweismittel beraubt, aufzugeben, bei welcher er von vorneherein den Richter häufig der wichtigsten Beweismittel beraubt, deswegen, weil in einigen Fällen unter Umständen ein Verhältniß Besorgnisse erwecken kann, lieber allgemein das Verhältniß der Unglaubwürdigkeit erklärt und damit oft schwer verletzt. Frage man die von allen Praktikern diese Vorschrift rühmen hören».

²³⁸ F. B. BUSCH, «Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil- und Strafsachen, und die daraus entstehende Nachteile», *Archiv für die Civilistische Praxis*, núm. 37 (1854), pp. 63 y ss.

²³⁹ El recuento de inconvenientes de tener dos sistemas distintos en cada proceso es demolidor. Vid. BUSCH, *Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen*, cit., pp. 67-68. Por ello acaba el autor diciendo: «Ganz anders wird sich die Sache gestalten, wenn der Richter in bürgerlichen Rechtssachen ebenso, wie in Strafsachen, nach seiner richterlichen Überzeugung über das Wahr oder Nichtwahr einer Thatsache zu entscheiden hat, und nicht mehr an bestimmte gesetzliche Beweisregeln gebunden ist; wenn nicht mehr die Frage so steht: Was ist nach gewissen regeln wahrscheinlich? Sondern so: Was ist nach des Richters Ueberzeugung wahrscheinlich?».

²⁴⁰ Llamada así por oposición a la prueba que está sometida a «gesetzliche Beweisregeln» o normas legales de prueba. Vid. SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung*, cit., p. 188.

ceso civil²⁴¹, al hilo de la enunciación de un concepto que daría mucho que hablar en los años posteriores: la «verdad material»²⁴².

ENDEMANN, en su primer artículo dedicado al tema asertó que el proceso civil estaba regido por el principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), principio que si bien había sido considerado como el paradigma de la Justicia durante mucho tiempo, lo cierto es que no permitía que se obtuviera en la prueba la «verdad material»²⁴³ de las afirmaciones de las partes²⁴⁴, oponiéndola el autor citado a una «teoría formal de la prueba», o a lo que denominó «verdad jurídica»²⁴⁵ o «verdad formal»²⁴⁶, que era la que se obtenía utilizando el referido principio²⁴⁷. El juez, al amparo de las viejas directrices, parecía que debía quedar al albur de aquello que le aportaran las partes, sin poder intervenir más allá. Se preguntaba ENDEMANN si no podía concebirse que los jueces fueran seres racionales, que pudieran valorar fielmente la prueba sustentando su motivación en razones lógicas²⁴⁸. La libre valoración consistía, a decir de este autor, en el estudio de la vida, del auténtico conocimiento de las cosas que se extraía del uso del sentido común²⁴⁹. No bastaba una gran verosimilitud para tener una convicción como probada, sino que siempre debía intentarse la obtención de la verdad²⁵⁰.

²⁴¹ W. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 92 y ss. W. ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 289 y ss. W. ENDEMANN, «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», *AcP*, núm. 42 (1859), pp. 246 y ss. W. ENDEMANN, «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 1 y ss. W. ENDEMANN, «Der Eid bei freier Beweisführung», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 349 y ss. W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860.

²⁴² El concepto, no obstante, no es originalmente alemán, aunque sea la Doctrina de este país la que lo trabajó más posteriormente. Lo más probable es que dicho concepto estuviera inspirado en BENTHAM, *Traité*, cit., p. 5, cuando decía: «Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi; qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme...». Sólo así se explica que en 1856, DE VICENTE y CARAVANTES, *Tratado*, cit., p. 135, dijera estas palabras en España: «Por eso ha dominado en los pueblos rudos y en épocas remotas poco civilizadas el sistema de la verdad formal, esto es, el sistema que sin tener en cuenta la convicción íntima del juez, ni los motivos suministrados por la razón y la experiencia para decidir, obliga a este a tener por cierta una demostración que sólo se apoya en motivos de pura forma; y por el contrario, en los países ilustrados y en las épocas modernas, ha erigido su imperio el sistema de la verdad material, o en que el juez funda su convicción en los medios mas seguros para llegar a la verdad, de suerte que las reglas sentadas por el legislador tienen origen en el principio que se ha propuesto, de sancionar los medios de certidumbre mas conformes a su objeto, la verdad absoluta». Vid. también, aunque no cita expresamente el concepto aunque sí la idea, G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. IV, Pisa, 1832, p. 76.

²⁴³ La expresión «materielle Wahrheit» ya la había utilizado BUSCH, *Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen*, cit., p. 65, en 1854.

²⁴⁴ Es curioso que en una sola frase se condensara prácticamente el total de la discusión que vino después. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 93: «Es ist bekannt, daß der Civilprozeß, indem er sich auf die sogenannten Verhandlungsmaxime, die man lange Zeit sonderbar genug für ein Palladium der Gerechtigkeit gehalten hat, stützt, keineswegs die materielle Wahrheit der Parteibehauptungen zu Grunde zu legen vermag».

²⁴⁵ ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 289.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 324.

²⁴⁷ Interpretación y terminología que aceptó W. KROLL, *Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß, mit besonderer Berücksichtigung auf das Preussischen Recht*, Leipzig, 1862, p. 18, hablando todavía más claramente de «wirklichen Wahrheit», es decir, verdad real, en lugar de verdad material.

²⁴⁸ ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 96.

²⁴⁹ *Id.* «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 291.

²⁵⁰ *Id.* «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 303.

Y tras estas propuestas, que descalificaban las afirmaciones de los autores que decían que la libre valoración no se motivaba, se dedicó a ir explicando su posición apuntando a las tres pruebas legales por excelencia: la testifical, la documental y a la declaración de parte bajo juramento. Con respecto a la primera propuso la abolición del número mínimo de testigos y de todas las exclusiones de los mismos²⁵¹. En relación con la prueba documental afirmó que su credibilidad dependía de cada supuesto específico, y no de los documentos que señalara especialmente la ley en cada caso concreto²⁵². Y con respecto a la confesión encontró la dificultad de que estando el proceso civil regido por el principio de aportación de parte, en realidad la confesión de un litigante no era sino una expresión de este poder de disposición. Y por ello, la consecuencia de suprimir del todo el valor de la confesión supondría que «el juez debería buscar de oficio la verdad de forma inquisitoria»²⁵³, lo que se saldaría con una abolición del principio de aportación de parte, resultado que hubiera supuesto pagar un precio demasiado caro a cambio de haber introducido la libre valoración en este punto. Por ello, ENDEMANN acaba reconociendo la eficacia de la confesión en su sentido dispositivo, a fin de acabar el proceso, pero no le reconoce, en el fondo, valor probatorio²⁵⁴.

Las reacciones no se hicieron esperar. Si bien hubo defensores del antiguo sistema de prueba legal²⁵⁵, aunque fuera parcialmente²⁵⁶ defendiendo la razonabilidad de algunas de las normas de prueba legal²⁵⁷, se produjo mayoritariamente un esfuerzo por conseguir que el principio de libre valoración de la prueba se plasmara en la ZPO de 1877²⁵⁸, lo que finalmente se consiguió en su § 259²⁵⁹, pese a que quedaron algunos restos de la prueba legal que se

²⁵¹ *Id.* «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», cit., pp. 247 y 266.

²⁵² *Id.* «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», p. 3.

²⁵³ *Id.* «Der Eid bei freier Beweisführung», cit., p. 351: «Der Richter müßte von Amtswegen inquisitorisch die Wahrheit suchen».

²⁵⁴ *Id.* «Der Eid bei freier Beweisführung», cit., pp. 380-381.

²⁵⁵ Es especialmente destacable la frase de BAHR, «Die Grenzen der freien Beweistheorie», cit., p. 413: «Es ist ein Irrthum, zu glauben, der Richter könne wirklich, einem Gotte gleich, über Wahrheit oder Unwahrheit aller Thatsachen nach freier Ueberzeugung entscheiden».

²⁵⁶ KROLL, *Über die Beweismittel im Civilprozeß*, cit., p. 82.

²⁵⁷ A. HEUSLER, «Die Grundlagen des Beweisrechts», AcP, núm. 62 (1879), p. 305.

²⁵⁸ Así se pronunció la mayoría de los presentes en el Dritten deutschen Juristentag, no sin reservas con respecto a la confesión y la prueba documental, y asumiendo que la libertad de valoración sólo se haría efectiva en caso de discrepancia de las partes: «Der Juristentag spricht sich — ohne damit bestimmten Vorschriften über die Zulässigkeit einzelner Beweismittel und über die Art ihrer Erhebung vorzugreifen, sowie mit Vorbehalt nöthiger Bestimmungen über Beweis durch Urkunden und den Eid — für den Grundsatz aus, dass der Richter die Wahrheit der Thatsachen, soweit sie unter den Parteien streitig ist, nach freier Ueberzeugung zu prüfen habe». Recoge este texto UDE, «Freie Beweiswürdigung und freies richterliches Ermessen (zu § 259 und 260 etc. der C.P.O.)», ZZP, núm. 6 (1883), p. 419.

²⁵⁹ El actual § 286. *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* 1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

mantienen hoy en día, con respecto a la prueba de documentos públicos²⁶⁰ y privados²⁶¹, los actos del proceso y la sentencia²⁶².

Y ello fue porque los autores siempre fueron conscientes de que una cierta dosis de «verdad formal» tenía que existir, al menos en el proceso civil²⁶³, dada la vigencia del principio dispositivo en este proceso, de manera que esa verdad material no podía llegar a anular nunca ese poder de disposición²⁶⁴. Esa posibilidad de disponer había de permitir que la confesión, como acto dispositivo de derechos, tuviera valor legal. Pero también la prueba documental, dado que la suscripción de un documento también pertenecía a ese poder de disposición²⁶⁵.

A pesar de la solución de compromiso que suponía la creación del anterior sistema mixto, la doctrina desarrolló dos posiciones encontradas con respecto al tema de la «verdad», que de hecho generaron las polémicas posteriores. Un sector doctrinal creyó que el proceso civil tenía un fin público en la averiguación de la verdad, ya que si una sentencia no intentaba declarar la verdad, no se reconocería el derecho de una de las partes, sino que el resultado del proceso sería una injusticia²⁶⁶. Pero por otro lado existió algún autor que mantuvo que la averiguación de la verdad material en el proceso sólo respondía a una casualidad, y no podía ser la finalidad del proceso civil, al no tener interés el Estado en ello, dado que lo contrario supondría que el juez actuara *ex officio*, lo que resultaba inaceptable en el proceso civil al convertirlo en inquisitivo²⁶⁷.

VON CANSTEIN se oponía a las ideas del segundo sector, personalizando la crítica en WACH. El primer autor citado reconoció que la prueba, con la libre valoración, se había convertido en una actividad mucho más compleja para el juez que en el pasado del sistema legal, puesto que con el nuevo sistema el juez debía averiguar la realidad de los indicios aportados por las partes, así como comprobar que efectivamente conducían a las conclusiones reclama-

²⁶⁰ § 415 *Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen* 1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

Vid. también §§ 416.a) a 418 ZPO.

²⁶¹ § 416 *Beweiskraft von Privaturkunden*. Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

²⁶² §§ 165.II y 314 ZPO.

²⁶³ Vid. en este sentido R. F. VON CANSTEIN, «Die Grundlagen des Beweisrechts», ZZP, núm. 2 (1880), p. 306.

²⁶⁴ VON CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., pp. 307-308.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 311.

²⁶⁶ *Ibid.*, pp. 306-307 lo expresa con un juego de palabras que no se puede traducir al español: «Denn ohne diese Prüfung und Feststellung der materiellen Wahrheit würde in den meisten Fällen nicht das wirklich bestehende Recht, sondern das Unrecht geschützt».

²⁶⁷ Vid. sobre estos argumentos, A. WACH, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, vol. 14, 1872, pp. 331 y ss.

das por las mismas, lo que obligaba, no sólo a intentar averiguar la verdad, sino también a utilizar la lógica del pensamiento²⁶⁸.

Pero negó el citado autor que la persecución de la «verdad material» condujera necesariamente a convertir el proceso en inquisitivo, ya que el principio opuesto al inquisitivo no era el principio dispositivo, sino el principio de aportación de parte, de forma que podía subsistir el principio dispositivo aunque el juez persiguiera la búsqueda de la verdad material, lo que desde luego, aunque no lo descartaba, matizaba muchísimo la conclusión de que el proceso se hiciera inquisitivo por la posibilidad de práctica de prueba de oficio. Y es que, de hecho, hasta el principio de aportación de parte podía seguir en vigor pese a que se mantuviera que en el proceso se persigue la búsqueda de la «verdad material». Según la doctrina citada, el principio de aportación de parte sólo supone que el juez debe averiguar la verdad a través de los medios de prueba que le aporten las partes, o de aquellos que estuvieran a disposición del juzgador sin realizar ninguna actividad investigadora. Es decir, justo la postura contraria a la mantenida por WACH, como reconoce el propio autor²⁶⁹.

Finalmente, como es sabido, se impuso la postura de la «verdad material», aunque sin construir ningún concepto mítico con ello, como después se ha pretendido en ocasiones, sino simplemente como una forma de decir que el juez debe utilizar su lógica al valorar la prueba. Y valorar la prueba significa, por ejemplo, no fiarse del valor religioso del juramento de un testigo para acreditar su veracidad, sino observar su comportamiento en la sala para comprobar su credibilidad²⁷⁰. Valorar libremente requiere el uso de las máximas de experiencia para deducir las consecuencias que sean precisas de los indicios que aparezcan en el proceso, lo que es importante no sólo en las presunciones, sino también en la prueba pericial²⁷¹.

De todo ello se deduce, como decía STEIN²⁷², que si bien el juez es normalmente libre de valorar el grado de credibilidad que exige para tener por

²⁶⁸ VON CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., p. 339.

²⁶⁹ VON CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., p. 351: «Nach der Inquisitionsmaxime hat der Richter nach dem Sachverhalte und nach Beweismitteln desselben zu forschen, nach der Verhandlungsmaxime hat der Richter weder nach dem Sachverhalte, noch nach Beweismitteln desselben zu forschen, sondern blos den ihm vorgebrachten Sachverhalt in Betracht zu ziehen und sich mit jenen Mitteln der Wahrheitsfeststellung zu begnügen, welche ihm von den Parteien angegeben wurden, oder welche ihm ohne Forschung zu Gebote stehen. Darin und nur darin besteht die Verhandlungsmaxime. Es ist daher eine unzulässige und absolut verwerfliche Ausdehnung dieser Maxime, wenn behauptet wird, dass sie auch darin bestehe, dass der Richter sich bezüglich der Wahrheitsfeststellung ganz passiv, als stiller Beobachter zu verhalten, und den Parteien die Feststellung der Wahrheit zu überlassen habe». Y añade: «Damit ist zugleich die Forschung des Richters nach dem Sachverhalte und nach dessen Beweismitteln, also die Inquisitionsmaxime ausgeschlossen. Die im Civilprozesse geltende Dispositionsmaxime fordert nur, dass die Dispositionen der Parteien über die Wahrnehmung, also das unbedingte dispositive Geständnis und das in der Delation und Relation des Schiedsides liegende bedingte Geständnis respektiert werden, sie fordert aber unbedingt nicht die Unthätigkeit des Richters bei der Feststellung jener Behauptungen, welche vom Gegner geäußert werden».

²⁷⁰ Lo explica a la perfección J. SEBBA, «Die richterliche Überzeugung; Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis», ZJP, núm. 37 (1908), p. 81.

²⁷¹ SEBBA, *Die richterliche Überzeugung*, cit., p. 81.

²⁷² F. STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, 1928, p. 245.

probado un hecho, ello no debe conducir a la conclusión de que esta actividad no tiene ningún límite. Al contrario, la frontera de la libertad del criterio probatorio del juez está en el uso debido de las máximas de experiencia y en la prohibición de arbitrariedad. Ello permitió, finalmente, situar la finalidad de la prueba en la «completa convicción del juez», es decir, un grado tan alto de verosimilitud que no dejaría duda a ningún hombre razonable²⁷³. Y a la vez, para la prueba *prima facie* se acepta simplemente una plausibilidad de que las cosas puedan haber ocurrido del modo que piensa el juez²⁷⁴. Lo cual, todo hay que decirlo, supuso alejar en parte el debate sobre el concepto de verdad, como veremos más adelante.

En resumen, y al margen de esta última cuestión, en Alemania se siguió el ejemplo francés, como reconoció ROSENBERG²⁷⁵, por lo que las conclusiones y el contenido de lo que se pretende con la *freie Beweiswürdigung* puede considerarse idéntico a lo que se intentó obtener con la *intime conviction*²⁷⁶. De ese modo, los juristas alemanes aportaron solamente en esta materia la discusión entre verdad formal y verdad material, que fue descontextualizada y exagerada por juristas no alemanes²⁷⁷, por cierto, así como la importancia del uso de las máximas de experiencia, que no era sino una explicación más técnica de la construcción lógica de la convicción que habían reclamado los juristas franceses. O del *buon senso* de BECCARIA²⁷⁸.

c) El concepto «beyond any reasonable doubt» y otros estándares de prueba en el Derecho Anglosajón

En este contexto, antes de pasar a las aportaciones de los juristas españoles, es preciso revisar brevemente qué pasó en los países anglosajones después de BENTHAM. Es decir, qué ha quedado actualmente de todo aquel movimiento que claramente apuntaba también al desarrollo de la libre valoración de la prueba, eliminando por completo las antiguas reglas legales.

De manera muy similar al grado de verosimilitud que acabamos de ver que refería ROSENBERG en 1929 en Alemania²⁷⁹, desde antiguo los juristas del *common law* están experimentando con frases orientadoras que permitan saber hasta qué punto se tiene que estar seguro de un hecho para darlo por probado. En los países anglosajones tiene bastante sentido buscar estas sencillas orientaciones, porque la mayor parte de los procesos penales, y no pocos civiles en EEUU, son con jurado, por lo que se trata de crear expresiones sencillas que guíen al jurado en la valoración de la prueba, para que sepan

²⁷³ L. ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929, p. 356.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 356.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 359.

²⁷⁶ Se han intentado separar ambas tendencias indicando que la *freie Beweiswürdigung* exigió desde el principio la motivación, a diferencia de la *intime conviction*. Vid. GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, cit., p. 7. Pero al margen de ello, lo cierto es que el razonamiento al que hacen referencia las dos tendencias es exactamente el mismo.

²⁷⁷ Vid. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, reed. de Milano, 1992 de la ed. de 1947, p. 29.

²⁷⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 45.

²⁷⁹ ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 356.

intuitivamente qué grado de certeza deben alcanzar para dar por probado un hecho. De todas estas expresiones, la que ha hecho mejor fortuna es la de «*beyond any reasonable doubt*» o «más allá de toda duda razonable»²⁸⁰ que hemos oído en decenas de películas, que tiene un origen bastante antiguo²⁸¹ y que hasta leemos hoy en la jurisprudencia española²⁸². Pero pese a la sencillez aparente de la frase en cuestión, lo que esconden expresiones como esa es algo bastante más complejo.

En primer lugar, debe distinguirse en qué tipo de proceso nos encontremos. Si nos hallamos ante un proceso civil en cualquiera de los países del *common law*, se nos dirá que para dar por probado un hecho basta con una probabilidad más grande de que los hechos sean ciertos a que sean falsos, apreciando conjuntamente la prueba y sopesando las distintas probabilidades²⁸³. Y si el hecho alegado por el litigante es tan probable que sea cierto como que sea falso, aplicando la institución de la carga de la prueba al estilo anglosajón se considera que el litigante que estaba lastrado con dicha carga no ha probado los hechos, por lo que su pretensión será rechazada²⁸⁴.

Sin embargo, en un proceso penal la exigencia del estándar de prueba es, al menos en teoría, mucho más alta, puesto que se exige que la culpabilidad del reo esté demostrada «más allá de toda duda razonable», lo que es una expresión que trata de decirle al jurado que la probabilidad de que el acusado sea responsable de los hechos debe valorarla como muy alta para declararle culpable, asumiendo que no sea posible llegar prácticamente nunca a la completa certeza²⁸⁵. Pero, al tiempo, sin exigir esa completa certeza que lo único que provocaría sería un aumento irracional del número de absoluciones²⁸⁶. Es la forma anglosajona de concebir el principio de presunción de inocencia, y en ocasiones hasta de rivalizar con él²⁸⁷.

Como se ve, las definiciones adolecen de una gran imprecisión, especialmente las del *beyond any reasonable doubt*. Por eso, como no podía ser de otra forma, el grado de certeza realmente exigido en cada caso concreto hace

²⁸⁰ Vid. J. PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho probatorio*, cit., pp. 851 y ss.

²⁸¹ Vid. J. Q. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London, 2005. Vid. también C. B. MUELLER y L. C. KIRKPATRICK, *Evidence*, New York, 2003, p. 130, así como la bibliografía allí citada.

²⁸² STS (Sala 2.ª) 24-4-2009, núm. rec. 1585/2008, FD 3.2: «Como regla del juicio, el principio de presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable».

²⁸³ P. MURPHY, *Murphy on evidence*, New York, 2005, p. 102: «...the tribunal of fact must be able to say, on the whole of the evidence, that the case for the asserting party has been shown to be more probably true than not true».

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 103.

²⁸⁵ Asumiendo claramente este carácter orientador para el jurado de la frase, aunque añadiendo el fin de evitación de venganzas y el religioso de salvación de las almas de los jurados, vid. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, cit., pp. 10 y ss y 160 y ss.

²⁸⁶ P. MURPHY, *Murphy on evidence*, New York, 2005, pp. 97-98. Aunque en el caso Stephens (2002) EWCA Crim 1529, fue exigida esa certeza. El caso es citado por HUXLEY, *Evidence. The fundamentals*, London, 2008, p. 37.

²⁸⁷ Vid. MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., p. 99, donde el autor discute la vigencia del estándar anglosajón en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en confrontación con el principio de presunción de inocencia, sí reconocido expresamente en dicho Convenio.

que el criterio generalista caiga en un casuismo impresionante, existiendo gran número de excepciones y concreciones en la jurisprudencia y hasta en las leyes²⁸⁸. Dicho casuismo sólo en algunas ocasiones ha conseguido ser mitigado en parte por explicaciones del concepto algo más pacíficas²⁸⁹, pero que no acaban de ganar la conformidad de todos los juristas²⁹⁰. Se llega a recomendar incluso que el uso de esas frases sólo se realice si existe el riesgo cierto de que el jurado no comprenda realmente cuál es su misión²⁹¹.

Como se ve, de lo que se ha tratado en el mundo anglosajón es de orientar a los jurados, de manera que puedan ordenar algo mejor su pensamiento antes de tomar la decisión. Pero frases como «más allá de toda duda razonable», pese a la brillantez de su formulación —que hay que reconocerla—, no son demasiado útiles, en realidad, para decidir un caso concreto, básicamente porque casi se le invita al juez a que no concrete su motivación amparándose en una de esas frases, lo que ocurre cuando el jurado no motiva sus decisiones, como sucede en los países anglosajones, por mucho que el juez oriente a los jurados sobre qué hechos en concreto están bien o mal probados atendiendo a las reglas jurídicas en esta materia. O por muy activo que dicho juez se muestre en las sesiones del juicio impidiendo preguntas o práctica de pruebas que pueden contribuir a desorientar a los jurados. Y es todavía peor cuando los jurados sí tienen que motivar la prueba, como sucede en España, porque el veredicto y su motivación son, con frecuencia, víctima de incoherencias propias de personas que no están acostumbradas a juzgar, y que curiosamente son llamadas justamente por eso, porque no están habituadas a los juicios jurisdiccionales... lo que, hay que decirlo de una vez bien alto, constituye, al menos, una enorme paradoja.

Todas estas frases, por tanto, no son más que guías surgidas de la jurisprudencia, a fin de orientar la libre valoración de la prueba. Pero a pesar de su difusión²⁹² debe destacarse con el máximo respeto que no han aportado mucho al estudio de la valoración de la prueba. Es cierto que han orientado a los jurados para resolver un caso, pero desde luego no han servido para explicar por qué un juez ha resuelto de un modo u otro, que es lo auténticamente importante. Las frases referidas no son más que reelaboraciones de las primeras frases orientadoras surgidas en la doctrina y que solamente intentaban evitar la aplicación de las pruebas legales. Pero no se distinguen

²⁸⁸ Vid. el breve resumen de J. DOAK y C. MCGOURLAY, *Criminal evidence in context*, London-New York, 2009, pp. 58 y ss. También en A. KEANE, *The modern law of evidence*, London, 2000, pp. 92 y ss. A. L.-T. CHOO, *Evidence*, Oxford, 2009, p. 49. NESSON, *Reasonable doubt and permissive inferences: the value of complexity*, Harvard Law Review, vol. 92 (1979), pp. 1187 y ss.

²⁸⁹ Una de las más conocidas es la elaborada por el Juez Denning J. de la *House of Lords* en el caso *Miller v. Minister of Pensions* (1947) 2 All ER 372-373: «It need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence «of course it is possible, but not in the least probable», the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice».

²⁹⁰ Vid. R. MUNDAY, *Evidence*, London, 2001, pp. 55 y ss.

²⁹¹ MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., p. 99.

²⁹² M. PISANI, «Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"», *Rivista italiana di Diritto Penale*, 2001, p. 1243 y ss.

del *buon senso* o de la *intime conviction*. Y desde luego no han aportado nada más que ellas.

d) *La apreciación según la conciencia judicial o conforme a las reglas de la sana crítica*

Hay que reconocer que la Doctrina y legislación españolas no han aportado mucho en toda esta materia. El art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855²⁹³ disponía que los Jueces valorarían las declaraciones testificales «según las reglas de la sana crítica»²⁹⁴, expresión que fue repetida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881²⁹⁵, y hasta por la del año 2000 con bastante frecuencia²⁹⁶. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 introdujo en su art. 741 la valoración de la prueba a cargo del juez «según su conciencia». Expresión que también utilizó el art. 84 de la efímera Ley del jurado de 20 de abril de 1888²⁹⁷, que copiaba lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹⁸.

Todas estas referencias son del siglo XIX. Con anterioridad no parece haberse hecho mención de algo parecido, pese a que ya vimos que en las Partidas²⁹⁹ se le decía al juez, al valorar la prueba testifical, que «debe catar el Juegador, e creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere que dizen la verdad, o que se acercan mas a ella». Y con respecto a la confesión se le decía que no creyese el juez la declaración que fuese «*contra natura*»³⁰⁰, toda una referencia medieval a las máximas de la experiencia. Pero todo ello, al

²⁹³ Con el precedente del art. 82 del Real Decreto de 20 de junio de 1852 (*Gaceta de Madrid*, 24-6-1852, núm. 6576, p. 4) sobre jurisdicción de hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, que decía lo siguiente: «El juicio sobre la certeza de los hechos ha de formarse en esta clase de procesos por las reglas ordinarias de la crítica racional, aplicada a los indicios, datos y comprobantes de toda especie que aparezcan en la causa. [...]», así como el Real Decreto de 8 de junio de 1850 (*Gaceta de Madrid*, 10-6-1850, núm. 5793, p. 1) para la aplicación del Código penal de 1848, cuyo art. 1 reformaba la Regla 2.ª para la aplicación de dicho código, y que tenía el siguiente tenor: «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquirieren los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la Ley 12, título 14 de la Partida 3.ª, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en este Código. [...]». No obstante, el precedente más antiguo parece estar en el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30-12-1846 (*Gaceta de Madrid*, 21-01-1847, núm. 4512, p. 1), en cuyo artículo 148 podía leerse: «Las demás personas serán examinadas como testigos, sin perjuicio de que las partes puedan proponer acerca de ellas, y el Consejo calificar según las reglas de sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones». En la Doctrina, CARMIGNANI, *Teoría*, cit., p. 76, había dicho en 1832 las siguientes palabras: «*Se le regole della buona critica ravvisano la certezza morale non come verità assoluta delle cose ma come inclinazione dell'animo umano il quale assente, o dissente...*».

²⁹⁴ Art. 317. Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

²⁹⁵ Arts. 609, 632 (dictámenes periciales) y 659 (prueba testifical).

²⁹⁶ Arts. 295, 316, 326, 334, 348, 350, 376, 382, 384 y 639.

²⁹⁷ Art. 84. La votación será nominal y en alta voz, contestando cada uno de los jurados según su conciencia, y bajo el juramento prestado a cada una de las preguntas: «Sí o No».

²⁹⁸ Como reconoció F. de A. PACHECO, *La ley del jurado*, Madrid 1888, p. 743.

²⁹⁹ Partida III, Título XVI, Ley 40.

³⁰⁰ Partida III, Título XIII, Ley 6.

igual que en otros países, había sido completamente olvidado en la práctica en beneficio de una auténtica mala praxis judicial en materia probatoria³⁰¹. De modo que la referencia del art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se percibió en su día como una novedad³⁰², copiada a buen seguro de la doctrina francesa³⁰³.

DE VICENTE y CARAVANTES valoró la referencia legal a la sana crítica como una obligación del juez de apreciar, además de otras máximas de experiencia sociológicas, «las facultades psicológicas del testigo»³⁰⁴. Pero la Doctrina se resistía a declarar derogados los criterios de las Partidas, que habían sido considerados como de prueba legal. Todos los autores citados reproducen el régimen de dichas leyes medievales, aunque en general —pese a que no siempre— recuperan el sentido admonitivo que esas reglas nunca debieron dejar de tener. Aunque ello, pocos años más tarde, fue olvidado casi por completo.

Quizás sea esa la única aportación de la Doctrina de esa época, la única que verdaderamente se enfrentó con este problema de la valoración de la credibilidad de los testigos. Que insistieron en la vigencia limitada de las reglas contenidas en las Partidas. Aunque ello no se produjera por facilitar la valoración de la prueba, sino por un evidente conservadurismo que se resistía a abandonar el pasado, lo cierto es que toda esa doctrina constituye un testimonio de que las máximas de experiencia necesitan orientaciones para el juez, que no deben darse por sabidas porque muchas veces no son conocidas. Hoy en día, por ejemplo y como veremos más adelante, la valoración de la credibilidad de los testigos ha avanzado mucho desde el punto de vista de la ciencia psicológica. Y pese a ello, la mayoría de lo que dice dicha ciencia no es en general conocido por los jueces puesto que, salvo excepciones, no han sido formados en esta materia específicamente.

Por lo demás, aquello que se deduce de la «sana crítica» no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *freie Beweiswürdigung*. Pudiendo concluir, llegados a este punto, que las iniciales enseñanzas de BECCARIA y la liberación en la valoración de la prueba inspirada con gran

³⁰¹ Ello se demuestra leyendo a P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, Madrid 1861, t. I, p. 434: «Nuestras leyes, generalmente hablando, han procurado mas bien contar el número de los testigos para dar fuerza a sus declaraciones, que apreciar debidamente todas las circunstancias que pueden robustecer o debilitar los grados de creencia. Por eso se ha proclamado el principio de que dos testigos conteses, mayores de toda escepcion, hacen plena prueba, sometiéndose de esta suerte la conciencia del juez al número de las personas que se presentan a declarar. En esta parte nuestro derecho no había imitado lo establecido en los buenos tiempos de la jurisprudencia romana, que deja al arbitrio prudencial del magistrado el estimar los medios que han de formar su convicción. La Ley de Enjuiciamiento ha restablecido los buenos principios determinando que los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Así es que por ella ha quedado profundamente modificada la doctrina que sobre este punto habian establecido las Partidas».

³⁰² Así, M. ORTIZ DE ZÚNIGA, *Práctica general forense*, Madrid 1856, t. II, p. 271.

³⁰³ Parece probable que el legislador se inspirara en la doctrina francesa, como reconoce indirectamente J. DE VICENTE y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856, t. II, p. 246.

³⁰⁴ *Ibid.*, *Tratado histórico, crítico filosófico*, cit., pp. 254-255, donde hace toda una exposición, avanzada a su época, de los criterios para valorar la credibilidad de un testigo.

difusión por BLACKSTONE y BENTHAM, finalmente tuvieron bastante éxito en toda Europa, porque básicamente debió existir una voluntad común en los juristas de aquel tiempo: la utilización de la racionalidad inspirada muy probablemente por las obras de la Ilustración, y el abandono de una valoración de la prueba que sólo tenía en cuenta, no la realidad de los hechos, sino la autoridad de leyes y autores antiguos, siendo víctimas, con ello, de la peor interpretación —aunque también la más simple— que pudo hacerse del método escolástico.

e) *Los estándares de prueba, los grados o medidas de prueba y los grados de verosimilitud. Breve referencia a la mínima actividad probatoria*

Si al juez se le dice que debe resolver el problema probatorio «según su conciencia», o según su «íntima convicción», en realidad no se le está ayudando a resolver el dilema del juicio. Se le está diciendo, que no es poco históricamente, que renuncie a la aplicación de cualesquiera reglas de valoración legal. Pero una vez conseguido el objetivo de que el juez no aplique las reglas legales de un modo fetichista, la realidad que se le presenta ante sus ojos es muy complicada. Se le dice que juzgue, pero no se le dice qué herramientas debe utilizar. Es como si a un profesor se le dice que puede impartir docencia, pero no se le dice cómo se imparte y ni siquiera se le instruye en la materia que debe impartir. Se le deja solo, a fin de que haga lo que le dicte su libre albedrío, lo que significa que su juicio será muchas veces imperfecto, y difícilmente motivable por estar con frecuencia basado en intuiciones derivadas de una experiencia no siempre bien aprehendida, a falta de otros datos en los que apoyarse. Y ello explica las habituales deficiencias en las motivaciones probatorias de las sentencias.

Hay que reconocer que el tránsito hacia la libre valoración de la prueba supuso una recuperación de la racionalidad, que increíblemente se había perdido a la hora de juzgar. Pero se abrió la puerta a una nueva etapa en que la falta de motivación sobre la prueba ha sido la regla, y si la inseguridad jurídica no ha reinado más, ha sido simplemente por el acierto de muchos de nuestros jueces, aunque ello no hay que achacarlo probablemente a su buena formación como juzgadores —por desgracia muy deficitaria en esta materia—, sino a su sentido común como seres humanos.

La doctrina del XVIII y del XIX que se ha examinado fue bien consciente de este problema, aunque con motivaciones que ensombrecieron la etiología del problema y, por tanto, su solución. Los juristas anglosajones se fijaron exclusivamente en el jurado, y ante la imposibilidad de instruirle «para la ocasión» en materia probatoria, decidieron crear los llamados «estándares de prueba», que no son sino frases o expresiones elegantes, que, como ya dije, pretenden ser muy esclarecedoras para un lego de cuál es su misión. Así surgió el «más allá de toda duda razonable» para poder condenar en los casos penales. De la misma naturaleza es el estándar probatorio exigido en el mundo anglosajón en los excepcionales casos en que el acusado tiene la car-

ga de probar su defensa³⁰⁵; en esos casos se les dice a los jurados que tienen que llegar a un estándar de prueba «no superior al requerido en los procesos civiles»³⁰⁶. Y el estándar de prueba en los procesos civiles se describe con la frase «sopesar las probabilidades»³⁰⁷, de manera que el jurado debe concluir que la versión del vencedor en el proceso, apreciando conjuntamente la prueba³⁰⁸, aparece como más probablemente verdadera que falsa³⁰⁹. Pero como digo, todo ello no son sino orientaciones para el jurado, y lo cierto es que, por muchos casos concretos que se consideren matizando los estándares, no se ayuda a valorar la prueba de ese modo.

Por su parte los juristas continentales, al introducir la libre apreciación de la prueba, al contrario de lo que se ha afirmado recurrentemente, no pretendieron ayudar en nada al jurado, puesto que siempre hubo una gran masa de juristas en contra del mismo, de forma que es una institución que pese a que está presente en muchos Estados, nunca ha acabado de imponerse y siempre es objeto de polémica. Pero al margen de esa cuestión y volviendo al tema probatorio, la obsesión de los juristas continentales fue pasar página al sistema de prueba legal impuesto en la práctica. Y las frases que se introdujeron en sus ordenamientos para decirle al juez que valorara libremente la prueba, no tenían otra intención que la abolicionista del sistema legal. Y por ello es difícil, si no imposible, ir más allá en la explicación de todas esas frases, por lo que no queda otro remedio que contentarse con decir que el juez debe aplicar las máximas de experiencia, lo que es obvio porque son las mismas que utiliza cotidianamente para sobrevivir en este mundo.

Pero la Doctrina cada vez fue más consciente de que algo fallaba. Fuera por la aún persistente influencia del antiguo sistema de prueba legal, fuera por las conciencias que removió la distinción entre «verdad formal» y «verdad material» —que sólo tenía esa voluntad abolicionista de la prueba legal—, o fuera porque verdaderamente se percibía una laguna importante en el juicio probatorio de los jueces, los juristas se han ido esforzando cada vez más en ofrecerle al juez unas superiores orientaciones para que pudiera valorar la prueba con criterios científicos, y no meramente intuitivos o simplemente filosóficos.

En Alemania, aunque probablemente sea algo que se arrastre desde las épocas de la prueba legal, se habla aún hoy en día de los grados o medidas de prueba (*Beweismaß*)³¹⁰. Y de ese modo se estima que para que el juez se

³⁰⁵ Existen disposiciones legales en este sentido, pero los dos casos más típicos en que esto ocurre son cuando el acusado alega enajenación mental, o bien cuando manifiesta tener una coartada. Vid. sobre este interesante particular MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., pp. 77 y ss.

³⁰⁶ *Ibid.*, cit., p. 100.

³⁰⁷ «Balance of probabilities».

³⁰⁸ «On the whole of the evidence».

³⁰⁹ MURPHY, *Murphy on evidence*, cit., p. 102. La cuestión de los estándares de prueba tiene muchos más matices, que pueden ser consultados en la obra citada.

³¹⁰ Sobre este concepto vid. I. SCHERER, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, («Prozessrechtliche Abhandlungen», Bd. 101). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1996. D. LEIPOLD, *Wahrheit und Beweis im Zivilprozess*, FS Nakamura, 1996, pp. 307 y ss. PRÜTTING, «Comentario al § 286 ZPO», en AAVV, *Münchener Kommentar ZPO*, München, 2000, pp. 1784 y ss.

considere convencido según su conciencia, debe alcanzarse una «verosimilitud objetiva», y no una «credibilidad aproximada»³¹¹, lo cual equivale a una (muy) alta probabilidad³¹². Se habla también en este sentido de la «certeza personal» del juez³¹³. Dicha medida de prueba puede ser rebajada en casos de difícil prueba, como en los supuestos en los que es exigible solamente un principio de prueba, o en los casos en los que se operan «aligeramientos de la prueba» en la llamada «prueba de la apariencia», que se produce cuando en una situación existe una deficiencia probatoria pero, al mismo tiempo, existe una percepción alta de que pese a esa deficiencia, el litigante está diciendo la verdad³¹⁴. En estos supuestos se exige, por la ley o por la jurisprudencia, solamente una «verosimilitud predominante»³¹⁵, lo que abre la puerta a una mayor subjetividad.

Pero de todos modos, como reconoce la doctrina, esa subjetividad no se abandona nunca, porque no se deja de confiar en el buen criterio del juez en la formación de su convicción³¹⁶. De hecho, el subjetivismo es la base del sistema, aunque eso sea lo mismo que no decir nada. En realidad, las frases construidas por la doctrina alemana en nada se diferencian de los estándares de prueba anglosajones. No orientan a jurados, sino a jueces, pero su finalidad es exactamente la misma.

Otros juristas han intentado distinguir entre niveles de probabilidad³¹⁷, y ello no es una orientación moderna, sino de hecho bastante antigua ya. En 1880 VON CANSTEIN llegó, por ejemplo, a diferenciar entre niveles de realidad, distinguiendo entre la certeza, la convicción, la creencia y la presunción³¹⁸, describiendo las exigencias de unas u otras según los casos. Y, de hecho, los intentos de dividir en categorías la verosimilitud provienen de las épocas de la prueba legal, como ya vimos antes, en que la prueba realmente se pesaba o medía, y se distinguía entre prueba plena y semiplena, llegando a afirmarse, por ejemplo, que dos pruebas semiplenas equivalían a una plena, salvo en los procesos penales³¹⁹.

A. EVERS, *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*, Freiburg, 1979. MEURER, *Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, FS Tröndle, 1989, pp. 533 y ss. H. WEBER, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen, 1997, pp. 28 y ss.

³¹¹ Cfr. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 768.

³¹² «Eine (sehr) hohe Wahrscheinlichkeit». ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 768.

³¹³ «Persönliche Gewißheit». Vid. BENDER y NACK, *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre*, cit., p. 121.

³¹⁴ «Anscheinsbeweis», «Beweis des ersten Anscheins» o «Prima-facie Beweis» son las expresiones que utiliza la doctrina en estos supuestos. Un ejemplo de ello son los casos de contagio de SIDA a través de transfusiones. Vid. O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, München, 2007, 166. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 769.

³¹⁵ *Überwiegende Wahrscheinlichkeit*.

³¹⁶ ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 769.

³¹⁷ Por ejemplo, SENTÍS MELENDO, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 293 y ss, que distinguió entre sospecha, conjetura, verosimilitud, probabilidad, *fumus boni iuris*, principio de prueba, indicio, prueba semiplena y prueba plena.

³¹⁸ VON CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, cit., p. 322.

³¹⁹ Vid. J. JAUMAR y CARRERA, *Práctica forense*, Barcelona, 1840, p. 48: «Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale a una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta a las dos semiplenas una de plena».

Pero modernamente se ha recuperado, aunque de forma muy distinta, esa tendencia y se ha querido distinguir entre verosimilitud y probabilidad. TARUFFO³²⁰ ha intentado con gran esfuerzo este acercamiento a la difícil cuestión de la convicción judicial, distinguiendo dos categorías que CALAMANDREI³²¹ había equiparado: la verosimilitud y la probabilidad³²². A decir de TARUFFO, un hecho sería probable cuando existan elementos objetivos para probarlo. Y sin embargo, un hecho sería verosímil si las máximas de experiencia —el *id quod plerumque accidit*— nos enseñan que verdaderamente pudo haber ocurrido³²³.

La distinción no ha tenido, por el momento, aceptación en la práctica, pero a pesar de ello es útil para pasar a un estadio diferente de la valoración probatoria. Valorar la prueba ya no es solamente buscar «aquello que normalmente sucede», sino que consiste también en buscar elementos para corroborar la conclusión probatoria, cosa que nos desplaza a otro contexto que veremos en el capítulo siguiente.

Pero centrándonos en la cuestión presente, lo cierto es que explicarle a un juez la noción de lo verosímil y de la probable, suponiendo que sean dos conceptos que puedan separarse realmente, tampoco deja de ser una orientación similar a todas las ya vistas anteriormente y que, por tanto, no le dicen exactamente al juez lo que tiene que hacer. Si el hecho tiene que ser probable, efectivamente, debe buscar elementos corroboradores de su conclusión. Pero no se le explica por qué esos elementos habrían de ser corroboradores, sino que esa cuestión se deja... a su *intime conviction*. Y lo mismo cabe decir, y con más razón, de lo verosímil, puesto que la noción de «lo que normalmente sucede» varía de sujeto a sujeto, por lo que aunque se trate de buscar una versión de aceptación general, nuevamente volvemos a dejar al juez solo ante la resultancia de las pruebas sin decirle qué es lo que tiene que hacer.

Uno de los últimos intentos que cabe citar en esta materia es el de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la llamada «mínima actividad probatoria» en el proceso penal. Según esa orientación, el juez de instancia debía haber realizado una «...mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo...»³²⁴, lo que significa que el tribunal no puede prescindir de la prueba, siempre que la misma sea lícita y celebrada con todas las garantías constitucionales en el acto del juicio oral³²⁵.

³²⁰ M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi FERRER BELTRÁN de «la prova dei fatti giuridici», Milano, 1992, Madrid, 2002, pp. 503 y ss.

³²¹ P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, Opere Giuridiche, V, pp. 615 y ss.

³²² CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, cit., p. 621, distinguía incluso una tercera, la «posibilidad», que equiparaba con las otras dos: «...e se la verosimiglianza non si distingue con precisione dalla possibilità e dalla probabilità...».

³²³ TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 504.

³²⁴ FJ 3.º de la STC 31/81.

³²⁵ Vid. para más detalle M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona 1997, pp. 124 y ss.

Con todo ello quería decir el Tribunal Constitucional que el juzgador de instancia tenía que haber realizado toda la actividad probatoria posible en el caso concreto. Y que si de esa actividad probatoria surgía prueba de cargo, podía condenar, sin descartar lógicamente que surgiera prueba de descargo, en cuyo caso habría de absolver. En realidad, más que mínima actividad probatoria, si se consulta la jurisprudencia de los últimos casi treinta años, parece que el Tribunal Constitucional debería haber hablado más bien de la «máxima actividad probatoria», a fin de describir con mayor verosimilitud lo exigido³²⁶. No se trata de practicar pruebas sin más, sino de practicar los medios de prueba adecuados para conseguir extraer conclusiones lógicas en un caso concreto. No se puede dar una culpabilidad por probada si no se practicaron pruebas de cargo. Pero tampoco, y esto es lo importante, se puede tener por demostrada esa responsabilidad si ni siquiera se intentó la práctica de las pruebas que hubieran podido ser de descargo.

Sucede que, no obstante, esta última orientación de la «mínima actividad probatoria» no es más que un desarrollo del «según su conciencia» del art. 741 LECrim³²⁷, es decir, un nuevo intento de guiar la actuación probatoria en el proceso, aunque desde un punto de vista diferente. Nuevamente, igual que cuando TARUFFO hablaba de la probabilidad, se le vuelve a decir al juez que debe basar su convicción en datos objetivos, lo que ya es algo más que remitirle a su racionalidad, pese a que finalmente todo dependa, igualmente, de su convicción, como ya he indicado.

Pero parece obvio que en la Doctrina se ha abierto un nuevo camino, consistente en aquello que se tendría que haber intentado desde un principio, y que de hecho se intentó pero con nefastos resultados: decirle al juez cómo debe probar. Y sin caer en el casuismo del Digesto, de las leyes medievales, de la jurisprudencia alemana de la prueba de la apariencia y de la inversión de la carga de la prueba, o de la jurisprudencia española sobre la mínima actividad probatoria, que también recae en una casuística infinita y, sobre todo, lo peor, imprevisible para muchos casos futuros. Es necesario, por tanto, ver cuáles son las diferentes soluciones que la ciencia jurídica ha ensayado en esta temática. A ello se dedicará el siguiente capítulo.

³²⁶ Como razona el principal libro de referencia en esta materia, MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 131, raro es el proceso en que no haya habido una «mínima» actividad de prueba. Vid. también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 39 y 57, que califica la «mínima actividad probatoria» como una expresión «tenebrosa a tope».

³²⁷ V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 2007, pp. 675-676.

III. LOS CINCO ENFOQUES EN EL ESTUDIO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SUS RESULTADOS

A día de hoy, no podemos aceptar que la valoración de la prueba, después de todas las explicaciones fundamentalmente filosóficas que realizan los autores y los tremendos problemas que han dado —quizás más de los que pretendían resolver—, simplemente se acabe traduciendo en que el juez realice esa labor, como se dice desde antiguo en lengua castellana y perdón por la expresión, a ojo de buen cubero. La ciencia ofrece otras soluciones que han sido consideradas por los juristas, y cada una de ellas otorga su aportación en esta búsqueda de una solución para el problema probatorio.

Es fundamental conocer todas esas orientaciones, sin renunciar a una u otra porque todas ellas tienen algo de utilidad, aunque no pueden constituir separadamente un sistema universal de valoración de la prueba. Las mismas, por tanto, abocan a una profunda interdisciplinariedad, que quizás tendría que haber guiado la actividad probatoria desde un principio, y no solamente a través del reconocimiento de la existencia de la prueba pericial. De hecho, dicha prueba es el testimonio palmario de que el juez no es omnisciente ni puede serlo. En una valoración probatoria se examinan hechos humanos, y esos hechos son complejos de por sí, no pudiendo siempre confiar en la experiencia personal de cada juez sobre los mismos, que es en esencia variable, sino que hay que hacer lo posible por estandarizarla y objetivarla, para alejarla en la mayor medida posible de los comunes errores de la falibilidad humana, aunque al tiempo, sin encorsetarla en esquemas prácticamente matemáticos, que son igualmente falibles¹. Podría pensarse que habría que dar

¹ Lo explica muy bien AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo*, cit., p. 281: «Es cierto que, a veces, se cometen injusticias en los tribunales de justicia, pero éstas se deben a errores humanos o a la parcialidad de los jueces. Sin embargo, no debería admitirse un sistema legal que, en sí mismo, permitiera tales injusticias, como ocurriría si se utilizase un concepto matemático de probabilidad».

con un sistema de igualar el conocimiento de máximas de experiencia del común de los jueces al menos, pero ello es difícilmente realizable. Entiendo imprescindible que la formación del juez cuente con una vasta cultura general, a fin de que pueda afrontar los problemas probatorios con mayores garantías de éxito. Pero no se puede pretender que los jueces sean expertos absolutamente en todo.

Por ello, quizás lo más adecuado sea estudiar las diferentes perspectivas de afrontar el problema probatorio, para averiguar si desde distintos puntos de vista es posible encontrar una solución común. A este cometido se dedica el presente capítulo.

1. EL ENFOQUE EstrictAMENTE JURÍDICO

La visión jurídica del problema es la que hemos analizado en el anterior apartado al hilo de la historia. El jurista, a fin de facilitar la labor del juez en la valoración de la prueba, ha ido creando a lo largo del tiempo dos sistemas de valoración de la prueba, el libre y el legal. Normalmente los ha mezclado, creando el sistema mixto, que de hecho es el sistema que más se ha visto reflejado en los diferentes textos normativos.

No se trata de describir ahora ambos sistemas, puesto que de todo lo que antecede han quedado expuestas claramente las características y el porqué de cada sistema. El sistema libre simplemente le dijo al juez que valorara racionalmente lo que le pareciera oportuno. Y el sistema de prueba legal, desconfiando de esa valoración, le puso pautas que al principio se formularon como recomendaciones, y más tarde se convirtieron en instrucciones directas al juez que le hicieron dejar de lado prácticamente por completo su racionalidad, al margen de la mínima dosis necesaria de la misma para conseguir el seguimiento de la pauta.

Debe decirse que, en realidad, al menos en los cuerpos legislativos principales no había tantas normas de prueba legal que fueran irracionales. Todas ellas tenían una razón de ser. Naturalmente, responden muchas de ellas a tópicos y discriminaciones que por fortuna pertenecen a la historia. Pero insisto en que en la base de las mismas existía un criterio racional, acertado o desacertado, pero había una reflexión al menos. Cuando las leyes decían que el juez escuchara a más de un testigo, lo hacían porque es menos probable corromper a dos testigos que a uno solo. Y en la época también es posible que se pensara que existiendo una pluralidad de testigos, era más fácil que apareciera una persona creyente que no quebrantara su juramento. A su vez, cuando se le dio valor legal a la confesión se partió de la base de que nadie desea perjudicarse con su propia declaración, por lo que si el litigante alega algo en su perjuicio es porque debe ser cierto. Por otra parte, en el momento en que se estableció el valor tasado de la prueba documental, muy pocas personas sabían leer y escribir, por lo que podía confiarse, en general, en la buena fe de los escribanos, así como en las enormes dificultades de modificar el escrito por parte de un iletrado. Y todo ello quizás fue totalmente cierto un

día, aquel en que se introdujo por primera vez aquella prueba de valoración legal. Pero el tiempo demostró con crudeza hasta qué punto podían llegar a corromperse algunos escribanos².

Sin embargo, todo ello eran reglas racionales en su momento. Quiero decir que se trataba de preceptos que tenían buenas intenciones, y trataban de que el juez no se equivocara. Cuando se llegó a la conclusión de que esas directrices llevaban al juez al error, renació de sus cenizas el sistema de valoración libre. Pero todo ello no sirve de mucho. Si el sistema de prueba legal ayuda al juez a juzgar, aunque sea mal, el sistema de valoración libre no le ayuda en absoluto, quedando todo en manos de que el juez sea honesto, imparcial y tenga un buen criterio personal.

El lector puede estar pensando que, en realidad, no cabe ir más allá. Y habría que rectificar diciendo que si la visión jurídica se limita a lo expuesto, desde luego que no es posible ir más allá. Podrán crearse más instrucciones jurisprudenciales de la valoración de la prueba derivadas de lo que se ha estimado justo en algunos casos concretos, y hasta quizás podrán realizarse normas de prueba legal con dichas instrucciones, como ya ocurrió históricamente. Pero no es posible orientar más el pensamiento judicial desde esta perspectiva que, por cierto, no es jurídica en realidad, sino que trata de explotar al máximo los frutos de la experiencia vital cotidiana.

El problema central de la valoración probatoria es el pensamiento del juez y las circunstancias que lo influyen, como ya lo han percibido muchos juristas, que han dedicado sus estudios sobre la prueba a explorar los mecanismos de dicho pensamiento. Cuando se comenta un razonamiento probatorio siempre se aborda desde dos puntos de vista. Se trata de ver qué pasos debió seguir el juez para completar su razonamiento, y en caso de que no nos convenza tratamos de adivinar qué circunstancias pueden haber influido en su juicio. Y en esta segunda materia entramos ya, con frecuencia, en consideraciones psicológicas y sociológicas, que son muchas veces las mismas que el legislador tuvo en cuenta antaño para crear normas de prueba legal como las inhabilidades o incapacidades de los testigos, por ejemplo, y que por tanto, pese a la insuficiencia que resultaría de basar en esas ciencias solamente el razonamiento probatorio, no se pueden desdeñar a la hora de explicar el comportamiento del juez en la valoración probatoria³.

Por tanto, cuando se habla de «enfoque estrictamente jurídico» en la valoración de la prueba, es difícil saber a qué se refieren los autores si no es a describir una y otra vez el sistema de valoración libre y el legal, explicando las normas existentes que disciplinan el procedimiento y la admisibilidad de pruebas y añadiendo que no se prueban hechos, sino afirmaciones sobre los

² Hay múltiples ejemplos, pero *vid. Nov. Rec. Lib. V, tit. XXIV, Ley XV*: «Porque nos ha sido hecha relacion, que los Escribanos de Cámara y de provincia, quando cobran sus derechos, no piden cosa cierta, sino dicen que les dexten dineros, lo qual causa que las partes les den mas de lo que les pertenece...».

³ Reconoce CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., p. 3, la «gran cantidad de elementos metajurídicos» que rodean la temática de la valoración.

hechos⁴. Suele ser una de las partes más breves de todos los trabajos sobre Derecho probatorio, precisamente porque el enfoque «estrictamente jurídico» en esta materia se agota muy pronto, una vez que ya se han expuesto los sistemas aludidos y se ha hecho la cita de jurisprudencia al efecto. Si la jurisprudencia es numerosa, se podrían escribir hasta extensos, y honestamente digo que valiosos, trabajos agrupando dicha jurisprudencia, que desde luego son de bastante utilidad para guiar al juez en diversos casos concretos similares a los considerados en dichas obras. Pero ahí detienen su valor, en la casuística y la visión de conjunto que otorga dicha casuística. Exactamente igual que sucedió antiguamente con los tratados de indicios. Se puede estar más o menos de acuerdo con la jurisprudencia o con la resolución de este u otro caso. En realidad se confronta la racionalidad del autor con la del juez, y se analiza si la conclusión judicial tiene lagunas o, en principio, parece homologable, si no se encuentran otras alternativas de valoración que parezcan más razonables.

Por lo demás, en esas mismas obras se puede analizar la ilicitud de una u otra prueba, o bien si era posible en aquel caso concreto haber desempeñado una actividad probatoria diferente. Y todo ello insisto en que es útil, pero es extraordinariamente fragmentario, y no creo que los juristas debamos conformarnos con un resultado final como éste, pese a que sea el único que hemos tenido como guía hasta el momento y debe reconocerse que ha orientado muy acertadamente la labor judicial en multitud de ocasiones, a falta de otra guía mejor.

Al final, lo que hacen estas obras es completar la formación en máximas de la experiencia que tenga el juez. Y le dicen que no crea a un único testigo⁵, salvo que sea la víctima y el delito sea clandestino⁶, o que no crea a un testigo de referencia si puede acudir al testimonio directo⁷, o que escuche con gran prudencia el testimonio de un coimputado⁸, o que no crea sin más la declaración de un policía⁹, o al revés, que la crea porque no hay razón para desconfiar de su testimonio¹⁰. O bien que escuche con gran prudencia el testimonio de un menor¹¹, o el de los amigos o enemigos de las partes o el de personas que hayan estado a su servicio¹². O que no se fíe de los peritos que no merezcan crédito entre sus compañeros¹³.

⁴ Es lo que hizo, por ejemplo, CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 44-48.

⁵ Lo que, por cierto, está desacreditado por la Psicología del testimonio, que ha puesto muy seriamente en cuestión la antigua máxima de que para acreditar un hecho hacen falta dos o más testigos concordantes. Vid. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit., p. 183.

⁶ STS (Sala 2.ª) de 29-1-2009 (núm. rec. 1592/2007), FD 4.

⁷ STS (Sala 2.ª) de 3-4-2009 (núm. rec. 1479/2008), FD 1.3.

⁸ STS (Sala 2.ª) de 30-3-2009 (núm. rec. 696/2008), FD 1.

⁹ Art. 717 LECrim. Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional.

¹⁰ STS 4-12-2006 (núm. rec. 10248/2006), FD 2.

¹¹ Art. 361 LEC. «(...) Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente».

¹² Arts. 377, 379.3 y 376 LEC.

¹³ Art. 343. «(...) los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias: (...) 5. Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional».

Pero todo ello, insisto, no son más que consideraciones sociológicas y psicológicas que hasta se reflejan, como vemos, en las leyes¹⁴ y que, por ello, pasan a ser «jurídicas», siendo estudiadas de modo casuístico. Y este enfoque no da más de sí que ese puzzle de casos concretos, y nunca irá más allá en realidad si no hay un cambio en la orientación.

Por ello es necesario estudiar con cierta profundidad lo que se halla detrás de los razonamientos del legislador y del juez a la hora de intentar resolver los problemas probatorios. Ésa será la misión de los próximos epígrafes.

2. EL ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO O GNOSEOLÓGICO

Una de las ciencias que ayudan a ese cambio es precisamente la filosofía. Sus pensadores se han propuesto en muchas ocasiones el entendimiento de los esquemas internos del pensamiento, tratando de ordenar y sistematizar las fases que conducen a una determinada conclusión. Y ello sí que ha dado frutos útiles, en ocasiones, para entender los razonamientos probatorios, de tal manera que incluso uno de esos esquemas de razonamiento ha servido para describir la llamada históricamente «prueba de indicios», a través de lo que conocemos con el nombre de «presunción»¹⁵.

Pero lo que han dado de sí estos trabajos es mucho más complejo. En estas obras se ha acudido a las entrañas del razonamiento, intentando describirlas con el noble propósito de ayudar al juez a sistematizar su labor, que no es poco. Finalmente, se trata de que el juez adapte sus razonamientos a algunos de estos esquemas para ordenarlos debidamente, lo que en principio debería permitirle motivar mejor y, en consecuencia, alcanzar mejores resultados en la valoración probatoria. Veamos si, tras todo lo que ha dado de sí este estudio, ha sido realmente así.

A) El sistema silogístico y sus reelaboraciones

El silogismo quizás fue el primer intento conocido de explicar la estructura del pensamiento. Su concepción se la debemos, como es más que sabido, a ARISTÓTELES, que la expuso en los «analíticos primeros» de su *Ἠθικὴ*¹⁶. De ahí surgió el razonamiento deductivo e inductivo, que creo que no merece explicación en esta obra por ser sobradamente conocido. Su estructura ha basado no pocas veces la explicación de la lógica del juicio jurisdiccional¹⁷, resultando que este último sería la conclusión de combinar la premisa mayor

¹⁴ E incluso, cuando no se reflejan en dichas leyes sino en la jurisprudencia, con frecuencia son reminiscencias de antiguas pruebas legales, como observaba F. GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas*, trad. de Luis Alcalá-Zamora Castillo de «L'Appreciation des preuves en justice», Buenos Aires, 2007, p. 31, con respecto al Derecho inglés.

¹⁵ Vid., por todos, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963.

¹⁶ ARISTÓTELES, *Tratados de la lógica (Organon)*, II, Gredos, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

¹⁷ J. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, 1989, p. 48.

(el Derecho) con la premisa menor (los hechos)¹⁸. Y también ha permitido la explicación del razonamiento presuntivo, tributario asimismo de la lógica formal, y que expone una simple deducción, aunque muchas veces se trate en realidad de una inducción, sobre todo en materia probatoria¹⁹. Dados tal y/o tales indicios como premisa menor, y las máximas de la experiencia como premisa mayor, el resultado es el hecho presunto. Es decir, la presunción, sea legal o judicial, en el fondo no es más que un silogismo que en nada se separa de la antigua lógica aristotélica.

Pero esa clase de razonamiento, aunque nos permite ordenar el pensamiento intentando reconstruir su estructura, deja atrás muchos datos incurriendo, pese a sus méritos, en tremendas imprecisiones. Por ejemplo, el silogismo no explica del todo cómo habría de realizarse la recogida de los elementos que componen la premisa menor. Pero no en el sentido inferencial de elección de los términos de las premisas, sino en el sentido material de, realmente, qué elementos van a ser relevantes para realizar un juicio inferencial que nos lleve a una conclusión. Pongamos por ejemplo los indicios de la comisión de un asesinato. En la escena del crimen recogemos el cadáver y las huellas biológicas. En la escena del crimen hay un cuadro colgado de una pared. De ese cuadro únicamente se comprueba si tiene huellas dactilares adheridas al mismo. Pues bien, una vez tomadas las huellas, el cuadro se deja en la escena del crimen porque se da por supuesto que no aportará ningún elemento de convicción útil para formar el conjunto de indicios. ¿Por qué? El razonamiento silogístico no nos lo explica, puesto que la razón es que en la recogida de indicios se tienen en cuenta las «máximas de experiencia»²⁰, es decir, elementos de la premisa mayor que, sólo teóricamente, no debieran afectar a la elección de dichos indicios. Pero que, desde luego, afectan a esa selección.

Por otro lado, el silogismo tampoco nos explica la formulación de la premisa mayor. En realidad, la misma se hace depender de la experiencia, pero no se detalla cómo se construye esa máxima de la experiencia²¹. Con ello, parece evidente que salvo que se mejore en esos dos terrenos de la formación de la premisa mayor y de la premisa menor, la formulación de la conclusión del silogismo puede conducir a resultados absolutamente erróneos.

En realidad, no han existido tantos intentos de solventar dichos defectos, sino que la doctrina se ha centrado, sobre todo, en perfeccionar la estructura del silogismo desde un punto de vista teórico aportando claves que, ciertamente, pueden ayudar a realizar un mejor razonamiento probatorio, pero que no son definitivas. Se ha propuesto la clasificación de los hechos en diferentes tipologías, o bien, como decía, también se ha intentado perfeccionar el silogismo y, por último, se han tratado de dar algunos consejos para

¹⁸ Entre otros muchos que reproducen este silogismo, *vid.* S. SENTÍS MELENDO, «La prueba es libertad», en *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, 1979, p. 21.

¹⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., p. 28.

²⁰ El «espíritu», que decía GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas*, cit., p. 58.

²¹ WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 185, acertadamente vio en las máximas de experiencia algo a lo que se recurre cuando «la ciencia actual no es suficiente».

que la actividad probatoria no sufra de algunos defectos básicos. Todo ello es indudablemente útil, pero tras su exposición podrá decidirse si además es auténticamente relevante.

En primer lugar, como decía, algunos autores han tratado de mejorar la concreción de los términos de una de las premisas del antiguo silogismo judicial: Los hechos. Partiendo de la base de que en realidad no estamos hablando de «hechos puros», sino de afirmaciones o enunciados sobre los hechos²², se han clasificado dichos hechos en diversas categorías. Así se ha distinguido, por ejemplo, entre hechos principales y secundarios²³, según sean constitutivos del supuesto de hecho de la norma aplicable, o simplemente contribuyan a acreditar la veracidad de dicho hecho; pero la distinción se ha revelado muy problemática y en muchos casos realmente imposible²⁴. O hechos positivos y negativos²⁵, en función de que la norma jurídica los identifique directamente, o bien formule sólo la negación de un hecho positivo, lo que, salvo que la misma norma elimine las alternativas, puede abrir demasiado el elenco de qué hechos deben considerarse negativos en cada caso concreto. Se trata de los hechos que suelen configurar las coartadas. Esos hechos negativos sirvieron en el pasado, además, para crear otra clasificación, la que distingue entre hechos impeditivos, extintivos y excluyentes²⁶. Otra posible clasificación distingue entre hechos simples y hechos complejos²⁷, en razón de que el hecho se presente individualizado, o bien obedezca a una concatenación de acontecimientos simultáneos o sucesivos que deben producirse para configurarlo. También se habla de hechos psíquicos²⁸ cuando nos referimos a los ánimos o estados de ánimo psicológicos de las personas, que son relevantes jurídicamente, tales como la mala fe, el error o el temor. Y en oposición a los anteriores se han aislado los llamados hechos externos²⁹, que son los hechos con existencia material tangible³⁰.

Todo lo anterior serviría para afrontar mejor la prueba de un hecho concreto, una vez deducida su clasificación. Aunque lo cierto es que su utilidad acaba siendo fundamentalmente clasificatoria, de ordenación de ideas, pero no asiste directamente a la actividad valorativa de la existencia de uno u otro hecho.

Por ello, la doctrina también ha intentado el perfeccionamiento de los silogismos u otros esquemas de razonamiento que cabe utilizar en la valoración probatoria, o al menos tratar de mejorar dicho razonamiento probatorio excluyendo orientaciones basadas en premisas erróneas.

²² TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 114.

²³ *Ibid.*, pp. 119 y ss.

²⁴ *Ibid.*, p. 126.

²⁵ *Ibid.*, pp. 138 y ss.

²⁶ Que también existe en la doctrina alemana con la terminología «*rechtshindernden, rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen*». *Vid.* D. LEIPOLD, «Comentario al § 286 ZPO», en: STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen, 1997, p. 527.

²⁷ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 143 y ss.

²⁸ *Ibid.*, pp. 159 y ss. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 76.

²⁹ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 75.

³⁰ *Vid.* otra clasificación de hechos en J. WRÓBLEWSKI, *The judicial application of law*, Dordrecht, Boston, London, 1992, p. 138.

Ése fue el camino seguido por Lawrence Jonathan COHEN³¹, cuya obra se desarrolló bastante —aunque no exclusivamente— en el campo del razonamiento judicial³². La clave principal de este autor precisamente fue, como sostiene AfSA³³, alejarse de las intuiciones apriorísticas de los filósofos anteriores, que no estaban basadas en el método científico, incluso cuando se fundamentaban en el uso teórico de las matemáticas³⁴. COHEN, superando los errores que implica basar el razonamiento probatorio simplemente en cálculos estadísticos o matemáticos de probabilidad —a los que me referiré más adelante— buscó acercarse a esquemas de razonamiento experimental a través de la llamada «probabilidad inductiva»³⁵.

De ese modo, la «probabilidad» es conceptualizada por COHEN en el sentido de que el resultado de la misma sea demostrable. Es decir, que se habla de «probabilidad» no como una inferencia intuitiva a través del uso tosco de máximas de experiencia, o bien de cálculos meramente estadísticos que tratan de refrendar —con frecuencia vanamente— esa intuición. Se concluye que es probable solamente aquello que sea demostrable³⁶. Esto es, que no se considera probable lo que en un juicio intuitivo o estadístico nos parezca verosímil, sino solamente aquello que pueda demostrarse a través de hechos tangibles. Es posible que nos parezca verosímil que si la camisa de un cadáver tiene manchas de sangre de otra persona, lo lógico es que el asesino sea esa otra persona. Ciertamente, es intuitivamente posible, e incluso estadísticamente podría confirmarse esa conclusión, dado que quizás en un 90 por 100 de los casos en que el cadáver tiene huellas genéticas de otra persona, es esa otra persona la responsable de la muerte. Pero no hay ninguna prueba directa de que sea así.

Por ello, ante la frecuente imposibilidad de obtener una prueba directa, COHEN propone que se obtenga una convicción si se demuestra al menos que no ha podido suceder lo contrario a lo que dice la intuición —formada naturalmente por las máximas de experiencia— o la estadística. Es decir, se trata de comprobar que en el caso concreto no aparecen vestigios de que haya podido suceder lo contrario a lo presumido³⁷. De ese modo, deben ser excluidos todos los vestigios que puedan fundamentar hipótesis contradictorias. Si se consigue esa exclusión, será correcta la inferencia obtenida a través de la estadística o de la intuición.

Como observa GASCÓN ABELLÁN³⁸, el mérito de COHEN parece haber consistido en que consiguió racionalizar el esquema de razonamiento probato-

³¹ L. J. COHEN, *The implications of induction*, London, 1970.

³² Vid. L. J. COHEN, *The probable and the provable*, Oxford, 1977.

³³ D. AfSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza 1997, p. 262.

³⁴ «If criteria of adequacy are stated in such terms that their satisfaction or non-satisfaction in any particular case is capable of a purely mathematical proof, then they themselves are wide open to philosophical dispute». COHEN, *The implications of induction*, cit., p. 1.

³⁵ Una magistral y sencilla exposición de la teoría de COHEN puede hallarse en GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., pp. 174 y ss., cuyo esquema de explicación seguiré a continuación.

³⁶ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., p. 175.

³⁷ *Ibid.*, p. 176.

³⁸ *Ibid.*, p. 177.

rio de los juristas, sacándolo de las meras hipótesis intuitivas, para dar finalmente con una descripción epistemológica de nuestra manera de razonar en materia de valoración de la prueba. En efecto, del modo apuntado por COHEN se consigue expulsar del razonamiento probatorio indicios o hipótesis poco fundamentadas, dejando solamente aquellas que estén corroboradas por más de una evidencia.

Imaginemos, por ejemplo, un caso de los más complejos en la práctica judicial: la comisión de una agresión sexual clandestina, sin testigos, en la que sólo contamos con el testimonio de la víctima como prueba directa. En este supuesto tenemos un resultado que queremos demostrar o descartar: la comisión de la agresión sexual a cargo de X. Y tenemos los siguientes indicios:

1. Declaración de la víctima sobre la existencia de la agresión sexual a manos de X.
2. Reconocimiento en rueda, sin dudas, de X.
3. X y la víctima no se conocían previamente, habiéndole reconocido ésta por un archivo policial de fotos en el que salía X con antecedentes por robo.
4. Declaración de un amigo de X de que estuvo con él a la hora de la violación.
5. Falta de cualquier vestigio de la agresión en el cuerpo de la víctima.

El primer indicio es un dato que permite deducir la responsabilidad de X. Y el segundo también. En principio no admiten, por sí mismos, hipótesis contrarias, por lo que deben ser tenidos en cuenta. Pero desde luego no son datos irrefutables, puesto que es posible pensar en hipótesis contrarias a través del indicio 5, aunque no así a través del 4, puesto que la amistad del testigo excluye su objetividad, permite una hipótesis contraria y por tanto se trata de un vestigio que debe ser expulsado de la valoración probatoria. Por otra parte, el hecho de que X tenga antecedentes no puede ser tomado en consideración por ser contrario a la presunción de inocencia, con más razón en este caso en que nada tienen que ver los antecedentes con el delito imputado.

En resumen, aplicando el método de COHEN, X sería absuelto, porque falta algún indicio de la responsabilidad de X que no sea simplemente la declaración de la víctima y, además, no se ha conseguido descartar una hipótesis contraria bastante simple: que la víctima se haya equivocado de persona. Diferente hubiera sido el caso si alguno de esos indicios no derivara de las declaraciones de la víctima, porque en ese caso, coincidiendo más de un indicio, hubiera sido posible fundamentar una condena.

Pero debe añadirse inmediatamente que, no obstante, ese resultado podría ser tremendamente injusto, porque la declaración de la víctima podría ser perfectamente veraz. Lo cual equivale a mantener que si bien el método de COHEN es adecuado en cuanto a que nos aparta de la creencia ciega en la estadística y pone en tela de juicio la intuición, no nos sirve, finalmente, para determinar sin demasiadas dudas una hipótesis.

Conscientes de ello, otros autores han intentado alternativas perfeccionando lo anterior. Aunque son numerosas, me limitaré a la exposición de tres de las más recientes, y que honestamente creo más útiles: la de GASCÓN ABELLÁN³⁹, la de FERRER BELTRÁN⁴⁰ y la de TARUFFO⁴¹.

La primera autora, siguiendo los pasos de COHEN, renuncia a configurar un auténtico «esquema de valoración de la prueba», que conceptúa como simplista. Y con esa premisa establece la posibilidad de la existencia de un hecho solamente a través del grado de confirmación de una hipótesis, es decir, en función de que los indicios y las conclusiones a las que conducen estén suficientemente corroborados siguiendo el método de refutación de COHEN⁴².

De ese modo concluye que «una hipótesis es aceptable si ha sido suficientemente confirmada mediante las pruebas disponibles y no refutada por ellas»⁴³. Por tanto, se renuncia de entrada a la infalibilidad, pero se acude a la verosimilitud en virtud del grado de confirmación que se mide a través de: 1) las máximas de experiencia (fundamento cognoscitivo o grado de probabilidad), 2) la calidad epistemológica de las pruebas confirmatorias, es decir, el juicio sobre si el indicio es sólido, o bien se trata de una simple hipótesis, 3) el número de pasos inferenciales que sigue la cadena de confirmación, es decir, el número de conclusiones intermedias⁴⁴ a las que hay que llegar para alcanzar la final y, 4) la cantidad y variedad de las pruebas o confirmaciones, que consiste básicamente en el número y diversificación de las corroboraciones que contenga la hipótesis⁴⁵.

Con todo ello elabora GASCÓN ABELLÁN una constelación de elementos a tener en cuenta por el juez en la confirmación de esa hipótesis. Y valorando esos cuatro puntos y aplicando a la vez el método de la refutación, estima que saldrán a la luz una serie de hipótesis no rebatidas, de entre las que habrá que escoger las más sencillas⁴⁶ —siguiendo aquí GASCÓN un método similar al de la navaja de OCKHAM⁴⁷—, así como las que tengan mayor coherencia narrativa⁴⁸. Si nada de ello tiene éxito, propone la autora acudir a las normas de carga de la prueba, o al *in dubio pro reo* en el proceso penal.

FERRER BELTRÁN⁴⁹, por su parte, a la hora de elaborar un estándar de prueba para la condena en el proceso penal, establece unas bases para dar

³⁹ *Ibid.*, pp. 178 y ss.

⁴⁰ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

⁴¹ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 241 y ss. Ello no supone desprecio alguno por aportaciones de otros autores, como la de WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 35 y ss., pero por la fecha de los trabajos y lo que finalmente aportan he decidido escoger a los autores citados.

⁴² GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., p. 179.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Es decir, en terminología más tradicional, si se ha establecido una *praesumptio de praesumptio* o varias.

⁴⁵ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., p. 180.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 185.

⁴⁷ En igualdad de condiciones, tiene más probabilidades de ser verdadera la hipótesis más sencilla.

⁴⁸ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., p. 186.

⁴⁹ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional*, cit., p. 147.

por probada una hipótesis que sirven también para la exposición que se está realizando en este epígrafe, y que concreta en dos puntos: 1) La hipótesis formulada debe explicar de manera contrastada tanto los datos disponibles como los que puedan deducirse de dicha hipótesis, siguiendo el método de COHEN. 2) Deben haberse descartado las hipótesis alternativas que, con esos mismos datos, permitan inferir la inocencia del acusado⁵⁰.

Pero aparte del esquema anterior, que sin duda ayuda al razonamiento en la valoración probatoria, se fija FERRER en la fase de recogida de indicios para la formulación de las hipótesis, que es justamente la fase a la que nadie parece prestar atención, a pesar de ser probablemente la más relevante. FERRER argumenta que esta fase está al margen de cualquier lógica deductiva o inductiva, ya que es la imaginación, la invención, la creatividad o incluso la experiencia de quien recoge los indicios⁵¹, la que juega un papel en este sentido. Ello no explica por sí mismo esta compleja fase, pero sí pone una importante primera piedra en el estudio de esta materia que abordaré después.

TARUFFO⁵², por su parte, no pretende formular en realidad ningún esquema nuevo de razonamiento probatorio, pero sí que establece unas bases muy concretas que finalmente acaban dibujando ese esquema. El autor comienza dando perfecta cuenta de los tipos de prueba que existen, a fin de que el usuario las identifique y prevea por sí mismo dicho esquema correctamente en cada situación concreta. Por ello distingue la prueba directa de la prueba indirecta, siendo la primera la que demuestra por sí misma el hecho, y la segunda la que lo demuestra pero a través de otro hecho distinto, debiendo inferirse del mismo la existencia del hecho que realmente se desea probar. El problema en el primer caso es la credibilidad del medio de prueba. Y en el segundo, además de ese problema, se presenta la dificultad de determinar la regla de inferencia —máxima de experiencia— que nos llevará de un hecho a otro, y que resultará más o menos perfecta según el contexto —físico, estadístico, sociológico— en que se produzca⁵³. También se refiere TARUFFO a la conocida en el ámbito anglosajón como «*cascaded evidence*», que es la que se presenta cuando la prueba es el resultado de varias inferencias que llevan una a la otra sucesivamente, y que precisa que el grado de confirmación de todos los hechos de la «cascada» sea aceptable⁵⁴.

Una vez descrito lo anterior, llama la atención el autor⁵⁵ sobre que con frecuencia aparecen hechos complejos que están compuestos de diferentes aspectos que deben ser probados, o bien que varios de los tipos de pruebas vistos antes se presentan a la vez, dibujando esquemas probatorios complicados que pueden ser convergentes en un mismo resultado, o divergentes, apareciendo entonces el problema principal: la valoración conjunta de la prueba. La forma

⁵⁰ Siempre que no se trate, aclara FERRER BELTRÁN, *La valoración racional*, cit., p. 147, de hipótesis *ad hoc*, es decir, de relatos fabricados para la ocasión por el acusado, que serán excluidos porque habitualmente no son contrastables.

⁵¹ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional*, cit., pp. 129-130.

⁵² TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 257 y ss.

⁵³ *Ibid.*, p. 270.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 276.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 277 y ss.

de resolver cada una de esas situaciones podría darse a través del grado de confirmación del resultado de los distintos medios de que dispongamos. Pero el problema constante es que esto no siempre resulta posible, puesto que describir el grado de confirmación de una prueba es bastante dificultoso y hasta imprevisible en realidad. Desde luego, puede intentarse medir numéricamente ese grado de confirmación, pero salvo cuando existan estadísticas, suelen faltar los parámetros en función de los cuales se intenta ese cálculo.

Por ello es preciso seleccionar las hipótesis⁵⁶ que surjan de todo lo anterior, y en ese momento es en el que el lector percibe que resulta más necesario disponer de un método. En este sentido TARUFFO advierte, como paso previo, de que debe prescindirse del aspecto psicológico para el análisis racional de la decisión, puesto que pese a ser interesante, se trata de una cuestión que se basa en un estudio distinto del problema racional⁵⁷. Además, también como premisa, advierte de que con la valoración probatoria no se busca la certidumbre absoluta, sino que sólo se persigue una reducción al mínimo de la incertidumbre⁵⁸.

A pesar de los inconvenientes antes anunciados del cálculo numérico, propone finalmente TARUFFO que en la valoración de la prueba determine el juez la probabilidad de que un hecho haya acaecido, con el evidente ánimo de racionalizar y, sobre todo, externalizar el grado de confirmación que el juez atribuya a una hipótesis. Y en este sentido establece que si el juzgador puede dar el hecho por probado si en una escala del 0 al 1, le confiere libremente —pero racionalmente— al menos un porcentaje superior al 0,5 de probabilidades de que el hecho haya sucedido⁵⁹. Sumando los resultados de cada medio de prueba que sustente cada hipótesis, podremos llegar a un resultado de cuál es la hipótesis que tiene una «probabilidad prevaleciente», que es finalmente el criterio propuesto por TARUFFO⁶⁰.

Y en cuanto al método para llevar a cabo todo lo anterior, ante la existencia de la perspectiva atomista, que considera separadamente cada objeto de prueba, y la holista, que las considera conjuntamente dentro de un contexto⁶¹, se plantea la disyuntiva de cuál elegir. La ventaja de la perspectiva holista es que integra los aspectos psicológicos de la decisión e incluso la versión judicial del *id quod plerumque accidit*. Pero tiene el problema de que no es difícil crear un relato coherente de los hechos que, en realidad, sea falso, como ocurre, por ejemplo, en cualquier novela⁶². Ello inclina al autor a escoger el método atomista⁶³, aunque sin renunciar a la utilidad del método

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 292 y ss.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 293. Más adelante trataré sobre la adecuación de esta conclusión.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 294.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 297.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 303.

⁶¹ *Ibid.*, p. 307.

⁶² Este defecto del método holista se basa en la tendencia humana a rellenar las lagunas de una historia con nuestro propio conocimiento previo, para hacerla coherente. Vid. T. GLOVICH, «Seeing the Past in the Present: The Effect of Associations to Familiar Events on Judgments and Decisions», *Journal of Personality and Social Psychology*, 1981, 40, 5, p. 807.

⁶³ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 314.

holista para integrar, aunque sólo eventualmente, el relato que surja con el método atomista, es decir, con hechos racionalmente probados. Pero siempre evitando que el juez, a través del método holista, intente infundir una coherencia a relatos que, en realidad, no la tienen.

Por último, la doctrina ha intentado también ofrecer algunos consejos para una mejor práctica de la actividad probatoria. Algunos de ellos ya han sido expuestos con anterioridad al trazar los esquemas que mejoran el silogismo inicial. Pero algunos autores han insistido en esa elaboración de reglas admonitivas. GASCÓN ABELLÁN⁶⁴ establece lo que denomina «reglas epistemológicas o garantías de verdad», y así formula hasta siete reglas, de las que son destacables la recomendación del uso de cualquier elemento probatorio que pueda ser relevante, sin descartes apriorísticos, así como la proscripción de la prueba de valoración legal. También recomienda el ofrecimiento de la posibilidad de contradicción de hipótesis, factible incluso cuando ya se ha declarado probado un hecho, si surgen nuevas pruebas sobre el mismo que pueden arrojar un resultado contrario.

En resumen, los autores citados se han centrado, dentro de este enfoque epistemológico, en perfeccionar un método seguro, no ya para la formulación de hipótesis, que también, sino sobre todo para la selección de las mismas, de manera que pueda valorarse el resultado final observando qué es lo que ha quedado después de todos los descartes fruto de la refutación. Mirando ese resultado, en función del grado de confirmación de las hipótesis subsistentes, se podrá dar por probado un hecho. Y cuando ello no sea posible, corresponderá acudir a las reglas de carga de la prueba.

B) Utilidad del enfoque epistemológico. La optimización de la motivación

Una vez expuesto todo lo anterior, la pregunta que surge inevitablemente es cuál es la utilidad final de todo ello. Vayamos por partes.

Las elaboraciones de los autores citados, que siguen los principios propuestos por COHEN pero que finalmente van mucho más allá, no son un simple ejercicio teórico-filosófico, como a veces se ha pretendido dar a entender para descalificarlas. A pesar de que ciertamente tienen un sesgo teórico —porque si no sería imposible que fueran inteligibles—, el valor práctico de todo lo expuesto en el anterior epígrafe es indudable, aunque quizás no en el conjunto de la actividad probatoria, sino solamente en el momento de su expresión en la sentencia, es decir, en el instante de elaboración de la motivación. Y ello, por sí mismo, tiene la suficiente importancia como para que este enfoque deba ser defendido, mantenido y utilizado en la práctica judicial. Trataré de justificar la anterior opinión, aunque ello suponga avanzar parte de las conclusiones que expondré en la parte final de esta obra.

⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., p. 115.

La labor de valoración probatoria, como sucede tantas otras veces con otras actividades que tenemos que realizar los juristas, no es una fase aislada de todo el conjunto que conocemos como «prueba». Ya se explicó anteriormente que el juez valora desde que tiene el primerísimo contacto con el medio de prueba, aunque sea simplemente admitiendo su práctica. Siendo ello así, es difícil que el juez desde un primer momento realice una labor de selección de hipótesis como la descrita en el epígrafe anterior, porque esa selección solamente es posible cuando todas las hipótesis están encima de la mesa, pero no antes, porque no se pueden seleccionar racionalmente hipótesis cuyos antecedentes y resultados se desconocen.

Es decir, el problema de la valoración de la prueba no se limita solamente a la observación de sus resultados, sino que se remonta mucho más atrás en el proceso. De ahí que los autores, intuyendo esta conclusión, se hayan esforzado en clasificar los hechos, o bien incluso hayan ofrecido unas útiles «reglas epistemológicas o garantías de verdad» como las de GASCÓN ABEILLÁN⁶⁵, que, por otra parte, también es posible localizar en el resto de autores citados, aunque no de forma tan clasificada sino más dispersa, supongo que por entender obvio que en materia probatoria, así como en toda la actividad procesal, el respeto al principio de contradicción es esencial. Porque detrás de la explicación de la autora citada de la mayoría de esas reglas, está en todo caso ese principio de contradicción. Es decir, la posibilidad de rebatir, propia de cualquier método dialéctico. Y, en última instancia, la oportunidad de defenderse. Porque si existe, por encima de cualquier otra, una garantía de que en el proceso podemos llegar a acercarnos en la mayor medida posible a la verdad, es el respeto por el derecho a la defensa de las partes. Y ello es fácilmente deducible porque quien se defiende, habla. Y quien habla da su versión. Sopesando las versiones de las partes y los vestigios que aleguen en su fundamento, es mucho más sencillo hacerse una idea de lo que auténticamente ha acaecido en la realidad. Y ello no solamente ocurre en el proceso, sino en cualquier otra realidad humana en la que existen dos partes enfrentadas, o incluso dos hipótesis contrapuestas, como sucede con frecuencia en la ciencia. Sólo desarrollando plenamente ambas, utilizando el método científico, es posible acercarse a la realidad auténtica.

De todo ello se da cuenta FERRER BELTRÁN, como acabamos de ver, cuando se refiere a la fase de recogida de vestigios, y que desplaza de la explicación del esquema racional por sus enormes dificultades, así como por complicar indudablemente la exposición del razonamiento probatorio. No puedo referirme en este epígrafe a dicha fase, pero baste decir ahora que la misma es esencial, porque condiciona todo el juicio jurisdiccional posterior, lo que se hace especialmente patente, o mejor dicho fácilmente inteligible, en el proceso penal. Si la policía judicial realiza incorrectamente su labor, los resultados son nefastos. El juez, en general, acostumbra a fiarse de lo que dice la policía porque le suele faltar formación para rebatir científicamente sus conclusiones. Su única defensa estriba en acudir a una posible ilicitud de la prueba, siempre complicada de demostrar y que, además, con tremenda frecuencia

⁶⁵ *Ibid.*

plantea demasiados dilemas morales en la mente judicial. Pero si el juez no analiza esa fase previa de recogida de indicios, creo que no es ninguna exageración decir que la prueba ya le vendrá valorada de antemano, por lo que su función va a reducirse a bendecir las conclusiones policiales.

En este sentido, los autores que han seguido esta vía epistemológica plantean una vía de salida interesante: a través de la comprobación inferencial de las conclusiones policiales sobre los vestigios hallados, se puede llegar a la conclusión de que existe una insuficiencia de prueba. Y ello, en sí mismo, es una victoria para el juez, porque le cabe controlar *a posteriori*, sin moverse de su despacho, la actividad policial en la recogida de vestigios. Pero ello es insuficiente, pero sobre todo es injusto, porque es más que posible que si no cuadra la comprobación de la hipótesis —lo que no quiere decir que sean falsas—, exista una insuficiencia de prueba, lo que va a determinar frecuentes absoluciones que pueden ser muy injustas al alejarse de la realidad de los hechos. Conscientes de ello, las tendencias de los jueces fluctúan. Los más severos con la seguridad tienden a fiarse de las conclusiones policiales. Los más escrupulosos con el respeto a las garantías constitucionales suelen ser más reticentes a ello. En cualquiera de los dos casos, son demasiado altas las posibilidades de que la actividad probatoria se aleje de la realidad de lo acaecido.

Y lo mismo puede suceder en el proceso civil, o en cualquier otro proceso. En estos procesos son las partes las que suelen seleccionar los vestigios. Pues bien, dejando al margen la ilicitud de la prueba como único control previo a esa selección, sólo le queda al juez el juicio sobre la pertinencia del medio de prueba, así como el control del grado de corroboración inferencial de las hipótesis de las partes. Con respecto a la pertinencia, el control suele ser escaso, simplemente porque al juez le es muy difícil valorar en ese momento el posible resultado que tenga el medio de prueba, y es recomendable no ser demasiado restrictivo en este sentido, para no correr el riesgo de que el proceso se quede sin vestigios (positivos o negativos) importantes. Por otra parte, existe la realidad de la acumulación de asuntos que, indudablemente, impide realizar con el debido detenimiento ese juicio sobre la pertinencia. Pero es que aunque tuviera el juzgador todo el tiempo del mundo, normalmente le faltarán datos para valorar dicha pertinencia en el momento inicial del proceso. Datos que, normalmente, sólo va a adquirir, precisamente, durante la práctica de los medios de prueba.

Pero además, como decía, le queda la posibilidad de la corroboración inferencial de las hipótesis probatorias de las partes. No se trata de un trabajo sencillo, se siga el método que se siga, holista o atomista. Pero es una labor necesaria que, sin embargo, cuando llega, puede ser ya demasiado tarde. Cuando el juez va a realizar, principalmente, esta actividad, va a ser en el plazo para dictar sentencia, normalmente ya sin posibilidad alguna de ampliar la práctica de la prueba, o con la posibilidad limitada que, por ejemplo, en el ordenamiento español suponen las diligencias finales de los arts. 434 y ss. de la LEC. Y todo porque el acceso de vestigios al proceso no se ordenó debidamente en su momento.

Quiero decir con ello que el enfoque epistemológico también puede conducir a resultados erróneos, fundamentalmente por los déficits en esa selección. Tampoco suelen estar, además, debidamente acreditadas las máximas de experiencia que utiliza el juez, que suelen depender en enorme medida de su «experiencia»⁶⁶, que entrecomillando la palabra es lo mismo que decir de su intuición. Y la intuición es simplemente un atajo de la mente humana para tomar decisiones complejas y arriesgadas, que muchas veces funciona, pero que puede ser errónea porque no suelen explicarse las bases de la intuición.

Y es que toda intuición tiene detrás unos fundamentos inferenciales, muchas veces correctos, aunque a veces erróneos. Pues bien, justamente en el descubrimiento de esos fundamentos inferenciales es donde tiene mayor importancia el enfoque epistemológico, hasta el punto de convertirse en imprescindible. Me explicaré.

El juez tiene que saber por qué cree lo que piensa. Es cierto que no estamos acostumbrados a dar razones de nuestras intuiciones, y a veces hasta está socialmente mal visto buscar dichas razones. Pero ello no puede suceder en una resolución judicial ya que, como afirma JAKOB⁶⁷, la convicción probatoria debe ser una actividad principalmente producto de la razón, y no únicamente del sentimiento subjetivo. Una resolución judicial tiene que estar motivada. Y es justamente en el momento de la motivación en el que todo lo dicho por los autores dentro de este enfoque cobra pleno sentido, porque el juez se encontrará de frente a un papel en blanco en el que tiene que detallar por qué ha creído una determinada versión. Si se refugia en expresiones genéricas como «valorada conjuntamente la prueba», o simplemente no explica su razonamiento, puede ser que lo haga porque lo considere obvio, o bien porque realmente dicho razonamiento no exista en realidad con unas bases lógicas fiables. Siendo así, sus conclusiones no son homologables y no pueden formar parte de la sentencia. Y ésta es la principal utilidad del enfoque epistemológico: que el juez explique ordenada y detalladamente su razonamiento probatorio y, si no puede, cobre consciencia de que no le queda otro remedio que utilizar las reglas de carga de la prueba ante la ausencia de materiales seguros sobre los que basar su decisión. Es decir, con la motivación no se busca solamente que el juez convenza a los destinatarios de la sentencia, sino que se convenza a sí mismo sobre la razonabilidad de sus conclusiones⁶⁸.

Es evidente e innegable, por tanto, la utilidad de la orientación gnoseológica⁶⁹. Y desde luego que hay que luchar, en el presente y en el futuro,

⁶⁶ J. RODRÍGUEZ ESPEJO, «La dinámica de la libre apreciación de la prueba en la jurisdicción civil», *RDProc.*, 1958, núm. 4, p. 395.

⁶⁷ R. JAKOB, «Is the judge's role to be reformulated? A socio-psychological approach to Office and Practice», en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, p. 241.

⁶⁸ Esta importante conclusión ha sido expuesta por D. J. KOEHLER, «Explanation, Imagination and Confidence in Judgment», *Psychological Bulletin*, 1991, 110, 3, pp. 499 y ss.

⁶⁹ Reconocida también por los psicólogos. En 1994 sentenció L. BONATTI, «Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?», *Cognition*, 1994, 50, p. 37: «Psychologists should keep playing the mental logic game».

para que los jueces, explicando el razonamiento probatorio, expongan con claridad sus juicios inferenciales, no perdiéndose en extensas y confusas explicaciones que suponen un uso indebido del método holista, sino más bien explicando cómo han confirmado cada una de las hipótesis que han dado por probadas. Con ello, las motivaciones serían finalmente satisfactorias y podrían ser perfectamente controlables por los tribunales superiores, sin que los mismos sean reticentes a ese control dando como excusa el principio de inmediación, que lo único que pretende es dar por bueno ese *totum revolutum* en que suelen convertirse las máximas de la experiencia, encubriendo que una buena parte del razonamiento probatorio está sustentado únicamente en la intuición.

Pero además, el enfoque epistemológico también es utilísimo para el abogado⁷⁰. Es posible que el juez no haya realizado debidamente la motivación de la sentencia, pero nada impide que el abogado reconstruya esos razonamientos inferenciales exponiendo sus carencias y evidenciando que, en función de lo indicado (o no) en la sentencia, así como en razón del material que obró en autos —además del que no ingresó en el proceso porque el juez inadmitió medios de prueba—, las conclusiones del juez no se sustentan y, de hecho, es perfectamente posible alcanzar conclusiones distintas. Si todo ello arroja finalmente una situación de grave insuficiencia de la prueba, el abogado puede recurrir a las reglas de carga de la prueba, observando y exponiendo cuál habría de haber sido el resultado final del proceso.

Nada de ello es despreciable, sino que resulta imprescindible. Lo que ocurre es que los esquemas epistemológicos pueden arrojar resultados indebidos si se desatiende la fase de selección de los vestigios⁷¹, y se descuida también la elección correcta de la «máxima de experiencia», lo que conduce a conclusiones falaces que la lógica formal no es capaz de explicar⁷². Sin ello, cualquier grado de confirmación que obtengamos estará basado simplemente en la intuición, pese a que el esquema de razonamiento que sigamos sea formalmente impecable. Por ello, las conclusiones del enfoque gnoseológico precisan ser completadas para que sus resultados tengan las máximas posibilidades de ser correctos. Es decir, es preciso acudir también a otros enfoques que veremos a continuación.

C) El tránsito hacia los enfoques psicológicos

De ello han sido muy conscientes otros científicos: los psicólogos⁷³, que han demostrado, como veremos, que esa selección se suele hacer de forma

⁷⁰ P. R. BONORINO, «Lógica y prueba judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 1999, p. 22.

⁷¹ La «scelta delle premesse», que dijo NOBILI, «Nouve polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 193.

⁷² BONATTI, *Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?*, cit., p. 25.

⁷³ Por ejemplo, K. HOLYOAK y B. SPELLMAN, «Thinking», *Annual Review of Psychology*, 1993, 44, pp. 265 y ss. H. J. EINHORN y R. M. HOGARTH, «Judging probable cause», *Psychological Bulletin*, 1986, 99, pp. 3 y ss.

rápida acudiendo a situaciones similares que le sean familiares al observador⁷⁴, en este caso el juez. Y por esa razón han intentado idear otras herramientas que mejoren la mecánica de los silogismos y expliquen finalmente el proceso del pensamiento con bases más seguras⁷⁵, intentando con ello reducir cada vez más el espacio que se suele dejar a la intuición.

En este sentido, y antes de pasar a esa explicación, debe advertirse de que nada de lo que voy a exponer en este epígrafe ni en los siguientes descarta en absoluto la utilidad del modelo epistemológico, sino que la completa y la dota de unas bases seguras. Permite, o al menos lo intenta, que las premisas de los esquemas de razonamiento estén bien construidas, o como mínimo que se sepa por qué dichas premisas están ahí y se ha elegido esas, y no otras. Con gran frecuencia no pueden obtenerse seguridades absolutas a través de un medio de prueba, pero sí que es muy útil saber por qué el juez concede un grado de verosimilitud o confirmación más grande a una u otra hipótesis. Y no me estoy refiriendo a su explicación personal, necesariamente subjetiva, sino a la explicación científica de por qué otorga a una hipótesis una credibilidad de 0,3 o de 0,7, por ejemplo, cosa que demasiadas veces queda en su fuero interno.

Eso es justamente lo que se ha intentado con los enfoques psicológicos. Partiendo de lo explicado hasta el momento cabe asumir que la fuerza de las inferencias depende de la relación que exista entre las premisas y las conclusiones. Pero, como dije, lo que no explica la filosofía es la naturaleza de esa relación, lo que esclarecería, por ejemplo, cómo escogen los seres humanos las premisas. Esa naturaleza tampoco la han conseguido explicar los psicólogos, pero al menos han intentado recurrir a modelos diferentes del silogismo para intentar acercarse a esa naturaleza⁷⁶.

Es decir, se trata de explicar cómo deciden las personas aquello que es probable. Y en este sentido se cree que las personas acuden a unos pocos principios generales a la hora de tomar decisiones sobre ese punto, como veremos a continuación, o bien recurren a alguna estructura similar al problema que están considerando, para valorar qué solución parece más probable. De todo ello me ocuparé en el siguiente grupo de epígrafes.

No obstante, nótese el cambio de perspectiva. Ya no se valora si el silogismo tiene una, o dos o diversas premisas, sino que se trata de explicar por fin cómo se escogen las máximas de experiencia y cómo se hace la selección de indicios, utilizando terminología probatoria para que quede más claro

⁷⁴ G. KLEIN, *Sources of power: How people make decisions*, Cambridge, 1998, p. 89. J. DE LA FUENTE, «El problema de recordar un problema para resolver un problema», *Anuario de Psicología*, 1992, 52, pp. 17 y ss. J. DE LA FUENTE, A. BAÍLLO y F. GABUCIO, «Interacciones entre similitudes estructurales y superficiales en el proceso de recuperación de análogos», en CARRETERO, ALMARAZ y BERROCAL (eds.), *Razonamiento y Comprensión*, Madrid, 1995, pp. 219 y ss.

⁷⁵ Es esencial, para entender fácilmente este tránsito, la lectura de BONATTI, *Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?*, cit., p. 18: «In a very short time, among psychologists an almost unanimous consensus has been reached on the death of mental logic and on the fact that reasoning is carried out by constructing mental models».

⁷⁶ Vid., sobre este punto, P. N. JOHNSON-LAIRD, «Mental Models and Probabilistic Thinking», *Cognition*, 1994, 50, pp. 191.

lo dicho anteriormente. Si realmente pudiésemos averiguar las razones de la elección de todo ello y lográsemos sistematizarlas en un esquema controlable racionalmente, estaríamos dando una muy superior seguridad a las conclusiones de las inferencias que no sean descartables tras ese control. Veamos a continuación hasta qué punto se han acercado los autores a esta perspectiva y cuáles han sido sus conclusiones.

3. EL ENFOQUE PSICOLÓGICO

Los autores que han estudiado la prueba, en general, han destacado la enorme importancia del enfoque psicológico en la valoración de la misma. Basta leer a SERRA DOMÍNGUEZ⁷⁷ o a MONTERO AROCA⁷⁸, o a DEVIS ECHANDÍA⁷⁹ o especialmente a GORPHE⁸⁰, para darse cuenta de que no es sólo que den noticia de la importancia de la psicología en la valoración de la prueba, sino que hasta dicen exactamente lo mismo que los psicólogos en el sentido de que dicha ciencia se relaciona directamente con las máximas de experiencia. Incluso EGGLESTON⁸¹ asume ese papel relevante de la psicología, aunque no lo conceptúe como racional⁸². Es decir, los juristas han llegado a la conclusión de que las máximas de experiencia dependen del criterio psicológico del juez⁸³. Siendo dichas máximas de experiencia las que permiten establecer la relación inferencial entre premisas y conclusiones de la que antes hablaba, parece evidente que psicólogos y procesalistas han llegado exactamente al mismo resultado.

Siendo ello así, sorprende sobremanera que lo que vamos a ver a continuación no haya sido objeto de especial estudio más que ocasionalmente. Los psicólogos, quizás los únicos capacitados para ello, han propuesto diferentes formas de establecer esa relación inferencial, es decir, eso que denominamos genéricamente —y quizás algo anticuadamente— máximas de experiencia⁸⁴. Vamos a ver en qué medida ayudan sus conclusiones para discernir por fin esa razón de ser del razonamiento probatorio, que siempre se ha abandonado a algo tan inseguro como la intuición o la imaginación,

⁷⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *Contribución al estudio de la prueba*, cit., p. 362: «Efectuar dicho examen no es valorar jurídicamente, sino más bien psicológica y humanamente. Por ello utiliza el juzgador no instrumentos jurídicos, sino genéricos instrumentos humanos: las llamadas máximas de experiencia».

⁷⁸ MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 48: «Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez, pero en tanto pueda concluir que en las actuaciones existen suficientes elementos para que un hecho pueda darse como probado».

⁷⁹ DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., pp. 281 y ss.

⁸⁰ Aunque más bien en la valoración de la pericia psicológica. Vid. GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas*, cit., pp. 65 y ss.

⁸¹ EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 34.

⁸² Al igual que GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, cit., pp. 24-25.

⁸³ Cfr. C. ONECHA SANTAMARÍA, «Los medios de prueba y la convicción judicial», *RDProc.*, 1980, núm. 1, p. 263. En sentido similar, BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 237 y 247-248.

⁸⁴ Como ya dije anteriormente, desde STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit., pp. 14-15.

intentando dignificarlo solamente a través de la expresión «máximas de experiencia». Máximas que, en realidad, no han sido objeto de un estudio más que dogmático, sobre todo para saber si su infracción es alegable en los recursos, especialmente el de casación⁸⁵. Pero no se ha profundizado, no ya en cómo se establecen esas máximas, sino en por qué usamos unas u otras a la hora de valorar la prueba.

Existen diversos modos de abordar el tema, pero a fin de no despistar al lector con orientaciones que la doctrina psicológica, en general, ha abandonado, vamos a centrarnos en la exposición de las dos que parecen ser más útiles para explicar el razonamiento probatorio: la teoría de los «modelos mentales», y la perspectiva de los «heurísticos».

A) El sistema de los modelos mentales

Este sistema es antiguo, dado que sus orígenes se remontan a 1943⁸⁶, aunque su uso y desarrollo ha llegado hasta nuestros días y está plenamente vigente. Explicándolo con sencillez, se parte de una idea básica: para entender una hipótesis, los seres humanos no suelen construir esquemas racionales similares a los vistos en los epígrafes anteriores⁸⁷, ya que es difícil tener presentes hasta 512 clases de silogismos que han sido identificadas⁸⁸. Las mentes humanas forman, más fácilmente, un modelo de la situación sobre la que se está debatiendo, es decir, combinan su percepción⁸⁹ y su imaginación y forman una representación del objeto discutido⁹⁰.

⁸⁵ Tras todo el resumen que realicé en J. NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp. 149 y ss., esa es la conclusión, algo triste, que quedaba: que la doctrina únicamente se había ocupado de explorar en la naturaleza de las máximas de experiencia a fin de comprobar la alegabilidad de su infracción a los efectos de los recursos, con la finalidad de discutir el razonamiento probatorio del juez.

⁸⁶ K. CRAIK, *The nature of explanation*, Cambridge, 1943, citado por P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 191.

⁸⁷ Vid. J. ST. B. T. EVANS y D. E. OVER, «Rationality in Reasoning: The Problem of Deductive Competence», *Cahiers de Psychologie Cognitive*, 1997, 16 (12), pp. 30 y ss. Vid. también J. OAKHILL y A. GARNHAM, «On theories of belief bias in syllogistic reasoning», *Cognition*, 46 (1993), pp. 87 y ss. S. E. NEWSTEAD y J. ST. B. T. EVANS, «Mental Models as an Explanation of Belief Bias Effects in Syllogistic Reasoning», *Cognition*, 1993, 46, pp. 93 y ss. P. N. JOHNSON-LAIRD y M. J. STEEDMAN, «The Psychology of Syllogisms», *Cognitive Psychology*, 1978, 10, pp. 64 y ss., demostraron, además, que los silogismos están basados en una gran variedad de principios que los humanos utilizan para resolverlos, y que no son fácilmente sistematizables.

⁸⁸ Vid. P. N. JOHNSON-LAIRD y BYRNE, *Deduction*, London, 1991, p. 106.

⁸⁹ Quizás también su lenguaje, como argumenta BONATTI, *Why should we abandon the Mental Logic Hypothesis?*, cit., p. 20. Algo parecido explican D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Variants of uncertainty», *Cognition*, 11 (1982), pp. 153 y ss., cuando argumentan que la forma de proponer una inferencia varía el grado de probabilidad que un sujeto le atribuye a la misma. R. NISBETT y L. ROSS, *Human Inference. Strategies and Shortcomings of Social Judgement*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice May, 1980, pp. 126-127, ofrecen algunos ejemplos de experimentos propios y ajenos sobre el particular. Uno de los más curiosos es el que consiste en la manipulación del sujeto y el objeto de una frase, de manera que un observador no valorará igual las dos siguientes frases: «Luis hace el trabajo»; «El trabajo es hecho por Luis». En general, cualquier observador atribuirá más importancia a la labor de Luis con la primera frase. Puede parecer verdaderamente una solemne estupidez lo que acaba de decirse, pero tiene su tremenda importancia para la elaboración de

(Nota 90 en página siguiente)

Pues bien, esa representación contiene unos datos clave que hacen que la identifiquemos con ese objeto discutido, si también contiene esos datos clave. Esa representación es un «modelo mental» que proviene, normalmente, de la cultura general de cada sujeto, y que nos sirve para reconocer aquello que percibimos. A la hora de identificar un objeto, lo que hacemos es buscar ese modelo mental. Y cuando lo hemos encontrado buscamos también modelos mentales alternativos. Si no los hallamos, determinamos inmediatamente el objeto discutido. De lo contrario, el objeto se queda sin identificar⁹¹.

Aplicando lo anterior al razonamiento probatorio, cuando tenemos unos indicios, los mismos son esos conceptos clave de un modelo mental, es decir, de una determinada versión de los hechos. Si no localizamos otros modelos mentales alternativos con esos mismos datos clave, tenemos la versión por cierta⁹².

Esta teoría arroja tres predicciones que son muy útiles para la materia que nos ocupa, y que pueden parecer obviedades en una primera lectura, pero que no lo son en realidad: cuantos más modelos se deduzcan de los diferentes indicios, más difícil será la tarea de selección del modelo correcto. En segundo lugar, las conclusiones erróneas tienden a compaginarse bien con las premisas de las que se deducen, simplemente porque se han dejado de lado inadvertidamente otros modelos mentales alternativos que demostrarían la falsedad de las conclusiones. Y en tercer lugar, que los conocimientos previos de los sujetos pueden interferir peligrosamente en el proceso inferencial hasta hacerlo erróneo, si resulta que la conclusión inicialmente expuesta ya les parece creíble de entrada, dado que, como veremos después, al fin y al cabo siempre nos parece más probable aquello que podemos imaginar o evocar⁹³. Al contrario, si en un principio no les parece verosímil —creíble⁹⁴—, buscarán otros modelos alternativos⁹⁵, lo que aumentará la posibilidad de acierto de la inferencia⁹⁶.

Esta última conclusión es especialmente útil en el ámbito judicial, puesto que es la responsable de la enorme mayoría de errores en la valoración de la

preguntas en la prueba de declaración de personas, así como en la elaboración de las conclusiones sobre la prueba.

⁹⁰ Esta magistral explicación es de P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 191, a quien seguire en el resto de la exposición.

⁹¹ Vid. P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., pp. 191-192.

⁹² Versión que hay que contextualizar para elaborar los distintos modelos mentales posibles en esa situación. Vid. P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., pp. 192-194.

⁹³ Lo explican D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «The simulation heuristic», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 201 y ss.

⁹⁴ Vid. J. OAKHILL, P. N. JOHNSON-LAIRD y A. GARNHAM, «Believability and syllogistic reasoning», *Cognition*, 31, pp. 135 y ss. S. E. NEWSTEAD, P. POLLARD, J. ST. B. T. EVANS y J. L. ALLEN, «The Source of Belief Bias in Syllogistic Reasoning», *Cognition*, 1992, 45, p. 258.

⁹⁵ S. E. NEWSTEAD, P. POLLARD, J. ST. B. T. EVANS y J. L. ALLEN, «The Source of Belief Bias in Syllogistic Reasoning», *Cognition*, 1992, 45, p. 282. Pero deben esforzarse para que ello sea así, porque como demuestran M. J. RODRIGO, M. DE VEGA y J. CASTAÑEDA, «Updating Mental Models in Predictive Reasoning», *European Journal of Cognitive Psychology*, 1992, 4, p. 142, los sujetos suelen intentar integrar todos los datos en un único modelo mental, sin crear esos modelos alternativos. Vid. también.

⁹⁶ P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 195.

prueba. Sin descartar la influencia de las dos anteriores predicciones, lo que resulta evidentemente más peligroso es que el juez identifique enseguida el modelo mental de que se trate para valorar la credibilidad de una versión, porque si lo localiza inmediatamente sin darse tiempo a buscar opciones alternativas, puede acabar incurriendo en un error. En cambio, si busca esas alternativas la garantía de acierto es muy superior. Con ello, fijémonos que el enfoque de los modelos mentales da una primera razón sólida del porqué del desacierto de tantas y tantas inducciones y deducciones probatorias. Simplemente, el juez no se ha planteado alternativas porque, a primera vista, le ha parecido creíble la primera versión de los hechos que le han ofrecido ⁹⁷.

Pero este enfoque va mucho más allá. Ya vimos cómo uno de los puntos en los que más fallaba el sistema epistemológico era en la determinación del grado de corroboración de una hipótesis. Pues bien, JOHNSON-LAIRD ⁹⁸, sin pretenderlo en absoluto porque su trabajo inicial no tuvo enfoque jurídico, anuncia algo que tampoco es extraño para un procesalista. Afirma dicho autor que en los razonamientos inductivos —como normalmente es el probatorio— es preciso realizar dos operaciones: confirmar las premisas y calcular la fuerza de la inferencia. Traducido al lenguaje presuntivo, lo indicado consiste en probar los indicios y determinar la corrección de la máxima de la experiencia. Pues bien, sucede que los seres humanos suelen contentarse con el primer paso, la prueba de los indicios, pero acostumbran a dejar de lado el segundo, la confirmación de la máxima. Y en este punto también centra su análisis el esquema de los modelos mentales.

La fuerza de una inferencia se calcula atendiendo a dos principios: 1. Una conclusión es válida si al menos resulta verdadera en un determinado contexto en el que las premisas son claramente verdaderas. 2. Si cabe imaginar otros contextos en los que las premisas sean válidas pero la conclusión errónea, la inferencia será cada vez más débil. Y si esos contextos alternativos no existen, la inferencia será, evidentemente, muy sólida ⁹⁹.

Lo anterior, nuevamente, no son dos obviedades, sino una consecuencia del esquema de los modelos mentales que debe destacarse para subrayar su acierto. Traduciéndolo nuevamente al ámbito probatorio para su mejor comprensión, resulta que una versión de los hechos será verdadera si los indicios en que se sustenta se han declarado probados en el contexto en el que acaecieron dichos hechos. Y, lógicamente, si cabe imaginar otras situaciones en que dándose esos mismos indicios no se dé el mismo resultado, la versión de los hechos puesta en cuestión será más dudosa cuantas más situaciones alternativas quepa hallar.

Las ventajas de todo lo anterior son innegables. El esquema de los procesos mentales engloba a la vez la inducción y la deducción ¹⁰⁰ y, al mismo

⁹⁷ Es el «exceso de confianza» al que se refiere P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 204, y que ciertamente es frecuente no solamente en un juez, sino en cualquier otro ser humano.

⁹⁸ P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 196.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 197.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 197.

tiempo, explica con sencillez, sin recurrir a complejas explicaciones silogísticas, el razonamiento humano del día a día ¹⁰¹, que es justo el mismo tipo de razonamiento que se utiliza en la valoración de la prueba. Pero por supuesto, tiene la desventaja de que es imposible imaginar todos los contextos alternativos, y queda por resolver el problema de si esta teoría de los modelos mentales sirve para cuantificar el grado de confirmación de las diferentes hipótesis ¹⁰² y es capaz de explicar su porqué. Es decir, volvemos a encontrarnos exactamente con el mismo problema con el que chocaban los modelos epistemológicos.

Pero justamente en este punto es donde el enfoque de los modelos mentales resulta más útil, ya que para obtener ese deseado grado de confirmación, sólo es necesario observar los modelos mentales que haya sido posible concebir. Supongamos que dados unos indicios, son diez los modelos mentales alternativos que pueden imaginarse en los que los indicios sean verdaderos. Pues bien, si en la mayoría de esos modelos la conclusión es una y la misma, la versión de los hechos será muy creíble. Pero si difiere en casi todos y resulta confirmada sólo en uno, dicha versión tendrá más posibilidades de ser falsa ¹⁰³. Por ejemplo, si se encuentra un cadáver sin signos de violencia en una casa, tendido en el suelo, es posible que sea una muerte natural o bien que se trate de un asesinato. Desde luego, es factible imaginar que el sujeto haya padecido un infarto de miocardio, o que haya resbalado y se haya golpeado fatalmente la cabeza, o haya padecido un infarto cerebral, o bien se haya mareado y haya fallecido al ahogarse con su propio vómito al caer en decúbito supino. La hipótesis del homicidio supondría que alguien ha conseguido matarle sin dejar signo de violencia alguno. Con la reserva de lo que indique la autopsia, parece que la hipótesis de la muerte natural cuenta con muchos más modelos mentales a su favor, por lo que podría ser tenida como válida si no concurren otros indicios más que los indicados.

Este enfoque explica, además, cómo construimos los modelos, es decir, cómo creamos las máximas de experiencia. En concreto, para crear modelos mentales las personas normalmente suelen manipular la versión inicial de los hechos de tres maneras distintas:

1. Manipulaciones espaciales o físicas.
2. Manipulaciones conceptuales.
3. Pensamiento analógico.

Aunque naturalmente pueden combinarse, expliquemos cada una de las tres tomando el mismo ejemplo de antes ¹⁰⁴, el del cadáver que se encuentra en la casa. Imagínese que se detiene al primer vecino que la policía encuentra delante de la puerta del apartamento del sujeto fallecido. Es obvio que todos,

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 198.

¹⁰² *Ibid.*, p. 199.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰⁴ Las manipulaciones vienen recogidas por P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 203, quien además pone un ejemplo jurídico de ellas con un hombre al que se le roba una cartera, análogo al que voy a proponer en el texto principal.

de entrada y solamente con esos datos, declararíamos inocente al vecino, pero lo cierto es que podríamos pensar que la policía lo encontró allí porque no le dio tiempo de irse más lejos de la puerta tras ahogarle con una mínima violencia que no dejó rastro (manipulación espacial), o bien porque accedió por la ventana interior de su vivienda que quedaba delante de la ventana del fallecido, y no por la puerta de su domicilio (manipulación física). Podríamos pensar también que se encontraba allí protegiendo la huida de su cómplice para entretener a la policía (manipulación conceptual), o bien que utilizó una botella de licor envenenado que no dejó rastro remitida por un mensajero, a fin de matarlo sin necesidad de entrar en su casa (pensamiento analógico)¹⁰⁵. Desde luego, cualquiera de las tres opciones parece poco creíble porque los ahogamientos suelen dejar rastro, y los venenos también. Y por ello, la hipótesis de la muerte natural se confirma.

El único defecto es que el descarte de las hipótesis se hace depender en todo caso del «conocimiento previo»¹⁰⁶ de las personas¹⁰⁷, es decir, de sus máximas de experiencia, pero al menos nos explica cómo se forman las que sirven para configurar los modelos mentales. Además, se nos ofrece una manera más segura de calcular el grado de confirmación de una hipótesis, en función de la facilidad para encontrar modelos mentales alternativos. Es un método sencillo que, evidentemente, puede pensarse que dependerá de la perspicacia de cada juez que, como ya se ha dicho, si cree de entrada uno de los modelos, tenderá a subestimar el resto¹⁰⁸.

Pero ello no es exactamente así en un proceso jurisdiccional, puesto que lo que sucede en el mismo es que las partes le pueden proponer al juez esos modelos mentales alternativos. Lo cual hará que el cómputo de los mismos, interviniendo al menos tres mentes en el proceso (los dos abogados y el juez) tenga bastantes posibilidades de ser exhaustivo, dado que cada parte se esforzará en buscar modelos alternativos que sustenten su hipótesis. Por consiguiente, el método, realmente, puede utilizarse con bastantes posibilidades de éxito, siempre que las argumentaciones de las partes sean adecuadas y la actividad probatoria esté correctamente realizada, sin rechazar arbitrariamente la prueba de los modelos mentales alternativos, que es lo que más suele suceder en la práctica. Y además, describe a la perfección cuál es esa labor intuitiva que, normalmente, realizamos al razonar en materia probatoria, y la reduce a esquemas controlables, siempre y cuando aparezcan expuestos, lógicamente, en la motivación de la sentencia.

¹⁰⁵ Un modo similar de manipular las historias puede hallarse en KAHNEMAN y TVERSKY, *The simulation heuristic*, cit., p. 205, a fin de valorar la credibilidad de un relato. Estos autores hablan de la posibilidad de quitar un aspecto sorprendente del relato (*downhill change*), o bien añadir un dato poco probable (*uphill change*), o bien sustituir un dato arbitrario por otro igual de arbitrario, y que no es ni más ni menos probable que el sustituido (*horizontal changes*). Pues bien, los experimentos demuestran que los seres humanos tienen la tendencia a introducir *downhill changes*. Los *uphill changes* son infrecuentes y los *horizontal changes* nunca se producen.

¹⁰⁶ «Prior knowledge». P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 201.

¹⁰⁷ Lo que constituye una tendencia natural en el pensamiento humano, como confirmó GILOVICH, *Seeing the Past in the Present*, cit., p. 797.

¹⁰⁸ En sentido análogo, P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 204.

Por supuesto que lo indicado tiene evidentes concomitancias con el método sugerido por COHEN y que ya vimos anteriormente. Pero tiene una ventaja muy importante. COHEN sugería que si no se podía comprobar la hipótesis contraria, se diera por válida la primeramente afirmada y demostrada, lo cual tenía la evidente desventaja de que no siempre es posible esa demostración de lo contrario, y ello no quiere decir que sea válida la primera hipótesis. Ese inconveniente es justamente el que ha llevado a la jurisprudencia alemana a la creación de la teoría de la prueba de la apariencia y los consiguientes aligeramientos de la prueba, en virtud de la cual en casos en que la prueba sea difícil, antes que aplicar toscamente las reglas de la carga de la prueba que llevarían a una segura —y probablemente injusta¹⁰⁹— desestimación de la demanda, se permite declarar probada una versión de los hechos en caso de que dicha versión resulte creíble según las máximas de experiencia, salvo que se den indicios de que las cosas pudieron suceder de otro modo, es decir, construyendo una contraprueba, y no una prueba de lo contrario¹¹⁰.

Pues bien, con el mismo razonamiento de la jurisprudencia alemana, puede decirse que la teoría de los modelos mentales permite alejarse de esa, en ocasiones, imposible demostración de lo contrario. Y simplemente posibilita dar por buena una hipótesis si, dados unos indicios, está confirmada por un número importante de modelos mentales. Ello es, como decía, lo que, a veces, sin ser conscientes de ello, hacen muchos jueces en la práctica. Pues bien, tenemos ante nosotros una forma clara de racionalizarlo de una manera perfectamente controlable y cuantitativamente calculable incluso. Y alejándose de la lógica formal, que lo cierto es que no acostumbra a utilizarse en un razonamiento de lo cotidiano como es el probatorio.

Pero, desde luego, la teoría de los modelos mentales también tiene sus desventajas. No es solamente el exceso de confianza en el primer modelo mental que parezca plausible lo que puede conducir al fracaso a esta teoría. El mayor peligro que personalmente percibo en la misma es que un exceso de imaginación y retórica construya modelos mentales perfectamente plausibles que conduzcan a la desestimación de una hipótesis perfectamente razonable, simplemente porque dichos modelos mentales sean presentados de una forma retóricamente correcta. Es por ello por lo que este enfoque, de ser utilizado, aunque emplea verdaderamente el método holista, no debe ser víctima propiciatoria del mismo y, para ello, lo correcto sería organizar la práctica de la prueba de cada hipótesis por separado. Y cuando la prueba no sea posible —opción en la que es mucho más factible que sea utilizada la teoría de los modelos mentales— debe tenerse especial cuidado con la práctica de la prueba de los indicios que sustenten cada hipótesis, así como comprobar si, realmente, conducen a la conclusión sólo en la imaginación del proponente de la versión, o bien es posible que, ciertamente, las cosas hayan sucedido así.

¹⁰⁹ Se ha utilizado en supuestos como las transfusiones de sangre que infectaron en una persona el retrovirus VIH. Desde luego, la prueba de que fue esa concreta transfusión la que produjo el contagio es prácticamente imposible y, por ello, se recurre a la prueba de la apariencia. Vid. otros supuestos en LEIPOLD, *Comentario al § 286 ZPO*, cit., pp. 550 y ss.

¹¹⁰ Vid. LÜKE, *Zivilprozessrecht*, München, 2006, p. 288.

Por tanto, esta teoría no es definitiva, en el sentido de que no conjura todos los problemas que provoca la valoración probatoria. Pero tiene un mérito importante: reduce a esquemas bastante controlables el *id quod plerumque accidit*. Es decir, lo que normalmente sucede no se deja depender de lo que en su fuero interno piense el juez, sino que se le obliga a formular hipótesis alternativas. Y sólo cuando dichas hipótesis alternativas sean descartables, se dará una versión por correcta y se habrá determinado el *id quod plerumque accidit*, porque precisamente se habrá cuantificado ese *plerumque*, o se habrá determinado el grado de confirmación con un método que depende mucho menos del subjetivismo de cada juez, aunque evidentemente el mismo no puede ser excluido, al menos desde esta teoría.

Porque ese es el problema que queda de todo lo anterior. Aunque se haya reducido el subjetivismo, el mismo continúa existiendo. Vamos a ver a continuación una teoría que explica las razones de fondo de ese subjetivismo, de manera que lo hace explicable al determinar sus causas. Lo cual puede permitir, naturalmente, criticar el razonamiento probatorio también desde ese punto de vista. Analicemos hasta qué punto ello es realmente posible.

B) El sistema de los heurísticos y de los sesgos

Vamos a exponer a continuación una teoría elaborada por dos psicólogos que ha sido utilizada sobre todo en Economía¹¹¹ y en el análisis económico del Derecho, pero también, aunque en menor medida, en materia probatoria¹¹². Uno de sus autores, Daniel KAHNEMAN, obtuvo por ella el premio Nobel de economía de 2002, que consideraba moralmente compartido con Amos TVERSKY, con el que confeccionó la mayoría de sus trabajos sobre los heurísticos¹¹³.

Los autores citados partieron de una base bastante sencilla de explicar. Los seres humanos, en sus decisiones cotidianas, siguen unos principios generales que les ayudan a simplificar la realidad, ya que dichos principios hacen mucho más sencillo el cálculo de probabilidades de si una decisión es o no correcta. Esos principios generales, que con frecuencia se alejan de los cálculos estadísticos¹¹⁴, son los llamados «heurísticos», y han sido descritos como atajos del pensamiento para conseguir tomar una decisión con mayor

¹¹¹ D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Prospect theory: an analysis of decision making under risk», *Econometrica*, 1979, 47, pp. 263 y ss. D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Choices, values and frames», *American Psychologist*, 1984, 39, pp. 341 y ss. La Psicología parece jugar un papel importante en los estudios económicos, sobre todo a la hora de valorar el consumo o las tendencias bursátiles. Vid. los trabajos de D. E. BELL, «Regret in decision making under uncertainty», *Operations Research*, 30, 1982, pp. 961 y ss., y «Disappointment in decision making under uncertainty», *Operations Research*, 33, 1985, pp. 1 y ss.

¹¹² M. J. SAKS y R. F. KIDD, «Human information processing and adjudication: Trial by heuristics», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, 1986, pp. 213 y ss.

¹¹³ Contenidos la mayoría de ellos en D. KAHNEMAN, P. SLOVIC y A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982.

¹¹⁴ D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «On the study of statistical intuitions», *Cognition*, 1982, 11, pp. 123 y ss.

facilidad. Normalmente funcionan¹¹⁵, es decir, son útiles al ser humano y le ayudan a tomar decisiones acertadas, pero algunas veces conducen a crasos errores¹¹⁶.

De entre esos heurísticos destaca el primero que fue identificado: la *representatividad*¹¹⁷. Según el mismo, las personas toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir¹¹⁸. En otras palabras, para decidir qué hacer en una situación determinada, las personas recuerdan lo ocurrido en otra situación similar. Y en función de lo que sucedió en esa situación, toman las decisiones que ellos mismos u otras personas adoptaron y que les condujeron al éxito.

Este heurístico explica, por ejemplo, por qué las personas invierten en un determinado negocio y no en otro, si observan que el primero le ha ido bien a otros sujetos. Pero también es utilísimo en el razonamiento probatorio. Un juez, desde luego, valorará la prueba en función de los medios practicados y llegará a un resultado. Sin embargo, puede ser que, finalmente, no llegue a una conclusión razonable. Es posible que antes de aplicar las reglas de la carga de la prueba, decida juzgar por «representatividad». Normalmente imaginará, como ya se ha dicho, situaciones similares que ya conozca. Pero también es posible que ese mismo heurístico le conduzca a valorar datos llamativos que nada tienen que ver, en realidad, con el caso concreto, como los antecedentes de una de las partes —como delincuente o como deudor moroso, por ejemplo—, o su etnia incluso, o bien su actuación durante el proceso en función de que ésta haya sido más o menos rebelde. Y bien saben los abogados hasta qué punto cualquiera de estos factores puede influir en la sentencia de un caso concreto.

Esos datos adicionales, que en sí mismos no tienen valor alguno, se ha demostrado experimentalmente¹¹⁹ que condicionan las decisiones de las personas, de manera que si a un sujeto se le pone en la tesitura de decidir qué hacer en una determinada situación, decidirá por representatividad según su *prior knowledge*, es decir, sus conocimientos previos a la toma de la decisión. Pero si en cambio se le da esa información adicional irrelevante en realidad, también utilizará la representatividad, pero en ese caso su decisión tiene muchas más posibilidades de ser incorrecta, puesto que está utilizando en la misma factores que nada tienen que ver, insisto que en principio, con esa decisión. Y además esos factores le hacen olvidar, en general, la consideración por el resto de datos de los que disponía.

¹¹⁵ Así lo destacó el propio L. J. COHEN, «Can Human Irrationality be experimentally Demonstrated?», *The Behavioral and Brain Sciences*, 1981, 4, p. 330, citado anteriormente.

¹¹⁶ A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, p. 3.

¹¹⁷ Su doctrina sobre este heurístico está contenida fundamentalmente en D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Subjective probability: A judgment of representativeness», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 33 y ss., y de los mismos autores, *On the Psychology of Prediction*, en *op. cit.*, pp. 48 y ss.

¹¹⁸ Vid. GILOVICH, *Seeing the Past in the Present*, cit., pp. 797 y ss.

¹¹⁹ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 5.

Desde luego, ello explica bastante bien lo que no conseguía esclarecer la teoría de los modelos mentales, el subjetivismo al que antes me referí. Con el modelo mental el juez formulaba alternativas, pero no sabíamos por qué se decantaba por una o por otra. Es decir, podíamos cuantificar *grosso modo* el *id quod plerumque accidit*, pero no sabíamos por qué el juez consideraba una versión como verosímil. La representatividad nos enseña claramente ese porqué, y consiste en que todo depende de las situaciones con las que se haya confrontado el juez anteriormente. Y además, es posible que dichas decisiones cambien si se consigue introducir un elemento irrelevante, pero llamativo, en la decisión que le haga modificar su cálculo de probabilidades en un caso concreto, siempre que ese elemento irrelevante active el uso por parte del juez de la representatividad.

El heurístico de la representatividad, como dije, ha sido utilizado sobre todo en materia económica, más que nada para demostrar la ignorancia de las personas en materia estadística al tomar una decisión, lo que viene bien explicado por la llamada «falacia del jugador»¹²⁰, en virtud de la cual, por ejemplo, en una secuencia larga de rojo y negro en el juego de la ruleta, el jugador, si ha salido 20 veces el rojo esperará que alguna de las siguientes 20 veces salga el negro, simplemente porque su conocimiento previo de situaciones similares así se lo indica, cuando en realidad es estadísticamente posible que siga saliendo el rojo.

Pero todo lo dicho es aplicable directamente al ámbito de la valoración de la prueba. En esa tarea, un juez utiliza indudablemente su experiencia en casos similares. Por ello, en todo aquello que no conoce del relato de hechos que debe juzgar, intentará adivinar qué es lo que ha sucedido recurriendo a su experiencia. Y cuanto más adivine, menos probabilidades tendrá el relato de ser real, aunque el juez se quede con la sensación de haber construido una historia correcta porque le cuadra con su experiencia¹²¹.

Es sencillo realizar una predicción de lo que hará en aquel caso concreto si se conoce, o al menos puede intuirse, esa experiencia previa, lo que puede valorarse, en algunos casos, acudiendo a la jurisprudencia. O bien podemos saber, siguiendo ese mismo método, qué «datos irrelevantes» podrían modificar su decisión. Se trata de que sean datos que obedezcan a tópicos sociales, fundamentalmente. Desde luego, si es consciente de los peligros de la representatividad, lo más probable es que haga caso omiso de esos señuelos y valore la prueba practicada con la máxima objetividad posible. Pero si no lo es porque no conoce este heurístico, o sencillamente lo pasa por alto porque está obligado a decidir demasiado rápido habida cuenta de la acumulación de asuntos que padece, es más que probable que acuda al atajo que supone la representatividad y, por tanto, decida siguiendo ese heurístico. Su resolución no tiene por qué ser incorrecta obrando de ese modo, pero lo cierto es que

¹²⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹²¹ Advierten justamente de esto A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Judgments of and by representativeness», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, p. 98.

tiene muchas más posibilidades de serlo que si prescinde de lo que ha ocurrido en casos similares y se centra en juzgar el caso concreto.

Otro heurístico descrito por TVERSKY y KAHNEMAN¹²² es el de la *availability*, traducido normalmente en español como *accesibilidad*¹²³. Este heurístico conduce a los seres humanos a valorar la probabilidad de que se produzca un acontecimiento en función de la facilidad que tengan para recordar un acontecimiento similar. Como siempre ocurre con los heurísticos, normalmente funciona correctamente, porque lo cierto es que lo más frecuente suele ser lo que recordamos con mayor facilidad, por lo que este cálculo de la probabilidad será normalmente correcto. Pero sin embargo, es posible que no sea así. Cuando ha existido un accidente de avión, la práctica totalidad de personas que toman el avión al día siguiente piensan en la posibilidad de un accidente. Y estadísticamente, la ocurrencia de un accidente aéreo es bajísima si se compara con el número de vuelos que despegan cada día y llegan a destino sin novedad.

Experimentalmente se ha demostrado que este heurístico también genera errores. Se leyó a una serie de personas una lista de hombres y mujeres en exactamente la misma proporción, con la diferencia de que muchos de los hombres citados eran famosos y, en cambio, las mujeres no. Preguntados los sujetos del experimento si en la lista había más hombres o más mujeres, la mayoría contestó que había más hombres¹²⁴. Además, este heurístico también provoca un sesgo llamado *correlación ilusoria*¹²⁵, consistente en asociar una cualidad a un sujeto o una cosa por una característica que posee. Es bien conocido que las personas tienden a considerar enfermas mentales a las personas con una mirada muy penetrante o bien con la mirada perdida¹²⁶. Pues bien, nada de eso es indicativo de una enfermedad mental, y sin embargo cada día oímos a nuestros congéneres juicios sobre la mirada de las personas. Pero uno de los posibles efectos de la accesibilidad es el que se produce cuando el sujeto no tiene conocimientos previos sobre la inferencia que se le presenta. Sistemáticamente dirá que es falsa, y la experimentación ha demostrado que este resultado es tanto más fuerte cuanto mayor es la cultura del sujeto y más elevada es la importancia del tema objeto de la inferencia¹²⁷.

¹²² A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 163 y ss.

¹²³ También tratado, entre otros, por P. POLLARD, «Human Reasoning: Some Possible effects of Availability», *Cognition*, 1982, 12, pp. 65 y ss.

¹²⁴ *Vid.* este experimento en TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 11.

¹²⁵ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 13. A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Extensional vs. Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment», *Psychological Review*, 1983, 90, 4, pp. 293 y ss. A. LOCKSLEY y C. STANGOR, «Why versus How Often: Causal Reasoning and the Incidence of Judgmental Bias», *Journal of Experimental Social Psychology*, 1984, 20, pp. 471 y ss.

¹²⁶ *Vid.* IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 103.

¹²⁷ Es decir, en palabras llanas, que lo que no suena conocido tiende a interpretarse como falso. Esta interesante conclusión puede hallarse en D. GENTNER y A. COLLINS, «Studies of inference from lack of knowledge», *Memory & Cognition*, 1981, vol. 9 (4), p. 442.

No es necesario indicar la enorme importancia de todo lo anterior para la valoración de la prueba de declaración de personas, sean partes o testigos. Pero el heurístico de la accesibilidad, en todo caso, posee también alguna relevancia —inferior a la representatividad— para la valoración del resto de pruebas, sobre todo cuando existe insuficiencia de las mismas. El juez intentará recordar situaciones similares, igual que con el heurístico de la representatividad. Si los hechos que debe valorar el juez son algo excepcionales, es posible que valore como creíble una versión insólita de los hechos, simplemente porque le recuerda a alguna otra que ya juzgó anteriormente. Ello puede darse con más facilidad en los jueces con escasa experiencia, puesto que tienden a creer que todos los supuestos son como los que ellos han visto hasta ese momento. No es un defecto solamente de esos jueces noveles. Es muy frecuente que un abogado diga que conoce «la práctica», cuando en realidad lo que conoce es lo que ocurrió en los casos que ha llevado personalmente. Es sobradamente sabido que, aunque hay excepciones, tanto abogados como jueces suelen poseer una tendencia a tomar su experiencia personal como experiencia generalizada. Y ello es fruto de la accesibilidad, porque, evidentemente, les es más sencillo recordar lo que conocen directamente que aquello que han leído, por ejemplo, en la jurisprudencia. Nada, naturalmente, cuanto inferior es la experiencia más fuerte es la incidencia de la accesibilidad, lo que, como decía, puede hacer que algunos observadores consideren creíbles hechos que en realidad no lo son, porque no están demostrados. Como veremos más adelante, el único modo de luchar contra ello es la debida y exhaustiva práctica de la prueba.

El siguiente heurístico descrito por los autores considerados es el del «anclaje y ajuste». El mismo tiene una incidencia inusitada en materia judicial¹²⁸, y muy especialmente en materia de valoración probatoria. Consiste en que las personas suelen hacerse una idea de lo que ha sucedido en un principio, en cuanto ven algunos indicios. Si ello sucede, es muy difícil que posteriormente cambien de opinión, pese a que reciban nuevos datos que, realmente, modifiquen totalmente esa percepción inicial. Lo que suele suceder, bien al contrario, es que, curiosamente, las personas reinterpretan esos datos para seguir defendiendo su opinión inicial y no tener que modificarla. Ello puede resultar increíble, pero a poco que se piense en cualquier proceso en que las primeras pruebas arrojan un determinado resultado que parece bien plausible, cambiar después la idea del juez puede ser misión auténticamente imposible. Además, como siempre ocurre con los heurísticos, su uso normalmente comporta resultados correctos, porque mantener la opinión inicial sin dejarse influenciar por pequeños datos que vayan surgiendo después, puede hacer que la decisión final sea más correcta. Pero lo cierto es que en ocasiones la incidencia del heurístico comporta errores.

¹²⁸ Que ha sido objeto de estudio. Vid. F. FARÍÑA, M. NOVO y R. ARCE, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, 14 (1), 2002, pp. 39 y ss. SAKS y KIDD, *Human information processing and adjudication*, cit., p. 229. E. GARRIDO MARTÍN y C. HERRERO ALONSO, *Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring by Tversky and Kahneman*, e I. DE LA FUENTE, A. ORTEGA, I. MARTÍN y H. TRUJILLO, «Formal Pattern in Jury Decision Making», ambos en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 215 y ss., y pp. 199 y ss., respectivamente.

Como siempre, se ha demostrado experimentalmente que esto es así. Sucede, por ejemplo, que los sujetos tienden a pensar que todo saldrá como lo han planificado y, por ello, en general las personas valoran sus proyectos como exitosos¹²⁹, o piensan siempre que podrán acabar un trabajo en un tiempo determinado previamente¹³⁰. No es que ello no sea así, pero puede no ser así y normalmente se desprecia esa posibilidad. Trasladando la anterior reflexión al razonamiento probatorio, sucede que en procesos breves sobre todo, el juez puede dejarse impresionar con una primera declaración y hacer un juicio precipitado sobre cuál es la versión de los hechos. A partir de ahí es posible que pase por alto otras pruebas que podrían llevarle a considerar lo contrario, bien sea por un ansia de garantizar su objetividad no dejándose influir por lo que dicen las partes que, obviamente, como la propia palabra indica, es parcial, o bien porque, evidentemente, resulta más difícil modificar el propio juicio sobre los hechos construyendo otra versión, que ir reinterpretando los diversos indicios de manera que se vaya confirmando la versión inicial.

Existen otros heurísticos descritos por la doctrina, siguiendo el ejemplo de KAHNEMAN y TVERSKY, como el de la *utilidad subjetiva esperada*, o el de la necesidad de justificación de la decisión¹³¹, pero son muy discutidos por la doctrina. Consiste el primero en la explicación de la actitud de los seres humanos ante una decisión arriesgada. Según dicho heurístico, los humanos prefieren adoptar una decisión arriesgada si el resultado final está asegurado, antes que una decisión que no genera riesgo pero no asegura el resultado final. Pero a la descripción de este heurístico se le ha criticado, con justicia, que la bondad del resultado final depende de la perspectiva de cada sujeto, lo que hace que confirmar experimentalmente este heurístico sea muy complicado. Además, su relevancia probatoria es escasa salvo en la fase de admisión de la prueba, en la que sí se ejecuta una decisión arriesgada que condiciona el resultado final. Pero la presencia de este heurístico está muy condicionada por diversos sesgos que hacen muy difícil hablar de su incidencia de manera generalizada¹³².

En cuanto al heurístico de la *necesidad de justificación de la decisión*¹³³, el mismo explica cómo ante la necesidad de motivar públicamente una decisión, el sujeto que la toma suele decidir aquello que le parece más defendible socialmente. La experiencia enseña que, ciertamente, ello es así, aunque la explicación de ello es posible que sea más sociológica que psicológica, como veremos después. De todos modos, experimentalmente puede demostrarse que las sentencias bien motivadas suelen contener una mejor y más acertada valoración de la prueba. Pero no es seguro que ello responda a este heurístico, sino al hecho de que, motivando, un juez tiene una superior posibilidad

¹²⁹ Es algo similar al sesgo que se ha descrito como principio de Pollyanna, consistente, fundamentalmente, en una sobrevaloración de las oportunidades de éxito. Vid. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 372.

¹³⁰ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 16.

¹³¹ Vid. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., pp. 383 y ss.

¹³² Vid. J. NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, 2007, pp. 172 y ss.

¹³³ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 398.

de reflexión sobre lo que ha decidido. Muy relacionado con este heurístico está el sesgo de la *presión social*¹³⁴, que hará que un juez tome decisiones arriesgadas pero queridas por el público, minimizando los peligros de la decisión.

Todos estos heurísticos provocan errores que, cuando son generales, han sido recopilados en los llamados «sesgos de información», y muchos de ellos ya han sido descritos, aunque es preciso referirlos en este momento para una mejor comprensión.

De este modo, es obvio que principalmente el heurístico del anclaje y ajuste, provoca tres sesgos: el primero es conocido como *exceso de confianza en el juicio emitido*, que impide percibir que un juicio propio no ha sido correcto¹³⁵, lo que se explica en función de la necesidad de adaptación del ser humano a las circunstancias¹³⁶. El segundo es el *sesgo egocéntrico*¹³⁷, que es el que lleva a los sujetos a pensar que todo el mundo piensa o pensaría como ellos, lo que les conduce a defender su opinión a ultranza. Y por último está el sesgo llamado *perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación*¹³⁸, que se produce cuando alguien está tan convencido de un conocimiento, que aunque *a posteriori* quede absolutamente desacreditado, tiende a continuar creyendo, pese a ello, en ese conocimiento previo¹³⁹.

Otros sesgos interesantes son el *sesgo de a posteriori*¹⁴⁰, que es el que padece un sujeto cuando afirma que siempre creyó que el resultado de una situación compleja era la que finalmente fue, pero una vez ya conocido el re-

¹³⁴ GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 287.

¹³⁵ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 372. GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 285. D. GRIFFIN y A. TVERSKY, «The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence», *Cognitive Psychology*, 1992, 24, pp. 411 y ss. B. FISCHHOFF, P. SLOVIC y S. LICHTENSTEIN, «Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence», *Journal of experimental psychology: Human perception and Performance*, 20, pp. 552 y ss. Vid. también sobre este sesgo, poniendo en cuestión su auténtica incidencia, G. GIGERENZER, U. HOFFRAGE y H. KLEINBÖLTING, «Probabilistic Mental Models: A Brunswikian Theory of Confidence», *Psychological Review*, 1991, 98, 4, pp. 506 y ss.

¹³⁶ Como explican GRIFFIN y TVERSKY, *The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence*, cit., p. 432, el ser humano necesita ser optimista y sentirse bien para tomar decisiones que, de otro modo, nunca habría adoptado. Eso le lleva a un exceso de confianza que le impide ver, por ejemplo, que las posibilidades estadísticas de éxito son pobres en un caso concreto. Pero además, este sesgo se concreta en una predicción interesante a efectos probatorios (*op. cit.*, pp. 411 y ss.). El exceso de confianza aumenta cuanto mayor es la fuerza probatoria de un argumento, aunque su verosimilitud sea baja. Y al contrario, inspira desconfianza una inferencia muy verosímil pero sustentada por una prueba débil.

¹³⁷ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 344.

¹³⁸ D. G. MYERS, *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de G. SOLANA de *Intuition: its power and perils*, New Haven y London, 2002, Barcelona, 2003, p. 175.

¹³⁹ Un ejemplo nos lo aporta J. CERCAS, en su obra *Anatomía de un instante*, Barcelona, 2009, en la que en sus primeras páginas desvela algo que ha sorprendido a muchísimos lectores que se resisten a modificar su creencia y asumir la constancia histórica. Multitud de ciudadanos afirman haber presenciado en directo en televisión el asalto al Congreso de los Diputados de España acaecido el 23 de febrero de 1981. Pues bien, la realidad es que las imágenes de ese asalto no fueron reproducidas hasta el día siguiente, como está sobradamente acreditado.

¹⁴⁰ Vid. GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, p. 180. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 372.

sultado. Ello le impide analizar con precisión las causas de ese resultado¹⁴¹, lo que es nefasto a efectos probatorios. O el sesgo «tiene sentido»¹⁴², que se produce cuando el sujeto considera correcta una solución si se adecua a sus creencias previas sobre la misma.

Todos esos sesgos pueden venir derivados de los diferentes heurísticos, porque en el fondo los mismos no son más que simplificaciones de la realidad, que aunque nos son muy útiles, también nos conducen a error. Esa natural inclinación ha sido resumida en un sesgo denominado *minimización de la carga cognitiva*¹⁴³, a través de la cual un sujeto tiende a rechazar argumentos conflictivos a favor de los que son más sencillos¹⁴⁴.

Llegados a este punto, puede decirse que, en el fondo, de lo que se trata con los heurísticos —pese a los sesgos que provocan— es que el juez compatibilice su acervo de conocimientos y experiencias con la realidad que observa. Pero eso no siempre es fácil y, en realidad, no existe procedimiento alguno para hacerlo hasta el último resquicio¹⁴⁵. En materia probatoria se ha tratado a través de los siglos de establecer procedimientos que le dieran al juez tiempo suficiente para reflexionar, observando las afirmaciones y las refutaciones de las partes. Y ello se llevó hasta el extremo en el procedimiento medieval, periodo histórico en el que los procesos se hicieron eternos¹⁴⁶. Actualmente la fase probatoria se ha simplificado muchísimo, pero no obstante sigue tratándose de que el juez disponga de ese tiempo de reflexión y contraste, precisamente para evitar que la incidencia de los heurísticos provoque sesgos. No se pensó así en un origen ni en las últimas reformas, desde luego. Pero en el fondo, todas las oportunidades de contradicción en el proceso están enfocadas a ese objetivo: a obtener la debida reflexión del juez, que es quien tiene que decidir quién gana y quién pierde.

Por tanto, como se empezó diciendo, el enfoque de los heurísticos explica algo más que la teoría de los modelos mentales. Da razones concretas de por qué los jueces han considerado que una determinada situación es el *id quod plerumque accidit*. Es decir, explica las razones de por qué un juez le concede un grado de confirmación mayor o menor a una hipótesis¹⁴⁷. Hemos descubierto que en la mayoría de las ocasiones, esa determinación que se explicaba a través de la «imaginación», la «experiencia» o la «intuición», tiene detrás, en realidad, una simplificación construida a través de los recuerdos, y estudiada y concretada por los psicólogos a través de los heurísticos.

¹⁴¹ B. FISCHHOFF, «Hindsight = Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 3, pp. 288 y ss.

¹⁴² GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 288. EINHORN y HOGARTH, *Judging probable cause*, cit., p. 5.

¹⁴³ GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 288.

¹⁴⁴ Una información resumida sobre heurísticos y sesgos puede obtenerse en S. J. SHERMAN y E. CORTY, «Cognitive Heuristics», en: WYER y SKULL (eds.), *Handbook of Social Cognition*, vol. 1. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1985, pp. 189 y ss.

¹⁴⁵ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 20.

¹⁴⁶ Vid. J. NIEVA FENOLL, «El proceso jurisdiccional catalán entre 1714 y 1835. Breve reseña histórica», *Justicia*, 2005, pp. 45 y ss.

¹⁴⁷ KAHNEMAN y TVERSKY, *Variants of uncertainty*, cit., pp. 154 y ss.

En mi opinión, y pese a que, como ocurre muchas veces en psicología, el resultado final de la investigación parezca obvio¹⁴⁸, en materia judicial la trascendencia de que los psicólogos hayan llegado hasta ese punto es muy grande, no porque podamos prever siempre cuál va a ser el razonamiento probatorio de cada juez, pero sí que le podemos conferir, finalmente, una consciencia de por qué valora una prueba con uno u otro resultado, lo que había pertenecido siempre al terreno de lo desconocido, o al menos de lo tenebroso, salvo cuando se conseguía explicar, al menos en parte, silogísticamente. Y por añadidura, observando la motivación de una sentencia y teniendo además en cuenta cuáles son las creencias más difundidas entre la población —a la que también pertenece el juez—, es posible criticar el razonamiento probatorio *a posteriori*, en un recurso, si la incidencia del heurístico provocó un sesgo. Y esa es una gran ventaja de utilizar esta teoría al ámbito probatorio. Aplicada al análisis económico, siempre se le critica que permite explicar los sucesos *a posteriori*, pero es muy dificultoso establecer sobre sus bases predicciones, aunque esa opinión la verdad es que muchas veces no se ajusta a la realidad, pero esa es otra cuestión en la que no me corresponde en absoluto entrar. En materia probatoria no importa que tengamos que esperar a ese análisis *a posteriori*, porque disponemos de los recursos, y en su interposición es en el momento en que ese análisis va a ser especialmente útil.

C) Utilidad de los enfoques psicológicos

Si la principal virtud de los enfoques epistemológicos era ayudar al juez a motivar ordenada y lógicamente el juicio sobre la prueba, pero dejaban pendiente la cuestión del grado de confirmación que sólo a duras penas lograban justificar, con el enfoque psicológico dicho grado de confirmación es calculable y, sobre todo, controlable a través de los recursos.

Desde luego, no es computable matemáticamente, porque matemático sólo es un análisis estadístico, y a continuación veremos cuál es su utilidad real en materia probatoria. Pero sí que es calculable *grosso modo*, que no es poco, y además dando razones de ese cálculo, que es justamente lo que nos faltaba con el enfoque epistemológico. A través de la teoría de los modelos mentales podemos conseguir esa cuantificación. Sólo es necesario pensar en hipótesis alternativas, como vimos, y no creer en la primera que surja.

Pero hay ocasiones en que existe más de una hipótesis creíble. Y el juez se sitúa ante la disyuntiva de tener que decidir si escoge una u otra. Vemos que elige una, y normalmente motiva que la versión elegida es lógica. Pero acostumbra a no rebatir la hipótesis contraria que igualmente aparecía como válida. En esa elección juegan un papel decisivo los heurísticos, y aunque el juez, en la motivación, no explique cuál de ellos ha escogido, por el tono de sus explicaciones y conociendo el contexto en el que ha dictado su decisión y, sobre todo, habiendo seguido toda la trayectoria de la prueba, puede ser

¹⁴⁸ Lo que se explica, por cierto, a través de la incidencia del sesgo *a posteriori*.

relativamente sencillo saber qué heurístico utilizó, si fue el caso, y también, si ha sucedido, de qué sesgos padeció su juicio.

Todo ello no es sólo que nos haya acercado muchísimo a las esencias del *id quod plerumque accidit* tal y como lo concibe un ser humano: el juez. Es que además nos permite criticar su concepción porque podemos conocer los antecedentes de su toma de decisión. Aunque lo veremos más adelante, avancemos aquí que aunque sólo leamos la motivación, podremos comprobar si el juez se planteó varios modelos mentales o tuvo en cuenta solamente el primero que observó, lo que nos llevará a la conclusión de que utilizó indebidamente el heurístico del anclaje y ajuste para defender a ultranza un modelo mental. Y es que la teoría de los heurísticos en absoluto es incompatible con la de los modelos mentales. Algunas de sus explicaciones son incluso coincidentes¹⁴⁹, y por ello no tiene nada de extraño que se utilicen los dos enfoques a la vez.

Si además observamos el *iter* probatorio seguido en la práctica de los medios de prueba, podremos ver si hubo algún indicio que, descubierto a destiempo, llevó al juez a un modelo mental erróneo, o bien si utilizó indebidamente la accesibilidad, en el modo que ya quedó explicado. Todo ello nos va a permitir criticar, realmente, todo el razonamiento probatorio acudiendo a ese enfoque psicológico allí donde no llegue el epistemológico. Porque aprovecho para advertir de que ambos enfoques, a diferencia de lo que suele creerse, no son incompatibles. No es el uno o el otro. Desde luego, es posible que hayan sido los mismos filósofos y los psicólogos los que han podido conducir a esa imagen de las cosas, sobre todo teniendo en cuenta que el enfoque psicológico trata de solventar los problemas del enfoque epistemológico. Pero para la ciencia jurídica, al menos en materia probatoria, ambos enfoques son útiles. El epistemológico para ordenar debidamente la reflexión. El psicológico para descubrir el grado de corroboración de las hipótesis y para determinar las razones subjetivas del juez en la elección de las hipótesis, allí donde no llega la estricta racionalidad.

Y creo que ello no es precisamente poco, porque supone un avance sustancial en el aspecto probatorio del juicio jurisdiccional, que permite formularlo correctamente y controlarlo *a posteriori* con unas bases más seguras de lo que jamás pudo llegar a imaginar ningún jurista. Lo veremos más adelante.

4. EL ENFOQUE PROBABILÍSTICO MATEMÁTICO

Este enfoque es el que se deduce, como indica el propio título, de la aritmética. Por ello ha sido referido en ocasiones como «probabilidad pascaliana», porque lo cierto es que sus resultados dependen finalmente de fórmulas, teoremas y estadísticas. Y es que no pocos autores han imaginado que el juicio probatorio podía resolverse, al menos en parte, de modo ma-

¹⁴⁹ Vid. P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 190.

temático¹⁵⁰. Y aunque de entrada esa conclusión parezca increíble, hay que considerarla, no sólo porque haya sido objeto de estudio, sino porque algunas veces las matemáticas realmente funcionan en materia probatoria.

La matemática, en el fondo, no es más que un método que permite la simplificación de los cálculos. Y como todo método, puede quedarse en la pura teoría realizando predicciones que no puedan ser contrastadas, simplemente porque evoquen realidades que no existen. En Física saben bien qué consecuencias tiene ello, cuando por ejemplo llevan años prediciendo la existencia de agujeros negros, o del bosón de Higgs, dado que la existencia de los primeros aún no está del todo confirmada, y la existencia del bosón no ha sido demostrada experimentalmente, todavía. En materia probatoria esas predicciones, normalmente, no son posibles. Pero en algunos casos pueden reportar alguna utilidad. Aunque tampoco consiste, ni mucho menos, en entregarse a los brazos de las estadísticas ni de las matemáticas, como habría de suceder si el trabajo de un juez pudiera ser sustituido por un ordenador. Un juicio jurisdiccional no es una partida de ajedrez, y pese a que la informática pueda ayudar al juez, desde luego no puede sustituirle.

La mayoría de autores tratan de este enfoque junto con el epistemológico, al tratar sobre la probabilidad como concepto. Pero por su singularidad he preferido dedicarle un epígrafe aparte dado que, una vez expuesto, este enfoque puede complementar mejor a los anteriores, llegado el caso, como sucede en psicología, ciencia en la cual la estadística es una pieza verdaderamente fundamental, sobre todo en la comprobación experimental de las hipótesis¹⁵¹. Además, aunque las conclusiones estadísticas es posible que habitualmente no sean válidas en la formulación del razonamiento probatorio, no por ello pierden toda su utilidad, que intentaré detallar de la manera más elemental y esclarecedora posible en las próximas líneas.

A) El teorema de Bayes

Aunque existen, ciertamente, otras fórmulas matemáticas que aproximan a las conclusiones probatorias, la estrella parece haber sido el teorema de Bayes¹⁵², por lo que lo explicaré en primer lugar¹⁵³.

Comencemos por decir que el teorema no constituye ninguna novedad, dado que data de 1763, lo cual, todo hay que decirlo, en absoluto pone en cuestión su validez. Tiene una gran utilidad, puesto que a través de él se están realizando actualmente cálculos estadísticos que dependen de variables eminentemente subjetivas, algunos tan familiares como el filtrado de correo electrónico basura.

¹⁵⁰ Vid. H. J. KOCH y H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, München, 1982, pp. 287 y ss.

¹⁵¹ Vid. W. EDWARDS, H. LINDMAN y L. J. SAVAGE, «Bayesian Statistical Inference for Psychological Research», *Psychological Review*, 1963, 70, pp. 193 y ss.

¹⁵² Hasta el punto de que, como dice irónicamente TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 195, defenderlo parece significar estar *up-to-date*.

¹⁵³ Sobre el mismo M. O. FINKELSTEIN, *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York, 2009, pp. 11 y ss.

Sea como fuere, la utilización del teorema en el ámbito judicial ha sido propuesta, sobre todo, en los EEUU¹⁵⁴. Por otra parte se han acuñado términos como, por ejemplo, «inferencia bayesiana», a raíz de la fórmula original.

Para explicar este teorema a un jurista de forma que lo recuerde con claridad y hasta pueda utilizarlo, creo que lo más correcto es exponerlo en su versión más simplista, y acompañarlo de un ejemplo, para finalmente exponer la fórmula.

Supongamos que en la mesa de un restaurante hay cuatro comensales: Caín, Carlos, Sara y Ana. Descamos saber si Caín robó la cámara fotográfica de Carlos, cuando éste segundo la dejó un momento encima de la mesa del restaurante en el que estaba comiendo con los otros tres mientras se ausentaba para ir al lavabo. En ese espacio de tiempo, el resto de comensales se quedaron observando un espectáculo desde la misma mesa del restaurante. En ese ínterin, las dos mujeres se pusieron de espaldas a la mesa y Caín permaneció de frente a la misma. Lógicamente, con estos datos es imposible saber quién robó la cámara, pero sí que podemos calcular teóricamente la probabilidad de que haya sido el que, a primera vista, parece ser el principal sospechoso: Caín.

Para conseguirlo, necesitamos contar al menos con un indicio. El indicio sería que aparentemente nadie se acercó a la mesa en ese ínterin, porque, como dije, estaba teniendo lugar un espectáculo en el local que hacía que Sara y Ana estuvieran sentadas de espaldas a la mesa, de manera que Caín fue el único que se quedó de frente a la misma, porque de esa forma también podía ver el espectáculo. Y Caín no acusó absolutamente a nadie de haberse llevado la cámara, sino que se limitó a decir que alguien pudo haber pasado por al lado mientras él observaba distraído el espectáculo.

El teorema de Bayes, en su versión más simplista (aunque lo cierto es que se ofrecen diferentes versiones de la fórmula), nos dice que la probabilidad (P) de la hipótesis (H) de que fuera Caín, teniendo en cuenta el indicio (I) de

¹⁵⁴ M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. El caso *People v. Collins*, que les sirvió de pretexto, merece la pena que sea recordado, aunque en el mismo no se utilizó el teorema de Bayes: una anciana fue atracada en Los Ángeles por la espalda. La anciana vio a una mujer rubia huir de la escena del delito. Otro testigo dijo ver escapar a una mujer castaña con una cola de caballo, y meterse en un coche amarillo conducido por un afroamericano con bigote y barba. La policía detuvo días más tarde a una pareja en la que concurrían todas estas características. En el proceso, un experto en estadística estableció que, valorando la posibilidad de ocurrencia de cada indicio por separado, había una probabilidad entre 12 millones de que esa pareja, con todas esas inusuales características, no fuera la autora del robo. El jurado emitió veredicto de culpabilidad, pero el Tribunal Supremo de California anuló la condena al entender que los hechos nunca debieron haberse declarado probados basándose en el dictamen estadístico. La prueba de los indicios, por añadidura, era insuficiente, y además se valoraron estadísticamente los indicios de forma independiente, combinándose después, lo que impidió al jurado darse cuenta de que parejas con esas características debía de haber decenas en Los Ángeles (*op. cit.*, p. 482). Lo curioso de este caso no fue tanto el resultado del proceso sino, como dicen los autores citados (*op. cit.*, p. 489), que un tribunal tomó en consideración la prueba estadística para declarar los hechos probados. Puede hallarse algún dato adicional de este caso en A. BEST, *Evidence*, Boston, 1994, p. 14.

que nadie vio que ninguna persona se acercara a la mesa, es igual a la posibilidad de que Caín haya robado (sin tener en cuenta ese indicio I), multiplicada por la posibilidad de que nadie se acercara a la mesa suponiendo que haya robado, dividido por la posibilidad de que Caín haya robado sin que nadie se haya acercado a la mesa, multiplicado por la posibilidad de que alguien se hubiera acercado a la mesa suponiendo que Caín haya robado, sumado a la posibilidad de que Caín no haya robado (sin que nadie se haya acercado a la mesa) y multiplicado por la posibilidad de que nadie se haya acercado a la mesa suponiendo que Caín no haya robado.

Todo este galimatías tiene un sentido. Se trata de contrastar la posibilidad de que la hipótesis sea cierta con la posibilidad de que el indicio exista, combinando ambos acontecimientos para averiguar, finalmente, la probabilidad matemática de que se hayan producido juntos la hipótesis y el indicio¹⁵⁵. Es decir, es exactamente lo mismo que cualquier juez pensaría intuitivamente, dado que trataría de averiguar justamente eso: «si nadie se acercó a la mesa, ¿es verosímil que el comensal que estaba sentado de frente robara la cámara?». Pero resulta que existe un teorema para determinar la probabilidad aritmética de que dichos acontecimientos se hayan producido de manera conjunta. El teorema se expresa en la siguiente fórmula:

$$P(I/H) = \frac{P(H) P(I/H)}{P(H) P(I/H) + P(\text{no}H) P(I/\text{no}H)}$$

Por supuesto, incluso aceptando que la culpabilidad de Caín pueda determinarse matemáticamente, el principal problema con el teorema de Bayes es que no tenemos ni la más remota idea de la probabilidad de que Caín haya robado¹⁵⁶, es decir, de eso que la doctrina llama *prior probabilities*¹⁵⁷. Podemos saber la concurrencia del indicio I, puesto que en una escala del 0 al 1, es prácticamente seguro que nadie se acercó a la mesa, puesto que Caín estaba sentado de frente a la misma y no ha acusado a nadie de haberse acercado. Por tanto, su valor es 0,9. Podemos incluso saber la posibilidad aproximada de que Caín consiguiera robar habiéndose aproximado alguien, que es casi despreciable porque Caín no acusa a nadie, y por ello la podemos situar en el 0,1. Pero nos falta el valor de H, y por supuesto el de «no H», es decir, la hipótesis de que Caín no haya robado, aunque este segundo valor puede deducirse del primero. Si conseguimos determinar ese primer valor de H, lógicamente.

Para solucionar ese problema, la aplicación del teorema de Bayes se diversifica en dos variantes para conseguir calcular la probabilidad de H. De ese modo, se dice que P(H) puede ser calculada de forma objetiva o subjetiva. De manera objetiva se calcula cuando esa probabilidad se ha determina-

¹⁵⁵ Léida con calma, una buena explicación cabe hallarla en FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., pp. 498-499.

¹⁵⁶ Vid. TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 200-201.

¹⁵⁷ FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 500.

do previamente de forma estadística, como sucede con los tests de ADN. Y en este caso el teorema funciona, al menos, con bastante precisión, aunque también quepa discutir sus resultados, más allá del cálculo matemático de probabilidades. Pero en materia judicial no suele ser el caso de encontrarnos con un cálculo bastante objetivo, salvo el citado del ácido desoxirribonucleico, y alguno más.

Por eso se propone que P(H) se calcule de forma subjetiva. Es decir, que el juez introduzca, también del 0 al 1, la probabilidad que subjetiva y libremente considera¹⁵⁸, tras la apreciación de toda la prueba, de que Caín sea un ladrón, siempre que no sea posible fundarla en un dato estadístico¹⁵⁹. De ese modo, supongamos que el juez le asigna en un primer hipotético caso a Caín un 0,8. Y supongamos, en segundo lugar, que otro juez más indulgente asigna a esa hipótesis en otro proceso distinto con análogos hechos, un valor de 0,2. De esa forma se puede calcular en cada proceso la posibilidad contraria a H otorgando a esa hipótesis negativa el porcentaje restante, es decir, respectivamente un 0,2 y un 0,8. Y, para hacerlo más sencillo, supongamos que el valor del indicio, siendo tan claro, permanece constante, como es el caso, puesto que es muy poco probable que alguien se acercara a la mesa sin ser visto por Caín. Recordemos que a ese indicio le hemos asignado, en consecuencia, un valor de 0,9. Aplicando la fórmula a estos valores resultaría:

— Primer caso:

$$\frac{(0,8) (0,9)}{(0,8) (0,9) + (0,2) (0,1)} = 0,97$$

— Segundo caso:

$$\frac{(0,2) (0,9)}{(0,2) (0,9) + (0,8) (0,1)} = 0,69$$

El anterior es un ejemplo no tan burdo, y el resultado se ajusta a la realidad, y corrige la apreciación subjetiva del juez. Tanto en el primer como en el segundo caso, la consideración de que Caín sea un ladrón es de una tre-

¹⁵⁸ Como explican FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 502: «...each juror could then pick the prior estimate that most closely matched his own view of the evidence». Y en op. cit., p. 505: «Moreover, in practice, differences among jurors who use Bayesian analysis will depend more on whether or not they believe the evidence establishing a subjective probability of guilt than on differences in the strength of their suspicions. If this evidence is disbelieved, the probability of defendant's guilt will be no stronger than that implied by defendant's belonging to the group of persons who have the trait in question, the size of that group being determined by statistical evidence. On the other hand, if evidence is believed, both the prior suspicion and the statistical evidence will usually be strong enough so that, as Table 1 demonstrates, variations in the posterior probabilities will be small relative to variations in the strength of the suspicion». Este es justamente el punto atacado por L. H. TRIBE, «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, p. 1358, quien ve enormes dificultades en que un jurado consiga cuantificar su apreciación.

¹⁵⁹ Que, naturalmente, se utilizaría. FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 500.

menda subjetividad, que curiosamente aparece corregida por la fórmula ¹⁶⁰, puesto que en ambos casos la posibilidad de que Caín fuera culpable es muy alta, lo que se confirma con los escasísimos indicios disponibles que pudieran descartar su autoría. Y ello se compagina bastante bien con el *id quod plerumque accidit*, porque si Caín esta presente, de cara a la mesa, donde estaba la cámara, y no puede afirmar haber visto a nadie llevarse la cámara, todo conduce a pensar que el que se la llevó fue él, salvo que estuviera tremendamente distraído con el espectáculo.

La fórmula, en realidad, parece que trata de reducir a cifras el grado de confirmación de una hipótesis que normalmente cualquier juez realiza a través de la intuición. Y es completamente cierto que aunque en ambos casos lo más probable es que exista una condena, cualquier juez quedará más convencido de su sentencia si Caín tiene apariencia de ladrón que si no la tiene, lo cual viene reflejado en la fórmula transcrita. Y además, si hiciéramos que un juez valorara del 1 al 10 la posibilidad de que Caín sea culpable, en el primer caso cualquier juez le concedería casi un 10, y en el segundo, no teniendo Caín apariencia de ladrón, el juez expresaría su extrañeza concediendo una posibilidad de acierto de su juicio en torno al 7, y no inferior, al no poder luchar contra el hecho tangible de que si Caín estaba frente a la mesa, si alguien se llevó la cámara, Caín tuvo que verlo. Es decir, se confirman realmente los resultados que surgen aplicando la fórmula.

Por tanto, estamos ante otro modo de calcular el grado de confirmación de una hipótesis, esta vez aritmético. Y la verdad es que en ejemplos simples como el propuesto, lo cierto es que aparentemente funciona a las mil maravillas, porque parece racionalizar la intuición judicial, que es de lo que se está tratando desde un principio con todo lo que llevamos visto hasta el momento. Es por ello por lo que no pocos autores se han dejado deslumbrar por el teorema de Bayes, y hasta se ha llegado a utilizar en algunos procesos en la práctica, pero con resultados muy desiguales y siempre sometido a una constante crítica.

Se ha atacado el uso judicial del teorema de Bayes desde el punto de vista de que cualquier proceso judicial es mucho más complicado que lo que acabamos de exponer ¹⁶¹. Pero lo que subyace en el fondo de todas las críticas es una cierta alergia ¹⁶² de los juristas por las matemáticas ¹⁶³. Si

¹⁶⁰ Éste es el mayor mérito que M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1802-1803, conceden al teorema. La corrección de la subjetividad de los jurados, que no acaba influyendo de forma tan relevante en el resultado final.

¹⁶¹ L. H. TRIBE, «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1329 y ss. Vid. también L. H. TRIBE, «A further critique of mathematical Proof», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1810 y ss. Vid. también TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 198-199.

¹⁶² Léanse si no las palabras de EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, p. XIII, en el prefacio de su libro: «mathematical symbols and equations, which make much of what is written about probability theory distasteful, if not actually repellent, to lawyers, should be avoided». Vid. también op. cit., p. 146.

¹⁶³ Vid. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos*, cit., p. 167.

se hubiera explicado en qué basó Bayes esa fórmula, es decir, de qué fenómenos naturales o teóricos le vino esa inspiración, sin duda su aceptación habría sido muy superior porque al menos seríamos capaces de entender su esencia. Pero ello no ha sido así, y por ello he intentado explicar antes que la fórmula está basada en combinar las probabilidades matemáticas de que dos acontecimientos se produzcan conjuntamente, porque eso es algo que casi todos aprendimos en el colegio a poco que hagamos un poco de memoria, y por ello nos resulta más familiar. Los juristas estamos, en general, imbuidos de que en matemáticas únicamente existen esquemas pitagóricos, que podamos comprobar prácticamente sólo con regla y cartabón. Desde luego, es fácil comprobar que en cualquier triángulo, el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos. Basta coger una regla y multiplicar los resultados por sí mismos. También solemos dejarnos fascinar por mediciones perfeccionistas, como las del hombre de Vitruvio, o incluso por series enigmáticas, como la de Fibonacci. Pero las fórmulas matemáticas solemos rechazarlas siempre, en el fondo, con el mismo argumento: que no son capaces de recoger la variedad de matices que tiene un juicio.

En honor a la verdad, entiendo que las matemáticas podrían ser mucho más útiles si los juristas poseyéramos más formación en ese campo. Desde luego que un método de cálculo no puede sustituir el contacto personal con un caso concreto, pero sí que puede hacerlo más racional ¹⁶⁴, igual que ha sucedido en otros campos de la vida, como la selección de personal en las empresas, antes dependiente de una intuitiva entrevista personal, y que ahora se basa con frecuencia en una serie de tests hechos por expertos que han confirmado en muchos casos la adecuación de sus resultados y que, por ello, no pueden ser sistemáticamente despreciados. Creo que no se trata de sustituir el juicio jurisdiccional por un cálculo matemático, como se teme, sino de que se tenga en cuenta que la matemática puede ayudar más de lo que se cree, sobre todo en los casos en que existe una insuficiencia muy grande de vestigios, y en los que no queda otro remedio que acudir a las reglas de carga de la prueba ¹⁶⁵. Pero ésa ya es otra cuestión sobre la que trataré de centrarme después.

Volviendo al teorema de Bayes, entiendo que la crítica más importante que debería hacerse, y quizás la única y que resume buena parte de las demás, y que habría de descartar por completo su uso en el ámbito judicial, es que es un teorema de probabilidad. Y la probabilidad es, por definición, una teoría matemática que regula los fenómenos aleatorios.

¹⁶⁴ Esa era la conclusión final de FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 517, es decir, que los jurados, teniendo en cuenta que su valoración tenía que ser cuantificada, realizarían esa labor de forma más precisa. Pero al mismo tiempo advertían de que los jurados no debían sobrestimar las posibilidades de una estadística, adaptando su convicción a los resultados. También en M. FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», cit., p. 1802.

¹⁶⁵ Precisamente para evitar tener que acudir a dicha institución buscando algún otro indicio que no sea el comportamiento probatorio de las partes. Con ello quizás se harían realidad, al menos parcialmente, las predicciones en este sentido de MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 46, que apuntaba en esta dirección de que la prueba de indicios podía hacer desaparecer el mito del *onus probandi*.

Pues bien, un juicio jurisdiccional *no es un fenómeno aleatorio*. Aleatorio es aquel supuesto en el que es posible conocer todos los posibles resultados, pero es imposible predecir cuál de esos resultados surgirá en ese supuesto concreto. Y el juicio jurisdiccional no es aleatorio, sino francamente imprevisible aunque se conozcan todas las variables en juego, cuando se conocen, porque no se puede determinar prácticamente nunca con exhaustividad cuál va a ser el resultado final. No depende de la fuerza con la que se active una ruleta, ni mucho menos de unos dados, ni siquiera de los imaginados por RABELAIS¹⁶⁶. Depende de una serie de datos que la mente de un ser humano tomará en consideración de la forma que vimos anteriormente. Pero la clave está en que, normalmente, no se conocen todos los datos, pero es que aunque se conocieran, el resultado del juicio continuaría siendo impredecible, al menos en el ámbito probatorio, porque depende, insisto, de una mente humana, que no siempre sigue una misma racionalidad. Casi todo es inseguro al hablar de prueba, puesto que dependemos en muchas ocasiones de la «credibilidad» de un medio de prueba, como veremos más adelante, y ello distorsiona cualquier cálculo cerrado de expectativas que intente realizarse.

En cambio, en la teoría matemática de la probabilidad, los datos previos suelen ser conocidos, y lo que es siempre impredecible es el resultado final, pero se sabe cuáles son los posibles resultados. En materia probatoria sucede lo contrario, porque nunca se conocen hasta las últimas consecuencias los posibles resultados del juicio. Es por ello por lo que el teorema de Bayes no hubiera debido ser aplicado nunca al ámbito judicial, ya que no estamos ante un suceso aleatorio. Es posible que, en ocasiones, ante las resoluciones ciertamente sorprendentes que por desgracia acaecen (sobre todo de ciertos jurados), haya podido parecer, desde fuera, que los fallos son aleatorios. Pero ciertamente no lo son. Siempre son explicables *a posteriori*, pero es prácticamente imposible determinar *a priori* los posibles resultados de un proceso. Por eso, con frecuencia, se llega a transacciones que evitan que el proceso se celebre. Pero eso no quiere decir que el proceso sea una lotería, como se escucha con frecuencia, sino que depende de factores humanos que es imposible determinar exhaustivamente con carácter previo¹⁶⁷.

Por ello, el uso del teorema de Bayes tiene un ámbito necesariamente limitado. Puede servir para que un juez valore qué grado de confirmación matemático puede tener la hipótesis que ha declarado probada. Pero ahí se acaba su función: intentar medir la intuición. Pero ni siquiera es seguro que el cómputo que surja sea del todo correcto en la realidad¹⁶⁸, porque se trata de aplicar una fórmula concebida para calcular la probabilidad de aconteci-

¹⁶⁶ F. RABELAIS, *Faits et dits du Géant Gargantua et de son fils Pantagruel*, 1732, cap. 37, pp. 252 y ss.

¹⁶⁷ Como dice AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo...*, cit., pp. 285-286, «pedirle a un jurado una apuesta sobre un evento pasado, cuando ya conoce por hipótesis toda la evidencia relevante que verosíblemente se puede obtener, es usar el concepto de apuesta en un contexto difícilmente apropiado. El problema aquí no es que no haya técnicas para inventar cocientes de apuestas, sino que en ciertas situaciones la aceptación de un cociente de apuesta es irracional. No se puede aceptar apuestas sobre cuestiones no siempre decidibles».

¹⁶⁸ Vid. TRIBE, «A further critique», cit., pp. 1818.

mientos aleatorios. Insisto en que un juicio jurisdiccional no es un acontecimiento aleatorio. Aleatoria es la posibilidad de que muera una persona por un disparo en el pecho. Pero el juicio jurisdiccional que condene o absuelva a esa persona nunca será aleatorio.

B) Otros cálculos matemáticos de probabilidad. Utilidad del enfoque probabilístico matemático

Diversos autores han intentado un acercamiento a la materia similar al de las «inferencias bayesianas». Algunos fueron formulados antes incluso del uso judicial del teorema de BAYES, aunque incluyan también aspectos de dicho teorema. Para conocer sus detalles debe acudirse fundamentalmente a EKELOF¹⁶⁹, que propuso un sistema en el que el juez evaluaba por tantos por ciento sus certezas sobre los hechos, básicamente a fin de evitar la aplicación de las reglas de carga de prueba. Aunque quedaba siempre la duda de que cuando el juez no podía acudir a datos estadísticos, el resultado probatorio siempre dependía de su simple intuición, por más que se quisiera racionalizar¹⁷⁰, lo que nos devolvía a los mismos problemas de los esquemas vistos en epígrafes anteriores¹⁷¹.

Otros autores¹⁷² también han realizado intentos matemáticos o semimatemáticos para valorar la prueba, pero tiene escaso interés referir aquí sus teorías, básicamente porque todas topan con el mismo problema de siempre. Existe una inevitable indeterminación del grado de confirmación de los indicios de los que depende el cálculo de la probabilidad, simplemente porque dicho grado se construye a través de la libre valoración del juez, que atribuirá más valor o menos a un indicio según su conciencia, conciencia que resulta inexplicable con exactitud en no pocas ocasiones. Y ello hace que los males que encontró el teorema de BAYES se trasladen a cualquier otro intento en este sentido¹⁷³.

AÍSA MOREU¹⁷⁴ concluye exactamente lo mismo. El cálculo matemático de la probabilidad es injusto si el mismo se utiliza para averiguar la absolución o la condena. La estadística es muy útil para los peritos a la hora de exponer sus conclusiones al tribunal, conclusiones que serán valoradas libre-

¹⁶⁹ P. O. EKELOF, «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins», ZJP, núm. 75 (1962), pp. 289 y ss.

¹⁷⁰ EKELOF, «Beweiswürdigung, Beweislast...», cit., p. 295.

¹⁷¹ Vid. otras críticas en PATTI, «Libero convincimento», cit., p. 505, quien opone además que, normalmente, el demandante siempre está en mejor posición de aportar una prueba que, de entrada, sea más convincente, lo que sería suficiente para inclinar la balanza del 50 al 51 por 100, lo que le daría la razón en el sistema de EKELOF.

¹⁷² Un magnífico resumen de los mismos puede encontrarse en TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 206 y ss.

¹⁷³ Como concluye TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 217, «no tiene mucho sentido, en realidad, elaborar cálculos sofisticados si los datos cuantitativos sobre los que se fundan son inciertos o inventados».

¹⁷⁴ AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo...*, cit., p. 281.

mente por los jueces¹⁷⁵. Pero el juez, al emitir su condena, no puede basarse en cálculos matemáticos probabilísticos, porque dichos cálculos, como dije, atienden a una realidad diferente: la de los sucesos aleatorios. Y esa realidad aleatoria no es la judicial.

Por ello, es escasa la utilidad del enfoque matemático en la valoración de la prueba. Ni siquiera cuando se trata de procesos de determinación de la filiación, o incluso de procesos penales que, encontrando restos biológicos de un lugar, atribuyen una tremenda probabilidad de que esos restos sean de una determinada persona. Ello es así porque el hecho de encontrar restos biológicos en un lugar ni siquiera demuestra a ciencia cierta que la persona de la que salieron estuviera en algún momento allí. Por otra parte, la prueba biológica de la paternidad está basada en cálculos estadísticos de perfiles poblacionales de ADN, que son muy útiles para el perito a la hora de elaborar su dictamen. Pero se trata de dictámenes periciales que el juez debe valorar libremente, más adelante veremos cómo. Sin embargo, no determinan con un 100 por 100 de certeza la filiación, y por ello deben ser valorados atendiendo a la existencia de otras pruebas, porque el margen de error en la prueba de ADN siempre existe, como en toda estadística, y no podemos creer ciegamente dicha estadística¹⁷⁶. Si algún día el análisis del ADN y otros análisis de presencia vírica o de células cancerígenas, por ejemplo, dejaran de depender de esos cálculos estadísticos y se eliminaran los falsos positivos, desde luego que el dictamen pericial no tendría posibilidad de contradicción. Cuando llegue ese momento, el juez deberá creer al perito, pero no porque sus cálculos probabilísticos sean acertados, sino porque esos cálculos habrán dejado de existir y no tendrá otra alternativa. Se habrá creado, entonces, una prueba de valoración legal en la que la aritmética no tendrá, en principio, nada que ver.

No obstante, el cálculo matemático puede ser útil al juez, como ya dije al explicar el teorema de Bayes. No está de más saber qué probabilidad existe de que algo haya sucedido, considerándolo por unos instantes como si fuera un acontecimiento aleatorio. Tal y como se indicó, cuando existe una gran insuficiencia de prueba, de manera que no queda otro remedio que acudir a las reglas de carga de la prueba, recurrir a la comprobación estadística

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 283.

¹⁷⁶ A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Evidential impact of base rates», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 153-154, explican a la perfección, y demuestran experimentalmente, la incidencia del heurístico de la representatividad, que de hecho provoca el problema anunciado en el texto principal: «Predictions by representativeness or similarity are generally insensitive to base-rate frequencies. However, the phenomenon of base-rate neglect is far more general, since it also occurs in judgments that cannot be readily interpreted in terms of representativeness (...). For example, Casscells, Schoenberger, and Grayboys (1978) presented 60 students and staff at Harvard Medical School with the following question: If a test to detect a disease whose prevalence is 1/1000 has a false positive rate of 5 per 100, what is the chance that a person found to have a positive result actually has the disease, assuming you know nothing about the person's symptoms or signs? (p. 999). The most common response, given by almost half of the participants, was 95 per 100. The average answer was 56 per 100, and only 11 participants gave the appropriate response of 2 per 100, assuming the test correctly diagnoses every person who has the disease. Evidently, even highly educated respondents often fail to appreciate the significance of outcome base rate in relatively simple formal problems».

no tiene por qué evitar acudir a dichas reglas, pero sí que es posible que haga que el recurso a dichas reglas sea más racional. Cuando las reglas de carga de la prueba entran en juego, en realidad lo que hacemos es valorar la conducta de los sujetos procesales, a falta de cualquier otro elemento más convincente. Y si nos parece que ese litigante tiene a disposición la prueba y no la aporta al proceso, inferimos de ese indicio que la está ocultando y, por tanto, interpretamos en su contra el posible resultado que hubiera aportado esa prueba. Ello no es más que un proceso lógico en el que empleamos las máximas de experiencia para valorar la conducta del litigante. Pero no deja de ser un recurso *in extremis*, porque no pocas veces el litigante no aporta la prueba, no porque la oculte, sino porque verdaderamente no la tiene aunque no lo pueda demostrar. Y en ese caso la sentencia es injusta.

En estos supuestos puede ser útil determinar las probabilidades de ocurrencia de ese acontecimiento que se intenta probar, pero que no existen vestigios que lo puedan demostrar. La estadística no puede convertirse en algo que haga que el juez decida en un sentido o en otro, no ya porque sea rechazable que el juez juzgue como una máquina, sino porque se está tratando a ese hecho que se ha sometido a estadística como si fuera un acontecimiento aleatorio, cuando en realidad, insisto una vez más, no lo es. Pero no está de más observar qué sucedería si el hecho verdaderamente fuera aleatorio, y para ello sería necesario que el juez conociera los heurísticos estadísticos, que en buena medida reducirían la incidencia de los heurísticos psicológicos antes estudiados¹⁷⁷. Es posible que ello complemente el juicio jurisdiccional cuando la actividad probatoria es tan insuficiente que debe ser basada, en último extremo y a falta de nada mejor, en la valoración de la conducta de una de las partes, es decir, en la carga de la prueba.

Ello puede ser especialmente útil en el proceso civil, pero no realmente en el penal, y es preciso advertirlo ya desde este momento. En el proceso penal existe un principio o directriz que en general se formula actualmente como «presunción de inocencia» —antiguamente llamado *in dubio pro reo*—¹⁷⁸ y que no aparece siempre como una regla de carga de la prueba, sino que normalmente se comporta como si fuera una regla legal de valoración¹⁷⁹, dado que toda ausencia o insuficiencia de prueba debe interpretarse a favor de reo, de manera que cuando se emita una sentencia absoluta por falta de pruebas no quede ninguna sombra de duda sobre la inocencia del absuelto, que se produciría a buen seguro en caso contrario¹⁸⁰. La presunción de inocencia no existe porque se crea que si no hay prueba contra el acusado es porque el acusador la está ocultando. Existe ese principio desde muy antiguo

¹⁷⁷ En este sentido, R. NISBETT, D. H. KRANTZ, D. JEPSON y Z. KUNDA, «The Use of Statistical Heuristics in Everyday Reasoning», *Psychological Review*, 1983, 90, pp. 339 y ss.

¹⁷⁸ Vid. NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp. 186 y ss., así como la bibliografía allí citada.

¹⁷⁹ Vid., en este interesante punto, en similar sentido, reconociendo que la presunción de inocencia es una restricción a la libre valoración, MEURER, «Beweis und Beweisregeln im Deutschen Strafprozeß», *FS Oehler*, 1985, p. 360.

¹⁸⁰ M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pp. 619-620.

a fin de superar la sensación sociológica de culpabilidad que cualquier reo inspira una vez que ha resultado acusado. Sea inocente o culpable, cualquier presente en una sala de justicia tiende a considerar culpable al reo que está sentado en el banquillo. Con el fin de superar este antiquísimo sesgo existe también el muy antiguo principio de la presunción de inocencia¹⁸¹.

En todo caso, está fuera de lugar utilizar cálculos estadísticos en este contexto judicial, y hasta puede llevar a partir de premisas inaceptables si se derivan de variables raciales o poblacionales, como las que están presentes en las pruebas de ADN. Semejantes usos deben ser desterrados de la valoración de la prueba, salvo que, como ya dije, el cálculo deje de depender un día de la estadística y, por tanto, resulte irrefutable.

5. EL ENFOQUE SOCIOLÓGICO

Este enfoque no ha sido demasiado estudiado por los tratadistas de la prueba¹⁸², sino por los filósofos del Derecho¹⁸³ y en parte por algunos psicólogos¹⁸⁴. La cuestión de los poderes probatorios del juez también ha sido abordada en ocasiones desde el punto de vista sociológico¹⁸⁵.

Sin embargo, la sociología es una ciencia bastante citada, aunque normalmente de pasada, en el mundo del Derecho. Es asumida como inevitable, como la mejor manera de explicar el mundo incluso¹⁸⁶. Aunque quizás por ello haya sido normalmente ignorada al estudiar el juicio jurisdiccional¹⁸⁷, salvo en los sistemas jurídicos en los que el enfoque ideológico era más que fundamental¹⁸⁸.

Se trata evidentemente de un enfoque muy tenido en cuenta en muchos momentos, por ejemplo para la selección de jueces de tribunales inferiores¹⁸⁹ y superiores en más de una ocasión¹⁹⁰. Desgraciada ocasión en cualquier caso, porque un juez, en principio, no debiera ser seleccionado por este tipo de motivos. Me estoy refiriendo, lógicamente, a la ideología política o moral

¹⁸¹ Lo enunciaba nada menos que la Partida III, tít. XVI, Ley 40: «porque los Judgadores siem- pre deven ser aparejados, mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallassen dere- chas razones para fazerlo».

¹⁸² Con alguna excepción. Vid. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 70. G. STAHLMANN, «Sozialwissenschaftliche Überlegungen zur zivilprozessualen Beweislehre», JA, 1978, p. 270. TA- RUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 58 y ss.

¹⁸³ Vid., por ejemplo, R. DWORKIN, «Can rights be controversial?», en *Taking rights seriously*, London, 1977, pp. 279 y ss.

¹⁸⁴ J. SOBRAL FERNÁNDEZ, «An enquiry into judicial decisions», en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 227 y ss.

¹⁸⁵ MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006.

¹⁸⁶ B. LEITER, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford (Mass.) 2007, p. 203.

¹⁸⁷ Salvo excepciones. Vid. M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 106 y ss.

¹⁸⁸ WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, cit., p. 190.

¹⁸⁹ M. J. SAKS y R. HASTIE, «Social psychology in court: The judge», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, 1986, pp. 257 y ss.

¹⁹⁰ Vid. R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge (Massachusetts), 2008, pp. 20 y ss.

del juez, a su concepción del mundo económica y culturalmente hablando, a su manera de pensar y relacionarse con el resto de seres humanos. Es decir, estoy haciendo referencia al juez en sociedad.

Como decía, el enfoque sociológico ha sido utilizado con frecuencia, aunque la mayor parte de las veces se han escrito poco más que vaguedades y obviedades. Se ha destacado el hecho de que el juez, efectivamente, tiene en cuenta lo que lee en la prensa, lo que dicen sus vecinos, y desde luego, según lo que tenga que decidir, valora el impacto social de su decisión. Pero todo ello se explica bien a través del sesgo de la presión social referido anterior- mente y, por tanto, no parece que haya que adoptar otro enfoque para enten- der esa actitud profundamente psicológica del juez.

Podría pensarse que la ideología del juez influye en el global de la deci- sión judicial, y desde luego así es, incluso cuando no lo parece. Pero lo que nos interesa saber es en qué medida esa ideología condiciona su juicio sobre la prueba. Un primer indicio es que buena parte de las llamadas «máximas de experiencia» no son más que manifestaciones de la ideología del juez. Si ello es así y las máximas de experiencia sirven para construir todo el razona- miento presuntivo, cabe comprender con facilidad hasta qué punto puede ser importante referirse, aunque sea brevemente, a este enfoque sociológico.

A) La influencia de la ideología del juez en la prueba

Todo lo que se ha dicho sobre la influencia de la ideología y moral del juez en los juicios jurisdiccionales en general¹⁹¹, no es fácil concretarlo exclu- sivamente en la parte probatoria de las sentencias. La conclusión que queda al final de esas lecturas es que el juez no se muestra indiferente ante lo que observa en el juzgado, y que desde luego le influyen sus propias convicciones a la hora de dictar sentencia. Ello puede tener una explicación relativamente sencilla de apuntar, pero complicadísima de desarrollar sin caer en ambi- güedades, cuando se trata de explicar la influencia de la moral del juez en la interpretación del ordenamiento jurídico. Y eso es lo que, en general, se ha intentado hasta el momento.

Pero parece que cuando hablamos de la prueba, no parecería honesto que el juez se dejara influir por sus condicionamientos ideológicos, aprendi- dos o ganados espontáneamente a través de experiencias previas¹⁹². Podemos consentirlo en parte cuando se trata de interpretar el ordenamiento jurídico, pero parece excesivo permitírsele en una actividad que pretende ser mucho más objetiva como es la valoración probatoria. Pero sin duda lo hace, porque es inevitable que cualquier persona aplique su visión del mundo, al menos en parte, a cualquier actividad cotidiana. Es muy difícil valorar la credibilidad de un testigo, realmente, sin dejarse influir en absoluto por su aspecto o su aparente manera de vida. Aunque solamente sea en la receptividad a la hora

¹⁹¹ Vid. LEITER, *Naturalizing jurisprudence*, cit., pp. 225 y ss.

¹⁹² POSNER, *How judges think*, cit., p. 75, apunta, por ejemplo, que una mujer es más dada a en- tender la discriminación sexual porque es bastante probable que la haya padecido personalmente.

de escuchar el testimonio, la actitud del juez es distinta si cree estar ante alguien que entiende socialmente próximo, o al menos se solidariza con su condición o con la ideología que cree que tiene. Es difícil que el juez tenga simpatías por un ultraderechista declarado, si dicho juzgador posee una ideología de izquierdas. Tenderá a no creerle, es inevitable, y será mucho peor cuando se trate, no de un testigo, sino de la parte litigante. Lo mismo va a suceder cuando escuche a un perito. Aunque parezca increíble le merecerá mayor crédito, de entrada, alguien vestido de la forma que a él le parece adecuada, que otro cuya apariencia no sea esa. Otra cosa es que después de escucharle cambie su parecer siendo consciente de su prejuicio. Pero estará allí.

Lo mismo puede decirse incluso de la manera de hablar o de expresarse de las personas. Constantemente emitimos juicios de valor sobre la gente tomando como fundamento esos extremos, lo cual, de hecho, salvo cuando se estudia y analiza de modo científico¹⁹³, no deja de ser bastante estúpido si se hace de manera intuitiva, pero más estúpido sería negar que sucede. Y, por supuesto, también influye en el juez la temática del pleito. Un homicidio que tenga como pretexto una eutanasia, no va a ser valorado igual por un juez profundamente religioso que por un juez ateo. La prueba que escucharán ambos jueces será exactamente la misma, sin variación alguna. Pero la forma de enfrentarla será distinta, lo cual también va a influir en la severidad de su juicio sobre la prueba¹⁹⁴.

Ahora bien, diferente cuestión es que ello sea legítimo. Es decir, el juez, cuando valora la prueba, tiene que defender los valores constitucionales que estén vigentes en el país que ejerza. Ahora bien, es profundamente cuestionable que pueda aplicar también sus valores morales, sean cuales fueren, a la hora de juzgar, porque el ordenamiento jurídico lo cierto es que no le autoriza a que lo haga. Exactamente igual que no le permite objetar su conciencia para incumplir un precepto del ordenamiento.

Pero centrándonos en la temática probatoria, debemos de ser conscientes de que este enfoque sociológico se separa por completo de los cuatro anteriores. Su objetivo es distinto. Trata simplemente de dar razones, normalmente *a posteriori*, por las que los juicios son de un modo u otro. Pero por más que se haya pretendido lo contrario¹⁹⁵, no permite establecer grado de confirmación alguno sobre las hipótesis probatorias, ni las *prior probabilities* ni nada que se le parezca. Ni tan siquiera pretende ayudar al juez a construir debidamente su razonamiento probatorio, dado que la ideología del juez es algo que pertenece a su fuero interno, y es más que posible que ni siquiera dicho juez sea consciente realmente de hasta qué punto le condiciona su ideología. Imagínense las dificultades de las partes al realizar la misma misión, salvo

¹⁹³ Vid. J.-E. DIMITRIUS y M. MAZZARELLA, *A primera vista*, trad. de Reading people, Barcelona, 1999.

¹⁹⁴ Decía DWORKIN, «Can rights be controversial?», cit., p. 279: «If a prosecutor is required to decide whether protesters have a moral right to protest, or whether economic damage is recoverable in tort, then all the public is entitled to expect is that his choice will be made honestly and in a cool moment, free from bias or passion or zeal».

¹⁹⁵ POSNER, *How judges think*, cit., p. 73.

que intenten valorar esa cuestión a través de tópicos o prejuicios. Por tanto, siendo ello así, deberíamos abandonar aquí el análisis.

Sin embargo, a pesar de todo, este enfoque tiene una utilidad muy precisa. Hemos visto a lo largo de toda la explicación que precede que el problema en materia de valoración de la prueba siempre es el mismo. Establecer el grado de confirmación de las hipótesis. Y es que el resto de la actividad de valoración la podemos preparar y sistematizar, pero cuando nos enfrentamos a la cuestión del grado de confirmación siempre nos topamos con la inevitable subjetividad judicial. Pues bien, el tomar conciencia de los condicionantes sociológicos del juez es algo verdaderamente importante para conseguir acotar un poco más ese cálculo del grado de confirmación¹⁹⁶, aunque no sea determinable con exactitud. Sobre todo es imprescindible que el juez tome conciencia de esos condicionantes, puesto que es seguro que de ese modo logrará ser más objetivo a la hora de establecer el grado de confirmación de las hipótesis.

Si el juez pertenece a asociaciones con un sesgo moral o ideológico, será más sencillo que las partes puedan controlar esos aspectos. Aunque también es preciso decir a renglón seguido que es demasiado fácil, y profundamente inseguro jurídicamente hablando, descalificar un juicio jurisdiccional por las creencias ideológicas de quien lo ha dictado. Pero asumamos que normalmente ello no va a ser posible. Podríamos prohibir que el juez perteneciera a cualesquiera asociaciones, pero ello sería una ingenuidad. De hecho, es bueno que pertenezca porque de ese modo da pistas sobre su ideología, lo que puede permitirle abstenerse con toda honestidad, o incluso es factible recusarle si no lo ha hecho. En un espacio de libertad, toda ideología que no excluya dicha libertad no puede ser vergonzante en ningún sentido. Simplemente es preciso que se sea consciente de que esa ideología existe. La misma no tiene por qué incapacitar para juzgar, ni mucho menos. Y ni siquiera tiene por qué ser conocida, porque pertenece al espacio de intimidad de las personas. Pero si esa ideología puede influir de alguna manera en el juicio probatorio, el juez debería optar por abstenerse.

Pero no perdamos la perspectiva. El enfoque sociológico nos puede servir para establecer en algunos casos alguna razón adicional de por qué el juez atribuye un cierto grado de confirmación a una hipótesis. Dicho de un modo más sencillo, por qué le da más credibilidad a un determinado medio de prueba. Pero la pregunta que surge ahora es cómo controlar eso. Es decir, cómo criticar legítimamente desde un punto de vista ideológico la credibilidad que el juez, por ejemplo, atribuye a un testigo.

B) La importancia de la motivación. Utilidad del enfoque sociológico

La clave para conseguirlo está en la motivación. Poquísimas veces exponen los jueces motivos ideológicos en sus sentencias. Y cuando lo hacen,

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 69.

suelen ser criticadísimos, porque se piensa que están yendo más allá de una supuesta objetividad que reclama el ordenamiento jurídico, más allá de la imparcialidad y hasta de la propia independencia¹⁹⁷.

Pero cuando realizan ese tipo de motivaciones, lo cierto es que sus juicios son mucho más controlables. Suelen anularse ese tipo de sentencias, porque se descubre que el juez tenía su juicio profundamente sesgado. Algunas de esas resoluciones les han costado incluso sanciones a unos pocos juzgadores, que muchas veces han sido completamente apropiadas.

Pues bien, esa motivación es la que va a permitir, en primer lugar al juez, darse cuenta de que está emitiendo un fallo probatorio por motivos ideológicos. Cuando redacte la sentencia descubrirá que le es casi imposible separarse de los mismos, e incluso verá con asombro cómo dejando al margen su ideología, lo cierto es que su juicio tiene una carencia casi absoluta de motivación. Y si ello es así, es posible que deba abstenerse. No es aceptable que un juez crea más a un perito porque le ha parecido que tiene su misma ideología, o porque se encuadra más en el parámetro de lo que él/ella considera ideológicamente «normal». Ese uso del *id quod plerumque accidit* es completamente inoportuno e inadecuado, puesto que lo que le parezca normal al juez no tiene por qué ser lo que normalmente sucede, ni siquiera lo que deba suceder. Un juez que vive en sociedad suele vivir imbuido de la ideología reinante. Cuando las leyes del siglo XIX citaban como un estándar del hombre medio al «buen padre de familia», la mayoría de los jueces sabían muy bien cómo se suponía que debía ser un buen padre de familia. Actualmente el juicio sería muy distinto, y ni siquiera ese padre procreador sería considerado el «hombre medio» en nuestra sociedad.

Pues bien, es difícilísimo separar la ideología reinante de la ideología particular, puesto que como enseña el sesgo egocéntrico¹⁹⁸ al que me referí más atrás, la mayoría de la población tiende a pensar que lo que creen ellos es compartido por todo el mundo, o al menos por los que ellos consideran «buenas personas», lo cual resulta completamente inaceptable en un juez.

El único modo de percatarse de ello es, como acabo de decir, la motivación. Es posible que el juez, incluso después de motivar, no se dé cuenta de que lo que ha escrito tiene un sesgo ideológico evidente que descarta su objetividad, pero sí que lo percibirán las partes. El problema suele ser que esa exposición ideológica no se encuentra normalmente en la sentencia. Y por ello, medir el grado de confirmación a través de este enfoque sociológico será normalmente misión imposible. Al margen de que para hacerlo es posible que haya que acabar acusando al juez de prevaricación.

¹⁹⁷ Decía R. DWORKIN, «On interpretation of objectivity», en *A matter of principle*, Cambridge (Mass), 1985, p. 171-174. «I have no arguments for the objectivity of moral judgments, but moral arguments. (...) I am actually saying that moral or aesthetic or interpretative judgments cannot possibly describe an independent objective reality. But that is not what I said. I said that the question of "independence" and "reality" are, for any practice, is a question within the practice, so that whether moral judgments can be objective is itself a moral question, and whether there is objectivity in interpretation is itself a question of interpretation».

¹⁹⁸ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, «La toma de decisiones», cit., p. 344.

Por estas razones, el enfoque sociológico no es el más útil a la hora de tratar la valoración de la prueba. Debe ser tenido en cuenta, desde luego que sí, pero como una última solución cuando han fallado todo el resto de explicaciones ofrecidas hasta el momento. Es posible que la credibilidad que el juez atribuya a un perito dependa de los estudios que diga tener dicho perito, y la consideración que por los mismos tenga el juez, lo que históricamente ha planteado diversos problemas con los psicólogos, por ejemplo. Pero esa reticencia del juez es difícil de acreditar. Debe ser tenida en cuenta, pero hay que exponer claramente que los mecanismos para descubrirla, especialmente en la fase de valoración probatoria, son prácticamente inexistentes, salvo que el juez se descubra a sí mismo en la motivación. Porque lo normal es que toda esa carga ideológica quede en su fuero interno¹⁹⁹.

6. CONCLUSIÓN: LA BÚSQUEDA (O NO) DE LA VERDAD

Tras toda la exposición que precede, junto con la del capítulo anterior, estamos por fin en condiciones de confirmar si se ajustan a la realidad autorizadas afirmaciones como que «lo lógico hubiera sido abandonar para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica»²⁰⁰, o que «la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil»²⁰¹, o que «el juez no averigua la verdad en realidad en ningún sentido»²⁰², o bien incluso poner en cuestión «que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad»²⁰³, o finalmente que «si bien lo más simple sería llegar a suponer que la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad, tal afirmación no pasa de ser, si se me permite la redundancia, una verdad a medias»²⁰⁴.

También se ha dicho con mucha reiteración por diversos autores que lo que se persigue en el proceso es simplemente la convicción o certidumbre del juez²⁰⁵, y no de un juez medio, sino de ese concreto juez²⁰⁶, añadiéndose en ocasiones la variable de la aceptación social de la resolución judicial²⁰⁷. Pero siguen existiendo frecuentes pronunciamientos en pro de la verdad como fin de la prueba. Los ha habido históricamente y los sigue habiendo hoy en día,

¹⁹⁹ Vid. LEITER, *Naturalizing jurisprudence*, cit., p. 227.

²⁰⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución», cit., p. 357.

²⁰¹ MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., p. 45.

²⁰² EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 1: «But the judge does not ascertain the truth in any real sense».

²⁰³ TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 181.

²⁰⁴ MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 61. Aunque este autor matizaba de manera relevante esta afirmación, como veremos después. Otras opiniones negacionistas de la verdad pueden leerse en CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., p. 16.

²⁰⁵ Por citar uno menos frecuente en la doctrina española, EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 31: «What he does is to make a decision which appears to him to be justifiable on the material presented to him». Vid. también S. PATTI, «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Riv. Dir. Proc.*, 1985, p. 486 y 498.

²⁰⁶ PRÜTTING, *Comentario al § 286 ZPO*, cit., p. 1781.

²⁰⁷ CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., pp. 21-22.

y los hemos citado en su momento, de tal modo que cabría decir que sobre la cuestión de la verdad a día de hoy está la doctrina dividida.

Lo que quizás cabría preguntarse es si estamos ante una cuestión relevante, o en realidad nos hallamos simplemente ante un simple punto de partida filosófico que trata de encauzar el estudio de la prueba²⁰⁸. Lo cierto es que se ha hablado tanto del tema que parece sacrilego apuntar algo así en este momento. Pero si se piensa que, en el ámbito del Derecho Procesal, toda la discusión proviene, en el fondo, de la discusión sobre los conceptos de verdad formal y verdad material de la Doctrina alemana del XIX, cuya relevancia ya fue ampliamente analizada, queda la sensación de que quizás estamos prolongando una discusión que en su momento fue claramente sobre-dimensionada, puesto que nadie llegó a decir originariamente que hubieran dos tipos de verdades, sino que el resultado que se obtenía con las pruebas legales no solía ser, evidentemente, la verdad. Simplemente se pretendió eso. ENDEMANN²⁰⁹, como ya fue referido, no pretendía otra cosa. En realidad, se trataba de reproducir las quejas de BENTHAM²¹⁰ explicándolas con terminología distinta.

Pero no se quiso añadir prácticamente nada más, salvo la cuestión del principio de aportación de parte. De hecho, justamente de la puesta en interrogante de este principio nace la dimensión política que el tema ha alcanzado para algunos autores. Ciertamente, los primeros que hablaron de la verdad material también pusieron en cuestión el principio de aportación de parte. Y una exageración evidente de esa línea de pensamiento lleva a la conclusión de que el juez actuará de oficio, sin límites, en materia probatoria, situación inquisitiva que se pretendió maquillar recurriendo a un concepto eufónico como el de «verdad», que además existía la ventaja de que ya había sido introducido en toda la argumentación de ENDEMANN. Pero ello no puede llevar a pensar que los que, sin compartir en absoluto esa exageración, defiendan la verdad como objetivo de la prueba, sean fascistas, ni que la participación oficial del juez en la prueba sea siempre una manifestación de autoritarismo. Pero esta última es otra cuestión completamente distinta en la que no puedo entrar ahora²¹¹.

Centrándome en el tema de la verdad, es obvio que en el proceso se puede dictar sentencia sin que el resultado haya sido el averiguamiento de la verdad. Eso ha sido así desde la época de las ordalías, y no constituye ninguna

²⁰⁸ Ya lo sugirió en su día C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, y siguió esa orientación JIMÉNEZ CONDE, «La apreciación de la prueba legal», cit., p. 36.

²⁰⁹ Es curioso que en una sola frase se condensara prácticamente el total de la discusión que vino después. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 93: «Es ist bekannt, daß der Civilprozeß, indem er sich auf die sogenannten Verhandlungsmaxime, die man lange Zeit sonderbar genug für ein Palladium der Gerechtigkeit gehalten hat, stützt, keineswegs die materielle Wahrheit der Parteibehauptungen zu Grunde zu legen vermag».

²¹⁰ BENTHAM, *Traité...*, cit., pp. 9 y ss.

²¹¹ Vid. sobre el particular J. F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004. X. ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, 2005, así como los numerosos artículos de diversos autores contenidos en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006.

novedad. Ahora bien, deben destacarse dos cuestiones. En primer lugar, que en ocasiones en el proceso sí que es posible alcanzar la verdad. Y en segundo lugar, que no es preciso alcanzarla para poder dictar sentencia.

La primera conclusión es muy sencilla de justificar. Cuando en un proceso se ordena una prueba pericial para averiguar si el demandante está enfermo de tuberculosis, si los exámenes son positivos, ese hecho será cierto. Se habrá alcanzado la verdad. Y así en cualquier otra situación en la que las conclusiones del medio de prueba no dejen lugar a la duda. Por tanto, es muy fácil demostrar científicamente y sin posibilidad de duda que la prueba puede averiguar la verdad.

Pero, como decía, en ocasiones no es preciso, ni tan siquiera posible, alcanzar esa verdad para poder dictar sentencia. Y en este punto es en el que la doctrina ha percibido la necesidad de determinar una finalidad metafísica a la prueba. Y ahí se ha empezado a hablar de la verdad, de la verosimilitud, de la convicción judicial, etc., intentando recoger lo mejor de las últimas disquisiciones filosóficas sobre el concepto de verdad, cuya lectura es ciertamente interesante e ilustrativa²¹², pero que no tiene eficacia en la práctica del proceso, sino quizás en el planteamiento teórico de partida de la verdad como fin de la prueba. Pero, a decir verdad y con el máximo respeto, creo que todo ello no es más que darle vueltas a una misma constatación sobre la que nadie duda: que en el proceso no siempre se obtiene la verdad²¹³.

Ahora bien, saliendo de la categoría filosófica, entiendo que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad. Es cierto que las partes no siempre pretenden que la verdad respandezca, porque lo que invariablemente desean es ganar el proceso, con independencia de cuál fue la verdad de los hechos, que muchas veces permanece ignota incluso para los abogados, cuando no para las partes, porque todas ellas pueden tener diferentes interpretaciones del mismo suceso, o recordarlo de buena fe de forma distinta. Pero aun y así, no creo que centrar el objetivo de la prueba en la averiguación de la verdad ponga al proceso en ningún riesgo de tornarse injusto jurídica o incluso políticamente hablando, salvo que se utilice la discusión filosófica del concepto de verdad como el punto de partida de una descalificación política²¹⁴, o se anude inseparablemente la persecución de la verdad a un sistema autoritario como el soviético, cuando en realidad ello no fue auténticamente así²¹⁵.

Lo indico porque aunque en el proceso no existiera prueba de oficio en absoluto, no por ello dejará el juez de intentar obtener la realidad de los hechos

²¹² Vid., por ejemplo, R. GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen*, Erlangen-Nürnberg, 1978.

²¹³ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 78: «Naturalmente nessuno parla di verità o di certezze assolute, che sono "il privilegio del fanatico", e che infatti si riscontrano solo in alcune metafisiche e in alcune religioni integraliste». Vid. también op. cit., p. 82.

²¹⁴ Que es lo que hizo WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, cit., pp. 198 y ss., con respecto al Liberalismo y el sistema burgués, por ejemplo.

²¹⁵ Basta leer a WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, cit., pp. 211 y ss., para darse cuenta de que en la doctrina soviética existían autores de todas las tendencias sobre este punto.

que resulte de los medios de prueba que se practiquen. ¿Quién se lo va a impedir? Las partes sólo podrían evitarlo dando fin prematuramente al proceso, o declarándose de acuerdo en la existencia de un hecho, que de ese modo queda expulsado de la actividad probatoria, al menos en el proceso civil. Pero a partir de allí, el juez va a perseguir siempre averiguar la realidad, porque legítimamente no puede hacer otra cosa. Por supuesto que las partes intentarán convencerle a través de los medios de prueba, pero para él su convicción equivaldrá finalmente a la realidad²¹⁶. Ningún juez se pregunta qué le conviene más —aunque a veces lo expresen así—, sino qué es lo que ha ocurrido en este caso concreto. Cualquier otro ser individuo hará lo mismo en cualquier otra actividad humana. Cuando una persona se deja embaucar por un comerciante, salvo que tenga otras motivaciones, normalmente lo hace porque cree que el vendedor le está contando la realidad. Lo mismo le ocurre al juez. No es que se deje convencer; sino que, para él, su convicción es la realidad de los hechos, o al menos lo que él cree más cercano a la misma, lo que CARRERAS LLANSANA denominó la «la pequeña historia de cada pleito»²¹⁷. Por supuesto que ello no será una «verdad» pura, la del mundo de las ideas, que es la que con toda la razón ha puesto en cuestión la Filosofía. Pero si el juez no cree que eso es lo más verosímil que haya sucedido, no dictará su sentencia basándose en ese hecho, salvo que prevarique. Necesita, por tanto, convencerse de esa «verdad», que por supuesto puede no equivaler a la verdad auténtica²¹⁸.

Y ello no entiendo que sea una desorientación de los juzgadores, ni mucho menos que sea negativo, todo lo contrario. El mayor acercamiento posible a la verdad²¹⁹ es lo que suele dar una imagen más correcta de la justicia²²⁰, aunque sea de forma intuitiva²²¹. Por supuesto que no siempre es así²²², pero suele ser así, porque cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en un error²²³. Y por ello, como

²¹⁶ Como dice MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 65, «la convicción es la medida psicológica de la certeza».

²¹⁷ J. CARRERAS LLANSANA, «Las fronteras del juez», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 124.

²¹⁸ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 86: «il Cardinal Bellarmino era assolutamente certo del fatto che il sole girasse intorno alla Terra, ma la profondità del suo convincimento non rendeva vera la teoria di cui era convinto».

²¹⁹ L. G. LOMBARDO, «Riflessioni sull'attualità della prova legale», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, p. 614. SILVA MELERO, «Presunciones e indicios en el proceso penal», *RGLJ*, 1944, p. 527.

²²⁰ De forma parecida lo expresa SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung*, cit., p. 176: «Wahrheit und Gerechtigkeit sind das Ziel jeglichen Urteils. Voraussetzung für ein richtiges Beurteilen der Beweise und damit für ein gerechtes Urteil ist das korrekte Feststellen des Sachverhaltes». Vid. también J. de los S. MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil español*, Madrid, 1981, p. 106. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 118.

²²¹ S. CHIARLONI, «Processo civile e verità», *Questione Giustizia*, 1987, p. 504.

²²² También hay que reconocer que tiene un cierto papel el impacto sociológico de la decisión, lo que puede hacer cambiar, realmente, el juicio probatorio. En esta línea, aunque sin exageraciones, van las palabras de EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 31: «The judge is not expected to choose the most probable version of the facts without regard to the consequences. The utility or disutility of his decision must also be taken into account».

²²³ La acertada frase es de SAKS y KIDD, «Human information processing and adjudication», cit., p. 213: «Whatever justice may be, surely it is not error». Y añade en la p. 214: «A trial may indeed be more than a search for the truth in a given matter; but surely it is not less». En sentido similar, IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., p. 26.

orientación o guía²²⁴ parece que el concepto de «verdad», o la proyección de su imagen en la mente del juez, es correcta para que valore debidamente la prueba sin confiar simplemente en su convicción/intuición, aunque finalmente sea esa convicción la que equivalga a «su» verdad. Y sin necesidad de que practique prueba de oficio. Si no se le quiere llamar «verdad», llámesele «verosimilitud», o utilícese cualquier otra terminología que no sea filosóficamente tan radical²²⁵. Pero no se aparte nunca al juez de que el objetivo final es el descubrimiento de la realidad de los hechos en la medida en que sea posible. Si el legislador ha creído que a esa realidad se llega mejor sin intervención del juez en la prueba, salvo en el momento de admitir y valorar, se habrá optado por una opción posible en esta materia. Y si se le permite intervenir en la proposición a través de la prueba de oficio, se habrá optado por otra opción que, desde luego, restringe los poderes de las partes en el proceso. Pero en ambos casos el objetivo será el mismo: el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos.

Piénsese, además, que no existe un concepto alternativo como guía de la actividad de valoración, a poco que se piense y se despoje al concepto de verdad de toda la carga filosófica, política y hasta religiosa que ha padecido. En realidad, cuando se practica prueba es porque no sabemos cómo ha sucedido algo. Queremos saber cómo ha acaecido. Deseamos conocer la realidad. Ésa es la situación en un juicio jurisdiccional, y no difiere en absoluto de la situación con la que nos enfrentamos cuando realizamos un experimento científico. También queremos conocer la realidad. Pocas veces accedemos a ella de modo completamente acabado, pero nos vamos acercando cada vez más, porque es lo único que nos es útil. Si la prueba no tiene esa finalidad, el proceso sería en realidad una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado: el juez. Devendría un completo sinsentido, porque para que dos litigantes batallen no necesitan para nada, en realidad, a un juez. Si el juez está ahí es porque se ha percibido la necesidad de que alguien imparcial determine cuál es la realidad de los hechos que produjo la discusión, y basándose en la misma llegue a una resolución.

²²⁴ «Excluir el concepto de verdad del fin práctico que se propone la prueba no significará nunca que renunciemos a obtenerla. (...) El juez debe hacer con la verdad lo mismo que hace el navegante: enfilar proa hacia la estrella polar que le servirá de norte aunque jamás piense en amarrar a su vera». MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 64.

²²⁵ Tratando también con cierto relativismo el concepto de «verdad», V. DENTI, *La verificaçione delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 19.