

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

	<u>Pág.</u>
C) La interpretación del sentido de los textos escritos.....	320
<i>a)</i> La importancia de la semiótica textual	321
<i>b)</i> 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
<i>a)</i> Errores de percepción común.....	338
<i>b)</i> 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
<i>a)</i> La impugnación de la lógica del razonamiento judicial	350
<i>b)</i> La impugnación de la motivación	354
B) La impugnación de la valoración de la prueba en casación	355
BIBLIOGRAFÍA	357

PRÓLOGO

Como destaca el propio autor en las primeras páginas del libro, muchos especialistas de la doctrina del proceso civil y del proceso penal se han ocupado, más o menos extensamente, del problema fundamental de la valoración de la prueba. Pero ningún procesalista ha dedicado a este problema un tratamiento monográfico específico. Además, y con la única y reciente excepción del libro de Jordi Ferrer Beltrán sobre La valoración racional de la prueba (Marcial Pons, 2007), ha existido una casi total desatención de los teóricos y filósofos del Derecho, pese a que el tema de la prueba en general, y en particular de su valoración, está lleno de implicaciones filosóficas y metodológicas. Otro límite que se deja sentir en la numerosa —aunque fragmentaria— bibliografía sobre la cuestión es que, habitualmente, los autores sitúan sus consideraciones en un nivel elevado de abstracción y de generalidad, descuidando los problemas más relevantes que surgen de la valoración específica de los diversos medios de prueba, o incluso liquidan el problema en pocas líneas, haciendo referencia simplemente a la convicción del juez. El panorama que resulta de todo ello es, por consiguiente, diversificado, y muchas veces incoherente también por la presencia de orientaciones metodológicas diversas, aunque sobre todo se caracteriza por las lagunas e insuficiencias, a menudo gravísimas. En una palabra: sobre la valoración de las pruebas muchos han escrito mucho, pero no se han tratado otros muchos aspectos todavía más numerosos —y con frecuencia importantes—. O se han tratado, pero de manera inadecuada.

Jordi Nieva Fenoll escribe este libro con la declarada ambición de poner remedio a este estado de cosas, por un lado clarificando aquello que se ha escrito sobre el tema y que era confuso, y por el otro ofreciendo un cuadro probablemente completo de los numerosos temas que componen la «valoración de la prueba». Con este objetivo, el autor tiene en cuenta diversas perspectivas: la teoría general y la historia, la aplicación práctica, la exposición crítica del pensamiento de otros autores y la propuesta de soluciones originales.

La lectura del libro demuestra que los objetivos prefijados por el autor se han alcanzado sustancialmente: el tratamiento es orgánico y completo, rico en indicaciones, argumentos y puntos de reflexión.

Dado que la finalidad de este Prólogo no es ahorrar al lector el trabajo de leer el libro, sino de invitarlo a leerlo con atención en todas sus partes, no viene al caso realizar un resumen de sus contenidos. Antes que eso, vale la pena indicar aquellos aspectos que, en la opinión de quien escribe este prólogo, son los más interesantes de la obra.

Debe destacarse sobre todo el capítulo II, que contiene un sintético, aunque claro, análisis histórico del problema, en el que se muestran con precisión las numerosas vicisitudes que ha tenido aquello que hoy se conoce con la denominación de «principio de libre valoración de la prueba», reconduciendo la prueba legal a su papel de fenómeno sobre todo doctrinal, e históricamente limitado.

Muy interesante, y sobre todo muy útil para quien no conozca analíticamente estos temas, es el capítulo III, en el que se analizan las cinco principales perspectivas a través de las cuales se ha afrontado el problema de la valoración de la prueba. Temas que con frecuencia son complejos, se presentan con síntesis claras y documentadas, con valoraciones equilibradas y bien argumentadas que permiten al lector captar lo que de positivo —y también lo que de erróneo o dudoso— tienen las diversas teorías que han intentado explicar el razonamiento del juez sobre las pruebas.

La principal pars construens del libro está concentrada en el capítulo IV, en el que se debaten los aspectos principales de la actividad del juez al poner en práctica su razonamiento. En este punto el autor propone un esquema racional que puede ser muy útil al juez para organizar sus operaciones valorativas, pero sobre todo analiza y debate los problemas de mayor calado que surgen del desarrollo de estas operaciones, de la falta de una preparación profesional específica del juez (el autor habla de la situación en España, pero se podrían realizar comentarios análogos sobre la formación del juez en muchos otros países), de los riesgos de vulneración del principio de imparcialidad del juez, del papel activo del juez en la recogida de las pruebas —también de las que no hayan sido aportadas por las partes— y del necesario papel de racionalización del juicio —ex ante y ex post— que desempeña la motivación de la sentencia.

Finalmente se encuentra un extenso capítulo V, en el cual el autor afronta analíticamente los numerosos problemas que caracterizan la valoración de cada medio de prueba específicamente. El listado de los puntos relevantes que se hallan en esta parte del libro pudiera parecer extenso y prolijo, si no fuera porque debe subrayarse que justamente ésta es la parte en la que el práctico del Derecho podrá encontrar útiles orientaciones y criterios para una utilización correcta de cada prueba.

Dos observaciones a modo de conclusión. La primera: como todos los —pocos— libros bien escritos, esta obra ofrece una gran cantidad de informaciones y de argumentos, pero también numerosos reclamos para reflexiones ulteriores. Como todos los libros bien escritos, constituye por supuesto la conclusión de una investigación y el punto de partida para otras investigaciones. La segunda: como todos los —pocos— libros escritos por autores «que piensan», este libro refleja también opciones metodológicas, opiniones, juicios de valor a través de los cuales se identifica al autor y que determinan las peculiaridades de

PRÓLOGO

su propia perspectiva. Por supuesto, ello no excluye divergencias de opinión y posibles desacuerdos, o preferencias diversas, pero un buen libro siempre constituye una ocasión útil para profundizar en los propios conocimientos y reflexiones, sobre todo en la medida en que expresa opiniones precisas y bien argumentadas.

Michele TARUFFO

INTRODUCCIÓN

La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional muy relevante y extraordinariamente compleja, que puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor judicial mal llevada a cabo. No se trata de la actividad esencial del proceso, puesto que en no pocos casos la discusión entre las partes es simplemente sobre la interpretación del Derecho, no suscitándose cuestión probatoria alguna, sobre todo en el ámbito civil¹. La referida actividad esencial es, en realidad, el juicio jurisdiccional en su conjunto, y en el mismo la valoración de la prueba no es más que un episodio importante, pero que no siempre aparece.

Con respecto a la valoración de la prueba existe, poco más o menos, un acuerdo doctrinal en cuanto a lo que es. Con independencia de lo que se dirá después, puede manifestarse ahora provisionalmente que la valoración de la prueba es la consideración por parte del juez de los materiales que intentan demostrar los hechos deducidos en el proceso. Se trata de describir y examinar esa actividad judicial que interioriza esa demostración para expresarla posteriormente, con mayor, menor o ningún acierto, en la motivación del juicio jurisdiccional. En cualquier caso, esa actividad intelectual permite al juez dictar sentencia cuando existen hechos dudosos. Es la parte final de aquello que la Partida III describió tan acertadamente como el «*averiguamiento que se faze en juyzio, en rason de alguna cosa que es dubdosa*»². Se trata de la culminación de ese «averiguamiento», del examen del juez del resultado de los medios de prueba.

Sin embargo, el enfoque desde el que ha sido estudiada difiere muchísimo entre la veintena aproximada de autores que hasta ahora se han dedicado

¹ A. NACK, «Der Indizienbeweis», *MDR*, 5, 1986, p. 366, calcula el porcentaje de porcentaje de litigios que se resuelven sin discusión probatoria en un 30 por 100 en el ámbito civil, y en un 5 por 100 en el penal, derivando esta cifra de un informe de 1980 del *Institut für Rechtstatsachenforschung in Stuttgart*. Vid. también sobre este informe U. HANSEN, «Der Indizienbeweis», *JuS*, 1992, p. 327.

² Partida III, tít. XIV, Ley 1.

a analizar monográficamente y en profundidad la cuestión. De manera que no hay prácticamente coincidencia en la manera de abordar o incluso de describir el problema. Citando simplemente el detalle de la obra de esos autores, se aprecia esa falta casi total de coincidencia.

Los trabajos que ENDEMANN³ publicó durante dos años en el *Archiv für die Civilistische Praxis* en el siglo XIX, pretendieron dar un impulso a la prueba libre como reacción a la prueba legal. Hecha la definición del concepto en el primer trabajo, en los siguientes se dedicó a describirlo por medios de prueba. Para completar la obra de este autor es muy útil leer a PERBAND⁴, quien limitándose a un estudio histórico de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, nos describe qué sucedió en los años posteriores con el concepto desde ese punto de vista. Un enfoque del todo similar es el de NOBILI⁵. Dicho autor describe la evolución histórica de la prueba legal a la prueba libre, y tras ello realiza un análisis jurisprudencial por medios de prueba.

Con todo, los autores posteriores a ENDEMANN intentaron ir, en general, bastante más allá. WALTER⁶, tras estudiar la historia, la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia, dedica un breve capítulo intermedio al estudio de la verdad y la probabilidad, analizando después el problema de los grados de prueba (*Beweismaß*), concluyendo con una referencia al conocimiento privado del juez y a las prohibiciones de prueba. Una empresa parecida acomete SCHMITT⁷, quien tras el estudio histórico y un breve tratamiento de la «libre valoración», aborda un análisis de las máximas de experiencia, descendiendo incluso a algunas de ellas de carácter científico. Un enfoque similar es compartido por CABAÑAS GARCÍA⁸, autor que tras hacer una exposición de los niveles de certeza, de las máximas de experiencia, de los sistemas de valoración de la prueba y de las presunciones, centra su explicación finalmente en la libre valoración, estudiando su control a través de los recursos, así como la motivación. JIMÉNEZ CONDE⁹ limitó su estudio a la prueba legal, pero aun y así trata el concepto de «verdad», además de la naturaleza jurídica de las normas de prueba legal, centrándose finalmente en el error de la apreciación de las pruebas y su control en casación. SCHNEIDER¹⁰, por último, comienza por una descripción teórica de la libre valoración, y tras ello se centra en la averiguación de los daños, las presunciones y la motivación. Acabada esa tarea, analiza la valoración de cada medio de prueba.

³ W. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 92 y ss. «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 289 y ss. «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», *AcP*, núm. 42 (1859), pp. 246 y ss. «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 1 y ss. «Der Eid bei freier Beweisführung», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 349 y ss.

⁴ M. G. PERBAND, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§ 286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Frankfurt am Main, 2003.

⁵ NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

⁶ G. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979.

⁷ B. SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, Lübeck, 1992.

⁸ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992.

⁹ F. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.

¹⁰ E. SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung: unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, München, 1994.

Otros autores se concentran más bien en uno o en otro de los aspectos ya citados. Están, en primer lugar, los autores que se dedicaron al estudio práctico de las presunciones como pretexto para hablar de la valoración de la prueba. Y en ese contexto se enmarca la obra de DÖHRING¹¹, quien hizo en realidad un tratado de indicios, exponiendo una estructura para ordenar el razonamiento judicial muy filosófica y poco tangible, aun pretendiendo ser práctica. Algo parecido ha representado la labor emprendida en sus obras por MUÑOZ SABATÉ¹² que, pese a tener una importante parte general explicativa de todo su sistema y muy útil en la práctica, finalmente vuelve al enfoque del tratado de indicios¹³, al hacer gravitar todo su razonamiento sobre las presunciones¹⁴. HEESCHER¹⁵, en su tesis doctoral, intentó un nuevo acercamiento a la materia, aunque muy descriptivo, del estado de la cuestión por la naturaleza del trabajo, centrándose finalmente en el estudio de las máximas de experiencia.

Otro grupo de autores, abandonando paulatinamente el enfoque indiciario, centran su trabajo en los aspectos epistemológicos de la cuestión. En este grupo podría situarse la obra de GREGER¹⁶ al estudiar la verdad y la probabilidad, enfocando el problema tras ello hacia los grados de prueba, concluyendo con el análisis de la valoración de la prueba en supuestos de hecho concretos. Parecida perspectiva es la de EGGLESTON¹⁷, que centra su estudio, precisamente, en el concepto de «probabilidad». Al igual que EVERS¹⁸, que estudia la «verosimilitud» a través de los grados de la misma, aplicando las conclusiones a los diversos medios de prueba. TARUFFO¹⁹, por su parte, no pretende escribir una monografía sobre valoración de la prueba, pero realiza un estudio de enorme valor para la descripción del concepto, analizando las nociones de verdad, verosimilitud y probabilidad, además de hacer una útil descripción de los tipos de «hecho» que pueden existir, para finalmente explicar la valoración como una selección de hipótesis derivadas de la práctica de la prueba, describiendo con precisión ese proceso gnoseológico, y dedicando por fin un extenso capítulo al concepto de prueba jurídica, su regulación y su control. FERRER BELTRÁN²⁰, entrando ya por completo en ese enfoque sustancialmente epistemológico, tras un análisis de los márgenes legales y limitaciones objetivas de la «prueba», pone el acento en su racional-

¹¹ E. DÖHRING, *La prueba, su práctica y apreciación*, trad. Banzhaf, Buenos Aires, 1964.

¹² L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona 1967. *Tratado de probática judicial*, Barcelona, 1992.

¹³ Lo que se demuestra muy claramente en L. MUÑOZ SABATÉ, *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid, 2008.

¹⁴ L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, p. 20. Enfoque que comparte con R. BENDER y A. NACK, *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre*, Deutsche Richterzeitung, 1980, p. 121.

¹⁵ H.-D. HEESCHER, *Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeugung in § 286 ZPO und § 261 StPO. Versuch einer Neubestimmung*, Münster, 1974.

¹⁶ R. GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen*, Erlangen-Nürnberg, 1978.

¹⁷ R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, London, 1983.

¹⁸ A. EVERS, *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*, Freiburg, 1979.

¹⁹ M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer, Madrid, 2002.

²⁰ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

lidad, estudiando brevemente el momento de la recogida de la prueba para adentrarse en la valoración analizándola a través del concepto de «probabilidad», realizando un breve pero interesante estudio de los estándares de prueba. Aun concurriendo diferencias en el tratamiento, el enfoque citado es compartido en realidad por IGARTUA SALAVERRÍA²¹, que trató el concepto para el proceso penal relacionándolo con el de presunción de inocencia, profundizando en la significación teórica del mismo, analizando también el control de la valoración en casación y examinando, finalmente, la problemática de la motivación. Por último, GASCÓN ABELLÁN²² comparte también el enfoque epistemológico, tratando el conocimiento de los hechos y los condicionantes judiciales en el mismo, para concluir su obra, igual que el autor anterior, con un estudio sobre la motivación.

Por último, BENDER, NACK y TREUER²³ son tres jueces que someten la problemática a otra perspectiva, en realidad, bastante distinta. Estos tres autores realizan un interesante estudio enfocado hacia la psicología, aunque sin perder la perspectiva jurídica, empezando por una teoría de la credibilidad centrada en la descripción del «error», la «mentira» y sus motivaciones, sobre todo en las declaraciones de personas. Pero tras ello recaen en el estudio de las presunciones y la verosimilitud para dedicar ya el resto de su obra (prácticamente la mitad) a supuestos concretos de prueba testifical, ahondando en la técnica del interrogatorio y limitando, por tanto, sus conclusiones a este medio de prueba.

Por ello, pese a que la conclusión en cuanto a la definición básica del concepto pueda ser análoga entre los estudiosos, la manera de llegar a él —si es que se pretendía eso— ha sido muy distinta, lo que creo que ha contribuido, por desgracia, a la desorientación de los jueces, pero de manera involuntaria, sin que ésa fuera en absoluto la intención de la doctrina, todo lo contrario. Además, la valoración de la prueba ha sido una temática que no solamente han abordado procesalistas, sino también penalistas, civilistas, filósofos²⁴, psicólogos y hasta matemáticos²⁵. No debe extrañar que, por ello, las conclusiones sean muy dispersas y los esquemas de estudio tan sumamente dispares.

Falta, por tanto, un estudio global, que sin resumir necesariamente lo que han dicho otros, aproveche los frutos de las diferentes perspectivas de acercamiento al problema para comprobar, finalmente, si se puede ofrecer

²¹ J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995.

²² M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 2004.

²³ R. BENDER, A. NACK y W.-D. TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München, 2007.

²⁴ Vid. D. AÍSA MOREU, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, 1997, pese a que la parte dedicada a la prueba sea ciertamente mínima en la obra.

²⁵ No es que estos autores sean propiamente matemáticos, porque son juristas, pero su enfoque probabilístico es esencialmente estadístico, siendo considerados pioneros en la materia. M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A comment on “Trial by Mathematics”», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1801 y ss. M. O. FINKELSTEIN, *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, 2009.

una explicación del mecanismo de valoración de la prueba que sea útil en la práctica.

Y en ese estudio es bastante relevante el relato, aunque sea sucinto, de la historia de la valoración, destacando principalmente sus puntos de inflexión a lo largo del tiempo, sobre todo para no volver a cometer viejos errores. El enfoque epistemológico es muy útil para comprender cómo se formaron los juicios ya realizados, pero sirve en realidad de muy poco cuando se trata de valorar la prueba, aunque siga siendo importante a la hora de ordenar la motivación. Pero es que la motivación es un momento simultáneo o posterior a la valoración, pero nunca anterior a la misma. Y, por ello, la descripción de la motivación tiene importancia para ayudar al juez a explicar su valoración de una forma más clara y garantista. Pero la actividad valorativa pertenece a un esquema distinto al de la motivación, que sólo es su expresión explicativa final. Lo veremos más adelante.

Por otra parte, sin salir de ese mismo enfoque, la reflexión sobre los conceptos de «verdad», «verosimilitud», «probabilidad» y sus diferentes derivaciones, son en realidad, pese a su valor doctrinal y dificultad, estudios filosóficos con escasa trascendencia práctica, y además han ocasionado que parte de la doctrina haya caído en grandes errores. Siendo imprescindible la persecución de la verdad, o al menos un acercamiento a ella a través del descubrimiento del *id quod plerumque accidit*, se ha negado con gran contundencia hasta que la averiguación de la verdad fuera una finalidad de la jurisdicción, por considerarla imposible²⁶, prácticamente peligrosa y hasta políticamente inconveniente. Aunque es obligado cuestionarse dónde queda el concepto de «flagrancia», es decir, aquello que es «de tal evidencia que no necesita pruebas»²⁷, si la verdad no se puede obtener en un proceso. Me pregunto cómo podemos negar que en un proceso seamos capaces de declarar hechos indiscutiblemente ciertos, si tenemos la evidencia delante de nosotros mismos, como ocurre cuando el juez ve un cadáver con evidentes signos de violencia incompatibles con la vida y, coherentemente, declara la existencia de la muerte. No se trata en el proceso de construir una verdad ficticia, una verdad procesal que, se quiera o no, nos volvería a hacer recaer en el esquema verdad-formal/verdad-material que tanto costó superar y que, de hecho, surgió de la simple y obvia constatación de que con las pruebas legales no siempre se obtenía la verdad en el proceso, como veremos después. De lo que se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrecha posible, reconociendo expresamente sus limitaciones, evidentemente.

Y ése es justamente el objetivo de la valoración de la prueba, y no puede ser otro. Podría afirmarse que el objetivo del juicio jurisdiccional fuera la resolución de un conflicto²⁸, aunque ello sea muy discutible, polémico como es

²⁶ M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 357.

²⁷ Según la definición del DRAE.

²⁸ Vid. F. CARNELUTTI, «Lite e processo», pp. 21 y ss.; «Il concetto di lite nel processo penale», pp. 47 y ss.; «Ancora sulla lite nel processo penale», pp. 53 y ss., los tres estudios en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939.

sobradamente sabido²⁹, y hasta diría que fácilmente rebatible. Pero aun y así, la resolución de un conflicto podría ser incluso el objetivo de la motivación. Sin embargo, la finalidad de la valoración probatoria, aisladamente considerada, no puede ser otra que el acercamiento, en la medida de lo posible, a la verdad de los hechos, porque lo contrario sería asumir que el proceso puede convertirse en un elegante mecanismo para falsear la realidad, o bien que la falseamos y nos quedamos tan tranquilos porque si resolvemos un conflicto, eso sería lo más importante. Nada más lejos de la realidad. Eso no puede ser así ni jurídica, ni social, ni moralmente ni desde ningún punto de vista. Sin tener que llegar forzosamente a la *ultima ratio* del Derecho Penal, medios tiene el Derecho, como por ejemplo la revisión de procesos concluidos con sentencia firme, precisamente para evitar que ello pueda ser así. También será analizado este punto más adelante.

Creo que el haber perdido esa perspectiva de la persecución de la verdad, o el comprensible temor a acercarse a la misma, ha hecho que los enfoques doctrinales sean tan sorprendentemente dispares en esta materia, hasta el punto de que cuesta bastante agruparlos por tendencias más o menos coherentes, como se acaba de ver. Por el contrario, si se recupera sin ninguna clase de condicionantes la idea de que la finalidad de la valoración de la prueba es la averiguación de la verdad —como concepto vulgar y no filosófico— en la medida de lo jurídico y humanamente posible³⁰, el esquema se puede simplificar notablemente y todos los esfuerzos doctrinales pueden ser útiles, en el fondo, para diferentes fases del estudio. Lo veremos más adelante.

En cualquiera de los casos, el resultado final de este trabajo tiene que ser un esquema útil para que los jueces puedan valorar la prueba de manera reflexiva, pero de una manera sencilla con un método unificado que no les provoque dudas, y que no les permita inclinarse hacia un juicio tan inductivo como el que ahora se observa en tantísimas resoluciones judiciales en las que, como es sabido, primero se escribe el fallo y tras él la motivación. Hay que conseguir que los jueces puedan valorar la prueba de la manera más objetiva posible, sabiendo de antemano lo que puede dar de sí cada medio de prueba y cuáles son, con precisión, los problemas que pueden hallar a la hora de percibir los resultados. Sólo de esa forma dejarán de pensar que un testigo miente sistemáticamente, aunque luego, en realidad, crean en su declaración de manera mucho más frecuente a lo que se cree, como veremos más adelante³¹. Sólo de ese modo podrán escuchar a una parte o a un testigo, siendo plenamente conscientes de que las personas pueden mentir,

²⁹ CALAMANDREI, «Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti», *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 427 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción», cit., p. 35.

³⁰ Decía SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», cit., p. 358: «... el fin de la prueba consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos».

³¹ Cfr. DENTI, *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973, pp. 65-67. G. REINECKE, «Die Krise der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß oder über die Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben», en *MDR*, 1986, p. 631, basándose en el informe de 1980 del Institut für Rechtstatsachenforschung in Stuttgart, afirmó que en una muestra de 1.400 declaraciones testificales, el testigo dejó de ser creído solamente en 65 ocasiones, lo que supone que los jueces consideraron creíbles un 95 por 100 de las declaraciones testificales. Ello contradice claramente el tópico más extendido. Pero el dato es de tal contundencia que no puede ser ignorado en absoluto.

ciertamente, pero también pueden equivocarse y que son incluso capaces hasta de decir la verdad... Sólo de esa manera podrán valorar críticamente lo que dice un perito, y no valorarlo según quién le haya contratado, o bien creyendo de manera global lo que dice su dictamen. Sólo con tal perspectiva dejarán de rechazar sistemáticamente la práctica del reconocimiento judicial, cuando provoca desplazamiento. Quiero decir con todo ello que sólo siendo conscientes de todo lo que puede influir en cada caso concreto, será posible que los jueces eviten los juicios de valor apriorísticos que impiden una debida valoración de la prueba, precisamente porque son realizados mucho antes de la misma.

La empresa no es sencilla y solamente puede acometerse describiendo brevemente con carácter previo cuál ha sido la trayectoria de la valoración judicial de la prueba hasta el momento actual. También debe determinarse qué utilidad pueden tener los enfoques que hasta ahora la doctrina ha intentado ofrecer a fin de conseguir la «piedra filosofal» para una correcta valoración de la prueba. Y ello porque normalmente no se ha obtenido ese logro, puesto que a la vista está la enorme dispersión de los criterios judiciales a lo largo y ancho del mundo y que, en general, sólo suelen coincidir en una cosa: en su frecuente superficialidad, sólo evitada por algunos brillantes juzgadores que han conseguido alejarse del antiguo análisis *prima facie* de cualquier prueba.

Tras esa primera descripción, será el momento de ofrecer las bases previas de una adecuada actividad probatoria. Y finalmente deberá proponerse un sistema de actuación sin el que toda la mecánica de la valoración no puede funcionar. Exponer listados de indicios o indagar en las técnicas de los interrogatorios es lo más que se ha hecho hasta el momento y, sin duda, es lo que más ha podido ayudar a muchos jueces. Consiste en no perder ese enfoque práctico, pero sin caer en el casuismo de las taxonomías indiciarias, o de la avalancha de datos a tener en cuenta a la hora de elaborar un interrogatorio eficaz, que además puede demostrar su completa ineficacia si la actitud del declarante no acaba siendo la esperada *a priori*. Hay que huir de esos esquemas particularistas señalando cuál debe ser la mecánica general que puede funcionar para cualquier medio de prueba, concretándola después en los mismos para demostrar las conclusiones. Con ello, si el estudio llega, a juicio del lector, a un punto satisfactorio, el trabajo habrá concluido.

Antes de empezar quisiera advertir de que el enfoque de esta obra es eminentemente interdisciplinar, porque creo sinceramente que no se puede acometer la temática de este trabajo desde un único punto de vista. Y es que no debe olvidarse que la valoración de la prueba es una actividad que debe estar dominada por la lógica, pero que se ve condicionada por la psicología del pensamiento que describe la percepción judicial, así como por la sociología que desvela el entorno del juez. Por otra parte, la valoración de cualquier prueba no puede ignorar datos objetivos que ocasionalmente puedan ingresar en el proceso, como los provenientes de la estadística. Y, por último, debe señalarse muy claramente que la valoración de la prueba viene precedida y acompañada de un *iter* innegablemente jurídico, y cuyo resultado posee

INTRODUCCIÓN

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 einwandsfrei —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 podría

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 SANTAMARIA, «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 acriticamente 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 AÍSA 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.